

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

VI/2

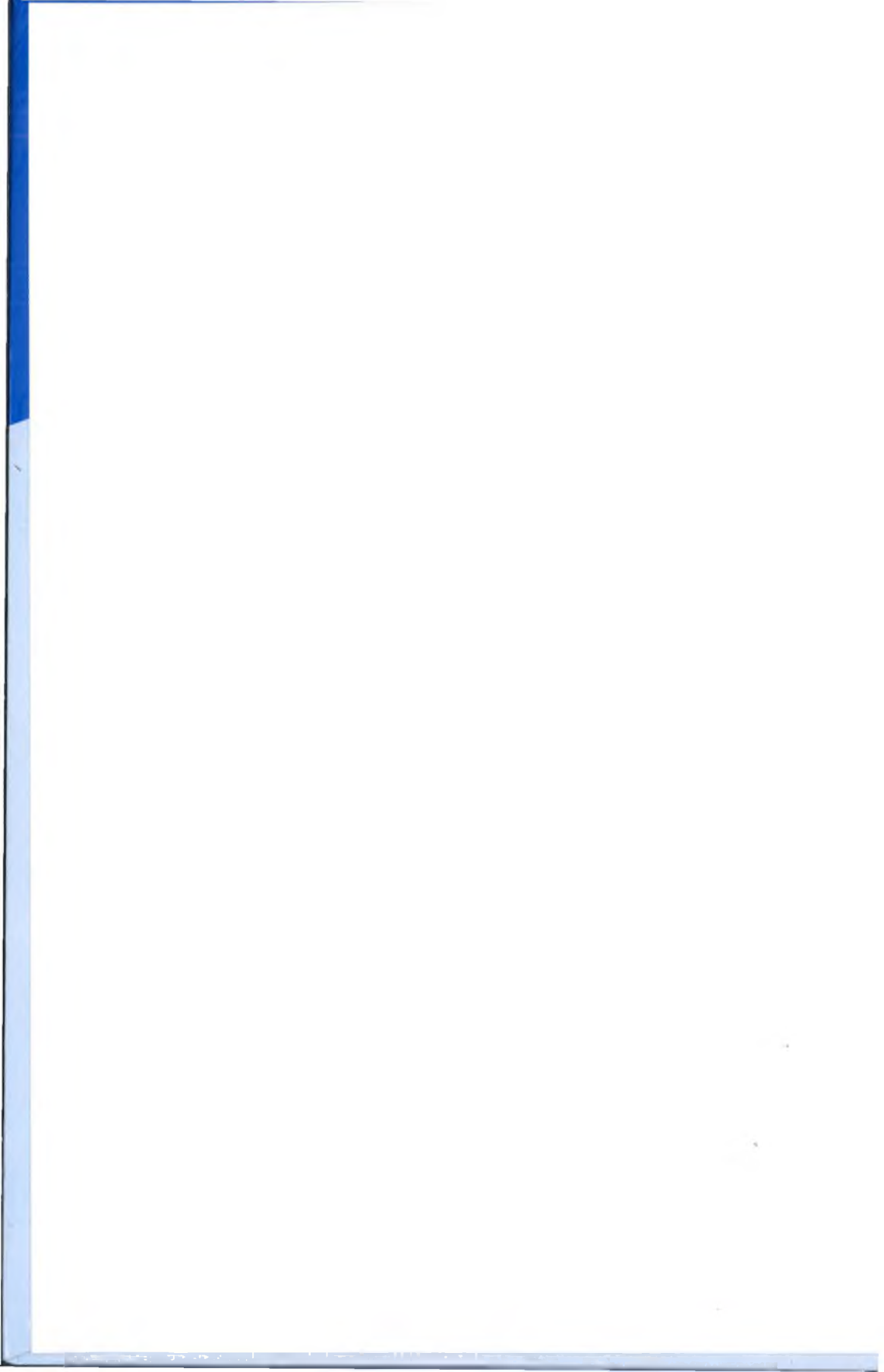
Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı
Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu
Özel Sayısı

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: VI
Sayı: 2
Yıl: 2009



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

**Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı
Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu
Özel Sayısı**

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt : VI

Sayı : 2

Yıl : 2009



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

Prof. Dr. Yener Ünver, 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 Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Zevkliler, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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. 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, Universitaet Bremen

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe 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 Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi

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

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Doç. Dr. Sibel Inceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt : VI Sayı : 2 Yıl : 2009

İÇİNDEKİLER

- ÖZEL HUKUK AÇISINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA BEYANI,
BUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI**
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI..... 5
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı
- DOKTORUN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA HASTANIN
DOKTOR TARAFINDAN AYDINLATILMASI VE BUNUN
HASTANIN RIZASIYLA İLİŞKİSİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER**
Prof. Dr. Wolfgang OEHLER 15
Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- İTALYA'DA HEKİMLERİN SORUMLULUĞU VE
“CONSENSO INFORMATO” (BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA)**
Dott. Fabio Massimo SCARAMUZZINO..... 29
Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi İtalyan Hukuku ve
İtalyan Hukuk Dili Dersi Araştırma Görevlisi
- ÖZEL HASTANELERDE HUKUKİ SORUNLAR VE
SORUMLULUKLAR**
Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL..... 43
Karadeniz Teknik Üniversitesi - İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
- GENEL SAĞLIK SİGORTASI: KAPSAM, PRİMLER,
YARDIMLARA HAK KAZANMA KOŞULLARI**
Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN..... 63
Marmara Üniversitesi İİBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**GENEL SAĞLIK SİGORTASI AÇISINDAN YENİ SOSYAL
GÜVENLİK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR 93

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

TÜRKİYE'DE SAĞLIK HUKUKU - TIP HUKUKU

Prof. Dr. Hakan HAKERİ 119

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**HUKUKİ KURUM RIZANIN, TIP CEZA HUKUKUNDA
GEÇERLİ OLARAK KURULMASI**

Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, LL.M. 135

Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku ve

Türk Hukuk Dili Dersi Araştırma Görevlisi

**TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN ÇOCUK DÜŞÜRTME
VE DÜŞÜRME SUÇLARI**

Prof. Dr. Yener ÜNVER 173

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

**HEKİMLER TARAFINDAN TUTUKLU VEYA
HÜKÜMLÜLERE TIBBİ OLMAYAN NEDENLERLE
ZORLA İLAÇ VERME**

Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT 231

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

Volume : VI No : 2 Year : 2009

CONTENTS

INFORMED CONSENT, ITS CONSEQUENCES IN THE AREA OF PRIVATE LAW, RELATED LEGAL PROBLEMS AND SOLUTIONS Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI	5
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law	
A DISCUSSION ON THE RESPONSIBILITY OF MEDICAL DOCTORS TO INFORM THEIR PATIENTS AND CONSENT OF THE PATIENTS Prof. Dr. Wolfgang OEHLER	15
Bielefeld University Faculty of Law	
LIABILITY OF MEDICAL DOCTORS IN ITALY AND “CONSENSO INFORMATO” (INFORMED CONSENT) Dott. Fabio Massimo SCARAMUZZINO	29
Bielefeld University Faculty of Law, Research Assistant for Italian Law and Legal Language	
LEGAL LIABILITY AND LEGAL PROBLEMS IN PRIVATELY OWNED HOSPITALS Asst. Prof. Dr. Yahya DERYAL	43
Black Sea Technical University - Faculty of Administrative and Political Science, Dept. of Commercial Law	
NATIONAL HEALTH INSURANCE: COVERAGE, PREMIUMS, ELIGIBILITY FOR INSURANCE COMPENSATION Asst. Prof. Dr. Hediye ERGİN	63
Marmara University - Faculty of Administrative and Political Science, Division of Labour Economics and Industrial Relations - Dept. of Labour Law and Social Security Law	

**AN EVALUATION OF NEW SOCIAL SECURITY SYSTEM
RELATING TO NATIONAL HEALTH INSURANCE**

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR 93
Yeditepe University Faculty of Law,
Dept. of Labour Law and Social Security Law

HEALTH LAW IN TURKEY - LAW OF MEDICINE

Prof. Dr. Hakan HAKERİ 119
Ondokuz Mayıs University Faculty of Law, Dean

**VALIDITY OF CONSENT IN THE AREA OF
CRIMINAL LAW OF MEDICINE**

Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, LL.M. 135
Bielefeld University Faculty of Law, Research Assistant for
Turkish Law and Legal Language

ABORTION AS A CRIME UNDER TURKISH PENAL CODE

Prof. Dr. Yener ÜNVER 173
Yeditepe University Faculty of Law, Head of Dept. of
Criminal Law and Criminal Procedure

**FORCED USE OF MEDICATION BY MEDICAL DOCTORS
ON ARRESTED PERSONS OR PERSONS SERVING IN
PRISON FOR REASONS OTHER THAN MEDICAL TREATMENT**

Assoc. Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT 231
Marmara University Faculty of Law
Dept. of Criminal Law and Criminal Procedure

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 Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
9. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

BIELEFELD ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Tıp Hukuku Alanında
Karşılaştırmalı
Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku
Sorunları Sempozyumu

Özel Sayısı

26-29 Nisan 2009



YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

BIELEFELD UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

**Comparative Private and
Criminal Law Symposium
On Contemporary Problems of
Law of Medicine**

Special Issue

April 26-29, 2009



ÖZEL HUKUK AÇISINDAN TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA BEYANI, BUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM YOLLARI

Prof. Dr. Abdulkadir ARPACI¹

I. KONUYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Kişinin maddi bünyesiyle ilgili değerler, kişilik hakkı çerçevesi içindeki önemli görünümlerden biridir. Öyle ki, bu bünyeye yapılan müdahale, kişilik hakkına saldırı biçimindeki haksız fiillerin en başta gelenlerindenidir. Bu sonuca, en başta Anayasanın 17. maddede hükmü dolayısıyla varmaktayız. Sonra, BK. 45 vd. ile TCK'nun adam öldürmeye ve müessir fiillere ilişkin hükümleri de bu tür kişilik haklarını korumaktadır.

Kişinin ruhi bünyesine haksız müdahale de hukuk tarafından yasaklanmıştır. İnsan, et ile kemikten ibaret olmadığı için, onun ruhi ve manevi dünyası da kişiliğine dahildir. Gerçekten, insanoğlunun ruhi değerlerini ondan ayırırsanız, onu insan olmaktan çıkarmış olursunuz. Şu halde, bu değerler de, kişilik hakkı olarak korunacaktır.

Ne var ki, bu çalışmada, sadece kişinin maddi bünyesine müdahaleyi ele alacağız. Diğer bir deyişle, ceset üzerindeki ameliyeler bakımından cesedin yakınlarının durumu, keza ölüden organ alınıp hastalara nakledilmesinin ölünün yakınlarını ilgilendiren yönü, bilimin gelişmesi için ceset üzerinde bazı ameliyeler yapılması ve otopsi gibi konular bu çalışmanın sınırları dışında kalacaktır.

1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı

Kişinin maddi bünyesine yapılan müdahale tıbbi nitelikli ise, yani tedavi amacı ile yapılıyorsa, ilgilinin rızası hukuka aykırılığı kaldırmaktadır. Söz konusu tıbbi ihtiyaç, bazen başkalarının sağlığı açısından da kendini gösterebilir. Şunu da belirtelim ki, bazen, genel sağlığın korunması için vücut bütünlüğüne rıza olmasa da dokunulabilmektedir. Bunun gerekçesi de, AY. 17 ve Umumi Hıfzısıhha Kanunu mad. 90 hükümleridir.

Şayet, yapılan müdahale, tedavi ve keza genel sağlığın korunması amaçlı değilse, ilgilinin rızası hukuka aykırılığı gidermeye yetmeyecektir. Demek oluyor ki, eğer ilgilinin veya başkasının tedavisi için değilse ve keza genel sağlık amacına hizmet etmiyorsa, yapılacak müdahaleye rızanın hukuka aykırılığı kaldırıcı etkisinden söz edilemez. Ne var ki, tedavi, dar bir alana inhisar ettirilen kavram olarak da alınmamalıdır.

Bu çalışmada, söz konusu tıbbi müdahale bakımından ilgilinin rıza beyanını ve buna ilişkin sorunları ele alıp incelemeyi planlamış bulunuyoruz.

II. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMINA DAHA YAKINDAN BAKIŞ

Tıbbi müdahale ile, şüphesiz ki, tedavi amaçlı olan, hiç olmazsa hastalığı önlemek için yapılan müdahale anlatılmak istenmektedir. Bununla birlikte, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32 vd. hükümleri tıbbi araştırmaları da, rıza varsa, belirli şartlara tabi tutarak caiz görmektedir. Tıbbi müdahalenin, o konuda uzman olan ve yetkili bulunan kimse tarafından gerçekleştirilmesi de gereklidir. Şu halde, bir kimse ne kadar kabiliyetli olursa olsun ve ne kadar ilgili müdahale konusunda kendini yetiştirmiş bulunursa bulunsun, şayet söz konusu müdahale bakımından kanunen yetkili değilse, onun gerçekleştirdiği müdahaleyi tıbbi müdahale niteliğinde görmek caiz sayılamaz. Bununla birlikte, ilgili kişi müdahaleye razı olmuş ve o müdahale sayesinde şifa da bulmuşsa, müdahil kişinin resmi yetkiye (ehliyete) sahip olmaması, tazminatı gerektirmemelidir. Zira, bu ihtimalde, zarar söz konusu değildir. Hatta, burada, diğer yaptırımların (BK. 49/

III, MK. 25) tatbiki de düşünülmemelidir. Cezai nitelikteki yaptırım konusu ise, çalışma alanımızın dışında kalmaktadır.

Acaba, tıbbi müdahalede bulunacak kişinin mutlaka hekim olması gerekir mi? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Şüphesiz, tıbbi müdahalenin tür ve niteliğine göre, hekim olmayan uzmanların da bazı müdahaleleri yapabilmesi için, onların o konuda resmen yetkili kılınmış olmaları şarttır. Mesela, ebeler (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair 11 Nisan 1928 tarih ve 1219 sayılı Kanun, mad. 47), sağlık memurları (aynı Kanun mad. 3) ve sünnetçilerin (aynı Kanun mad. 58-59) durumu böyledir.

Tıbbi müdahalenin ilmi icaplara uygun olması da şarttır. Bunun şart olduğu 13 Ocak 1960 tarih ve 4/12578 sayılı kararname ile yürürlüğe konan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, mad. 13 hükmünde açıkça yazılıdır. Açıktır ki, ilmi icaplardan ne anlaşılması gerektiği problemini çözmek o kadar kolay değildir. Öyle ki, bir ülkede ilmi icaplara ya da tıbbi kurallara uygun gözükmeyen tedavi şekli, başka bir ülkede tıbben kabul görmüş olabilir. Mesela, akupunkturun Çin'de gördüğü kabul, ülkemizde henüz tartışılmaktadır. Kanaatimizce, buna benzer tıbbi müdahaleler ilgili ülkede resmen yetkili kılınan kimse, ülkemizde de diploma denkliği tanınmak şartıyla, anılan türde müdahale için bizde de yetkili sayılacak ve dolayısıyla bu müdahaleler artık tıbbi kurallara uygun kabul edilecektir.

Yeri gelmişken, dünyada gittikçe revaç bulan bitkisel tedaviye de burada bir nebze değinmek istiyoruz. Acaba, bitkisel tedavi tarzındaki tıbbi müdahale tıbbi kurallara uygun sayılabilecek midir? Şunu, bir kere derhal belirtelim ki, bitkisel tedavi de, bir çeşit müdahaledir. Zira, verilen bitkisel karışımlar, sonuç olarak, vücuda ilişmekten başka bir şey değildir. Gerçi, bu tarz müdahale, mesela ameliyata benzemiyor. Ne var ki, beden bütünlüğüne vaki müdahaleden bahsedebilmek için mutlaka ameliyata benzer ve o yoğunluktaki ilişmelerin gerekli olduğu da söylenemez. Bitkisel tedavinin ilmi icaplara yahut tıbbi kurallara uygunluğu meselesine gelince; hemen söyleyelim ki, bu meselenin halli çok güçtür. Kanaatimiz odur ki, bitkisel tedavilerin tıbbi kurallara uygun müdahale sayılabilmesi için, anılan tedavi türünün ilgili ülkedeki tıp bilimi mensuplarının

çoğunluğu tarafından kabul edilmesi şarttır. Şüphesiz, hangi bitkilerin veya bitki karışımının hangi hastalığa ve hangi doz ve usulde verileceği de, aynı çoğunluk tarafından tespit edilmiş olmalıdır. Bu tespit, bilimselliğin kanıtı sayılacaktır. Aksi takdirde, tıbbi kurallara uygunluktan bahsetmek doğru olmaz. Şu halde, bitkisel tedavi, mesela ülkemizde henüz tıbbi kurallara uygun bir müdahale sayılamayacaktır. Öyleyse, bu tür müdahaleden zarar gören kimsenin rızası da, kural olarak, işe yaramayacaktır. Bitkisel tedavinin, yukarıda belirtilen şartın gerçekleşmiş olması kaydı ile, tedaviye resmen yetkili kimse tarafından yapılması da gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin alışılmış olmayan tedavi usulleri ile ilgili 27. maddesini de burada zikretmek gerekir. Bu hükümde bazı şartlarla klasik tedavi usulleri yerine başka tedavi usullerinin uygulanmasına cevaz verilmektedir.

Burada, estetik operasyonlardan da bahsedilmelidir. Estetik operasyonlar, bilindiği üzere, günümüzün modası haline gelmiştir. Bize kalırsa, bu tür operasyonları da, tedavi amacı ile yapılan müdahaleler olarak kabul etmek gerekir. Zira, burada, kişinin ruh sağlığı için önem arzeden müdahale söz konusudur.

Yeri gelmişken, cinsiyet değiştirme ameliyesini (MK. 40), organ ve doku nakli (29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Kanun; MK. 23/III) için yapılan ameliyeyi, oto-grefferi, saç, deri ve kan naklini, nüfus planlamasına dönük olan veya ana ve çocuğun, ayrıca neslin sağlığı bakımından gerekli bulunan tıbbi müdahaleyi (25.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Kanun) anmak gerekiyor. Keza, suni döllenmeye (ilhaka) ilişkin 21 Ağustos 1987 tarih ve 19551 sayılı Yönetmelik (İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği), halk arasında "tüp bebek" şeklinde adlandırılan durumu düzenlemiştir. Kanaatimizce, bir kadına kendi kocasından alınan spermelerin yerleştirilmesi de caiz sayılmalı (zira burada ahlaka aykırılık bulunmadığı gibi, bu tür müdahalelerin ruh sağlığı açısından tedavi niteliği taşıdığı da görülmektedir), buna karşılık, bir kadına yabancı erkekten alınan spermelerin yerleştirilmesi ahlaka aykırı sayılmalıdır. Dolayısıyla, böyle bir müdahaleye rıza, BK. 19-20 hükümleri uyarınca, hukuka aykırılığa engel olamayacaktır. Buna benzeyen ve

ahlaken hoş görülemeyen diğer müdahaleler için de aynı şekilde düşünülmelidir. Söz konusu yönetmelik hükümlerinden bu sonuç çıkmaktadır.

Burada, Nüfus Planlaması Kanunu ile getirilen ve on haftayı geçmeyen gebeliklerde rızaya dayanan rahim tahliyesinin caiz olduğunu söyleyen hükme (anılan Kanun, mad. 5/I) kısaca değinmek istiyoruz. Bilindiği üzere, MK. 28/II hükmü uyarınca, cenin, sağ doğmak şartı ile, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Ne var ki, Nüfus Planlaması Kanunu, bu hükmü, yaşı on haftayı geçmeyen cenin için devreden çıkarmıştır. Görülüyor ki, hukuk düzeni, hem cenin için hak ehliyetini sağ doğma şartına bağlıyor, hem de hiçbir tıbbi zorunluluk aramadan sağ doğmaya engel olunabileceğini hükme bağlıyor. Yani, yasakoyucu, bir eli ile verdiği diğer eli ile alıyor. Kanaatimizce, bu düzen tarzı isabetli değildir. Tıbbi zaruret aramaksızın rahim tahliyesini, ırza tecavüz hallerine hasretmek, yani ancak bu hallerde caiz görmek gerekir. Aksi halde, zikri geçen çarpıklık haklı tenkitlerin sebebi olmaya devam edecektir.

III. RIZA BEYANININ NİTELİĞİ, ŞARTLARI VE HÜKÜMLERİ

Tıbbi müdahaleye rıza beyanı, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılmasıdır. Zira, kişilik hakkı, kişiye sıkı surette bağlı haklardandır. Vücut bütünlüğüne ilişkin hak da, kişilik hakkı çerçevesi içindedir.

O halde, sınırlı ehliyetsizlerin tıbbi müdahaleye rıza beyanı bakımından yasal temsilciye ihtiyaçlarının bulunmadığını söylemek prensiplere aykırı düşmeyecektir (MK. 16 /I). Ne var ki, tıbbi müdahaleye ilişkin özel düzenlemeler nedeniyle bu esastan ayrılmak gerekiyor. Şöyle ki, 11 Nisan 1928 tarih ve 1219 sayılı Tababat ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı kanunla değişik 70. maddesi, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda her çeşit ameliye için veli veya vasisinin muvafakatinin aranmasını şart kılmaktadır. Bu hükme göre, büyük cerrahi

operasyonlar söz konusu ise, muvafakatin yazılı olması da şarttır. Resmi Gazete'nin 1.8.1998 tarih ve 23420 sayısı ile yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği de veli veya vasinin iznini aramıştır (mad. 24). Görülüyor ki, tıbbi müdahaleye bağımsız olarak rıza beyanına muktedir olanlar, bu düzenlemelere göre, sadece tam ehliyetlilerdir. Gayrimümeyyizler bakımından dahi, konuya ilişkin özel düzenlemeler dolayısıyla, genel esastan ayrılma söz konusudur. Şöyle ki, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkı ancak hak sahibi kullanabileceğine göre, gayrimümeyyizin bu hakkı yasal temsilci tarafından kullanılamamalıydı. Ne var ki, yukarıda zikri geçen 1219 sayılı Kanun, genel bir ifade ile "tahtı hacir"den, yani kısıtlı olmaktan bahsettiğine göre, kısıtlanmış gayrimümeyyizler için dahi yasal temsilcinin müdahaleye rızası yeterli olmaktadır. Acaba, gayrimümeyyiz hasta kısıtlı değilse ne olacaktır? Belirtelim ki, hem 1219 sayılı Kanun, hem de Hasta Hakları Yönetmeliği, bu problemin çözümünü sunmuştur. Şöyle ki, veli veya vasi yoksa veya bulunamıyorsa, rıza şartından sarfınazar edilecektir (1219 sayılı Kanun mad. 70; Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 24). Şu hale göre, hasta ister tam ehliyetsiz isterse sınırlı ehliyetsiz olsun, yasal temsilcisi yoksa, rıza beyanı aranmadan müdahale yoluna gidilebilecektir.

Her ne kadar Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesi mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlının dinlenmesini aramış ise de, bu hükümden, hekimin küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, bu hüküm, aksine davranışı yaptırıma bağlamayan bir hüküm, yani düzen hükmü olarak telakki edilmelidir.

Acaba, yasal temsilci muvafakatten kaçınırsa nasıl bir yol izlenecektir? Belirtelim ki, Hasta Hakları Yönetmeliği, bu ihtimalde tıbbi müdahaleye karar verme yetkisini Mahkemeye bırakmıştır (mad. 24). Mahkemenin konuya ilişkin müdahale yetkisinin yönetmeliğin atfı yaptığı Medeni Kanundan kaynaklandığı da söylenmelidir. Yönetmelik eski MK. 272 ve 431 hükümlerine atfı yapmıştır. Bu atfı, yeni MK. 346 ve 487 hükümlerine yapılmış saymak gerekiyor.

Tıbbi müdahaleye rıza beyanı, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir (Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 28). İşaret edildiği üzere,

konuya ilişkin şekil şartı da getirilmiş olabilir. Mesela, büyük cerrahi ameliyeler için yazılı rıza beyanının şart olduğu yukarıda belirtilmiş bulunuyor. Keza, mesela organ ve doku alınması konusunda rıza için yazılı şekil aranmıştır (anılan Kanun, mad. 6, Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 29).

Rıza beyanının geri alınması imkanı acaba mevcut mudur? Bu soruyu, esasta Hasta Hakları Yönetmeliği'nin mad. 24 hükmü açık ve net biçimde cevaplandırmıştır. Buna göre, hastaya derhal müdahale gerektiren hayati ve acil haller dışında, rıza her zaman geri alınabilecektir. Bundan başka, Türkiye tarafından imzalanmış olan ve TBMM tarafından 3.12.2003 tarihinde onaylanmış, onay kanunu Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi de ilgili kişinin muvafakatini her zaman geri alabileceğini hükme bağlamıştır. Görülüyor ki, konuya ilişkin yasal düzenleme dahi mevcuttur. Eğer müdahale başlamışsa, rızanın geri alınması tıbbi sakınca yoksa geçerli sayılmıştır (Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 24/son).

Şüphesiz, rıza beyanında bulunan kişi şayet genel anestezi altına girmiş bulunuyorsa, esasen onun artık rıza beyanını geri alması da söz konusu olmayacaktır.

Acaba, rıza beyanı belirli bir tedavi için mi verilmek gerekir? Hemen söyleyelim ki, bu sorunun cevabı olumludur. Bir kimsenin, kendisine her türlü tıbbi müdahalenin yapılması için soyut ve genel nitelikli rıza beyan etmesi, hukuken geçerli sayılamaz. Ancak, teşhis aşamasında her türlü tahlil ve tetkik için önceden rıza beyan edilebilir. Bu da, şüphesiz tedavi amaçlı tahlil, tetkik ve denemeler içindir. Sonra, belirli bir tedaviye ulaşmak amacı ile muhtemel bütün ameliyelere rıza beyan edilebilir. Ancak, hekimin bu grubun dışına çıkmaması gerekir.

Bazen, ilgili kişi rıza beyanına muktedir olmayabilir. Mesela, bir trafik kazasında hemen komaya giren kişinin durumu budur. Bu gibi durumlar için yukarıda zikri geçen 1219 no'lu Kanunun 70. maddesi, açık bir çözüm getirmiştir. Buna göre, böyle hallerde rıza aranmayacaktır. Açıktır ki, yasal temsilci hazır bulunuyorsa, onun

rızası alınmalıdır. Şu halde, burada “mefruz rıza” kavramına gitmeye gerek yoktur. Hasta Hakları Yönetmeliğine göre, kanuni temsilcinin muvafakat vermediği veya bulunmadığı haller için öngörülen mahkemeye gitme usulü de acil hallerde safdışı edilebilecek, yani mahkeme kararı dahi aranmadan müdahale edilebilecektir (mad. 24/III). Bu düzenlemeden, yasal temsilcinin rızaya muktedir olmaması hali için de acil hallerde rıza veya mahkeme kararı şartından vazgeçilebileceği sonucu dahi çıkmaktadır.

Bazen, müdahale başladıktan sonra ortaya çıkan yeni müdahale ihtiyaçları söz konusu olabilir. İşte, bu durumlarda da 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinden istifade ile ek rıza beyanı ihtiyacı bertaraf edilebilecektir. Hastanın müdahale sırasında bilinci açıksa (lokal anestezi), şüphesiz ek rıza alınmalıdır.

Burada, halledilmesi gerekli bir başka problem şudur: Acaba, bir kimse hayati tehlike bulunmasına rağmen tıbbi müdahaleye muhalefet ederse, hekim müdahaleden kaçınmalı mıdır? Hemen belirtelim ki, eğer hasta tam ehliyetsiz ise, problemin çözümü kolaydır. Bu durumda 1219 sayılı Kanunun 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/I hükmü ışığında yasal temsilcinin izni yeterli görülmelidir. Hasta sınırlı ehliyetsiz durumunda bulunuyorsa çözüm gene budur. Buna karşılık tam ehliyetli kimsenin tıbbi müdahaleye muhalefetinin nasıl aşılacağı meselesinin halli kolay değildir. Bu konunun tartışmalı olduğunu da söylemek gerekir. Ayrıntıya girmeden söylemek isteriz ki, “hakkın icrası” kavramı yardımıyla, rıza olmasa da tıbbi müdahale, hayati hallerde caiz görülmelidir. Dolayısıyla, bu görüşe katılmaktayız. Ancak, itiraf edelim ki, en doğrusu konuya ilişkin açık ve net yasal düzenlemenin getirilmesidir.

Burada, rıza beyanının hata, hile ve ikrah tesirine maruz olmaması gerektiği de belirtilmelidir. Aksi takdirde rıza beyanı geçerli sayılamaz. Öte yandan, rıza beyanı alınmazdan önce hastanın aydınlatılması da gerekir. Hasta, müdahalenin niçin gerektiği ve muhtemel sonuçları konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır. Hekimin, başka tedavi imkanları varsa, bunları da hastaya açıklayıp onun tam bilgi ile seçim yapmasına imkan tanınması da gerekir. Hekim, aydınlatma görevini yerine getirirken hastanın psikolojik durumunu da nazara

almalıdır. Aydınlatma yükümü, her somut olayın özelliklerine göre, detaylı veya yüzeysel hususlara yönelebilir. Açıklama yapma yükümü konusunda Organ Nakli Kanunu (mad. 7-/a) ve Hasta Hakları Yönetmeliği (mad. 15 vd.) hükümler taşımaktadır. Bu yüküm, genel olarak MK. 2'den de çıkarılabilir. Şayet, teşhisin saklanması hasta için gerekli ise, bunun caiz olduğunu da söylemek gerekir (Hasta Hakları Yönetmeliği mad. 19). Aynı sonuca, yapılacak müdahalenin muhtemel sonuçları bakımından kanaatimizce varılamaz. Aydınlatma yükümü yerine getirilmemişse alınan rıza beyanı hekimi sorumlu olmaktan kurtaramaz.

Rıza beyanının hukuka ve ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmaması dahi gerekir. Mesela, MK. 40 hükmündeki şartlar yoksa, cinsiyet değiştirmeye yönelen rıza muteber olmaz. Keza, bir yankesicinin kolay yankesicilik yapabilmek için elinin başparmağını kestirmek istemesi halinde verilen rıza, kişilik hakkını ve hukuku ihlal ettiği için geçerli olmayacaktır. Ötenazi için verilen rıza da böyledir. Esasen, bu örneklerde tedavi amacı da yoktur.

IV. SONUÇ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan çıkan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

Tıbbi müdahale insan vücuduna ilişkin ve tedavi amacına yönelen her türlü müdahaleyi ifade eden bir terimdir. Hem müdahale, hem de tedavi terimleri geniş çerçeve içine oturtulmalıdır. Diğer bir deyişle, bedene maddi ilişme niteliğini taşımayan yaklaşımlar (mesela biyo enerji teknikleri, bitkisel tedavi yöntemleri) bile tıbbi müdahale sayılabilecek, ayrıca hastalığın önlenmesi ve teşhisi amacıyla yapılan müdahaleler de tedavi amaçlı müdahaleler sayılmak gerekecektir.

Öte yandan, tedavi amaçlı tıbbi müdahaleler mutlaka resmen yetkili kılınmış kişilerce yapılmalı, rızanın ancak bu halde muteber olacağı da kabul edilmelidir.

Rıza, tam ehliyetliler için problem yaratmayacak, sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcileri rıza beyanında bulunacaktır. Tam

ehliyetsizler için de yasal temsilcinin rızası aranacaktır. Acil ve hayati hallerde rıza şartından vazgeçmek gerekecektir. Diğer hallerde, yasal temsilciye başvurmak uygun düşmüyorsa (acil hallerde böyledir) veya yasal temsilci rıza göstermiyor ya da gösteremiyorsa hakime gidilmelidir.

Rıza beyanı, kural olarak şekle tabi değildir. Bunun istisnaları da mevcuttur.

Rıza beyanından dönülebilir. Ancak, hayati ve acil hallerde, yani tıbbi sakınca var ise, bu mümkün değildir.

Müdahaleden önce, kural olarak hasta aydınlatılmalıdır.

Sakatlanmış iradeye dayanan, ahlaka, kişilik haklarına, hukuka aykırı olan rıza beyanı muteber olmayacaktır.

Yukarıda gösterilen şartlara aykırı tıbbi müdahaleler, müdahalede bulunan kişiyi hukuken sorumlu kılacaktır.

DOKTORUN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA HASTANIN DOKTOR TARAFINDAN AYDINLATILMASI VE BUNUN HASTANIN RIZASIYLA İLİŞKİSİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Wolfgang OEHLER¹

Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER²

Bu tebilğge ilişkin görüşlerin başlangıç noktasında, doktorun tıbbi müdahalesi hakkında hastayı tam olarak aydınlatmasına ilişkin olarak yargı uygulamasında aranan gerekliliklerin en azından prospektüste genellikle gösterildiğine benzer biçimde yapılması gerektiği hipotezi var idi. Bu prospektüsler, sağlık açısından tasavvur edilebilir tehlikelerin tüm türlerinin önlenmesine ilişkin olarak ve bir ilaç prospektüsünde öngörülebilir her hasta tipinin yararına olarak düzenlenirler. Bunun sonucunda ise, bu prospektüslerin oluşturulma biçimleri nedeniyle, bunlar bazen bir “*korku prospektüsleri*” olarak adlandırılır³. Bununla birlikte, ilk bakışta, doktorun aydınlatmasında varolanla karşılaştırılabilir bir sorunun var olduğu görülür. Yani gerçekte bir “*korku prospektüsü*”nden hiçbir şekilde söz edilemez. Yüksek mahkemelerin uygulamada, doktorun aydınlatmasının hastanın kişiliğine özgü yapılması gerekliliği ve bu nedenle de her zaman kişisel bir aydınlatma konuşması formu içinde doktor tarafın-

1 Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

2 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

3 Bkz. Medical Tribune, 40. Jahrgang, Nr. 14 (Apr. 2008), sh. 28; Ayrıca karşı. Justus Meyer, Instruktionshaftung, 1992, sh: 276.

dan bizzat yapılmasının zorunlu olduğu⁴ yönündeki mutad ve kesin içtihatları, hukuksal alanda benzeri sorunların nedenlerini ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, aydınlatma görüşmesinin hasta ile yapılmasının zorunlu olduğu sorununun ortaya konulması ve formülze edilmesinde, mahkemelerin uygulamasını iyi anlayabilmek için, bu sorun irdelenirken tamamen başka bir soruna göz atmak gerekmektedir. Yeditepe Üniversitesi'ndeki 26 Nisan 2009 tarihli ,Tıp ve Hukuk Sempozyumu'na davet edilmem, benim açımdan belirtilen anlayışlara ilişkin görüş geliştirmek için bir fırsat yaratmıştır. Bu sempozyum yanında, ayrıca tümüyle karşılaştırmalı hukuk biçiminde olan ve buna uygun Alman-Türk Semineri'nin (27-28 Nisan 2008) de düzenlenmesi, bana, doktor ile hasta arasındaki hukuksal ilişkinin birkaç temel hukuki unsuruna ilişkin görüşlerimi oluşturmaya başlamak fırsatını verdi. Bu temel hukuki unsurlar, yalnızca Alman hukukunda geçerli olmayıp, aksine karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, ev sahibimiz Türkiye'de olduğu gibi, birçok hukuk düzeninde de aynı şekilde temel ilke olarak kabul edilen unsurlardır. Bunlara ilişkin görüşlerimi şu şekilde ifade edebilirim:

- I. Başlangıç Görüşlerim: Doktorun sorumluluğu ile hastanın rızası arasındaki temel hukuksal ilişki;
- II. Hastanın aydınlatılmaması ve rızası örneğindeki sorunların faktörleri;
- III. Problem: Aydınlatma, rıza ve doktor sorumluluğu sistemindeki davranış biçimleri.

Tebliğin yakında yayınlanacak olması nedeniyle, tebliğ metni kısa tutulmuştur.

4 Bkz. Steffen/Pauge, Arzhaftungsrecht, 10. Aufl. 2006, sh. 182, RN 400 (Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarının ayrıntılarıyla birlikte).

I. Temel Hukuksal Bağlantılar

1. Doktor Tarafından Yapılan İyileştirme Müdahaleleri ile Diğer Tıbbi Müdahalelerin Hukuksal Doğasına İlişkin Olarak

Hastanın fiziki bütünlüğünü ihlal eden her doktor müdahalesi, özel hukuk açısından bir izin verilmeyen harekettir. Bu Almanya'da, diğer Avrupa ülkelerinde ve nihayet Türkiye'de herhalükarda öğretilerdeki baskın hukuki görüştür. Sadece dış açıdan ihlal eden önlemler değil, aynı zamanda örneğin masaj, ışın vermek, organ almak veya nakletmek, sondajlar, iğne yapmak, ameliyat v.b. beden dokunulmazlığına ağır nitelikteki bir müdahale de özel hukuk açısından *–birçok doktoru ranatsız etse dahi-* bir yaralamadır.

Müdahalenin hastaya yardım etmek veya onu iyileştirmek hedefi, bu müdahalenin hukuken bir yaralama olarak kabul edilmesini değiştirmemektedir. Ancak tıbbi müdahalenin, yargılamaya ilişkin hukuki sonuçlarından farklı olan yaralamanın *“normal olay”* olarak kabul edildiği hukuki sonuçları da vardır. Bu sonuçlar, sözleşme ve ispat yüküne ilişkindir. Hasta, eğer doktora karşı taleplerini elde etmek istiyorsa, yalnızca doktorun müdahalesini değil, aynı zamanda bunun bir tıbbi müdahale hatası olduğunu ispat etmek zorundadır. Hasta eğer tıbbi müdahalenin konusunu oluşturmuyorsa, bu durumda tipik bir müessir fiil sözkonusu olacağı ve bu nedenle de hukuk uygulayıcısı açısından kural olarak hukuka aykırı bir müessir fiilin varlığından hareket edileceği için, bu, doktorun iyileştirme müdahalesi özel hukuk açısından tam olarak bir *“normal”* müessir fiil (yaralama) olarak kabul edilmesine yeterli olurdu. Bununla birlikte, bir tıbbi iyileştirme müdahalesi olayında bu gerçekleşmez⁵. Hasta daha çok, doktora bir tıbbi müdahale hatasının bulunduğunu da ileri sürmelidir. Ancak bundan sonra, doktorun kusuru ve sorumluluğu sorunları gündeme gelir.

5 Bkz. Steffen/Pauge, aaO (Fn. 3), sh: 56 RN 132.

2. Hastanın Rızası

Doktor bir tıbbi müdahaleyi, ancak hastanın bir rızası var ise, gerçekleştirebilir. Hasta böyle bir rızayı gösteremiyorsa, müdahalenin hukuka uygun yapılabilmesi için, müdahale açısından örneğin bu rızayı göstermeye kanunen yetkili bir kimsenin rızası, yetkisiz temsil veya bir varsayılan rıza gibi başka bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı gereklidir. Ayrıca, mümkün olduğu takdirde, hastanın rızasının alınması gereklidir. Çünkü, hastanın rızasının alınması, doktor ile hasta veya üçüncü kişi tarafından imzalanan tıbbi müdahale sözleşmesinden bağımsız olarak temel ilkedir.

Başka bir ifadeyle:

Doktor ile sözleşme yapılması yalnızca belirli olaylarda hastanın yeterli rızasının bulunması anlamına gelmekteyse de, bu, her zaman ve zorunlu olarak hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin yeterli bir rızasının var olduğu anlamına gelmemektedir. Bu, duruma göre, ancak izin verilen bir hareket için bir hukuka uygunluk nedeninin tipik koşullarını, yani bir rızanın koşullarını oluşturursa söz konusu olur.

3. Doktorla Olan Sözleşme İlişisine Yönelik Açıklayıcı Düşünceler

Doktorla yapılan sözleşmenin diğer tarafının hasta olması zorunlu değildir. Hastanın hareket yeteneğinin bulunmadığı veya irade yeteneğinin olmadığı olaylarda, üçüncü kişiler de (örneğin eşler, birlikte yaşanan partnerler, akrabalar v.s. veya sağlık sistemine göre sağlık sigorta şirketi de) sözleşmenin tarafı olabilir. Bu taraf olabilme hukuken, örneğin sözleşmenin bir formu içinde üçüncü kişi lehine terkedilmiş olabilir.

Eğer bir yükümlülüğün ihlali, yani tıbbi müdahale hatası söz konusu olursa, tıbbi müdahale sözleşmesi doktorun yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerin esasını oluşturmaktadır ve aynı zamanda (diğerleri yanında, özellikle de izin verilmeyen hareketler yanında) bir hukuki sorumluluğun esasını oluşturur.

II. Aydınlatma ve Etki Rızanın Birlikte Rol Oynadıkları Problem Faktörleri

1. Yargı Uygulamasının (ve Öğretinin) Dogmatik Hareket Noktası

Rıza, Alman hukuk terminolojisinde *hukuki işlemi* ifade için kullanılmaz. Rıza, örneğin bir vekalet vermek, bir kira veya iş sözleşmesinin yapılması, bir satış sözleşmesinden caymak veya bir sözleşmenin karşılıklı feshi gibi hukuksal bir açıklamayı ifade etmez. O, insan davranışlarının dışı vurumunun diğer bir kategorisine dahildir.

Buna açıdan hukuk mantığına ilişkin. bir neden şu söylemden ortaya çıkmaktadır: Doktorun yaptığı müdahale, -hukuka uygunluk nedeninin varlığına muhtaç- bir yaralamadır. Hastanın rızasının türü, bu açıdan yalnızca birçok önemli hukuka uygunluk nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. İzin verilmeyen bir hareket için bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı, bir ticari işin kabulüne bağlı değildir.

2. Rızanın Ticari İşlem Olmadığı İlkesinin Bağlantıları

Örneğin medeni hukukun hukuki işleme ilişkin irade açıklaması için ilgili ticari işlem yeteneği, yanılma, görüş farklılığı, beyanın geri alınması veya temsil edilmesini öngören kanuni normlar, doğrudan doğruya ve hastanın rızası olmaksızın geçerli değildirler. Bu nedenle, rıza için hangi etkililik koşulları gerekli ise, öğretiy ve uygulama olaya özgü gelişmelerin uzun bir süreci içinde çalışmak ve belirlemek zorundadırlar.

3. Eğer Rıza Hukuki İşlem Benzeri Değilse, O Halde Nedir?

a) Bu, Almanya'daki yargı uygulaması ve öğretiyeye göre, bir "*hukuki işlem benzeri*"dir. Bu "*hukuki işlem benzeri*" kavramı, tam olarak yalnızca hukuki bir sorun için bir kelime veya daha iyi ifade edilecek olursa, bir problem yumağına ilişkin bir kelimedir. Çünkü,

sözüedilen hukuki işlem benzerleri, kanunkoyucunun onlara özel bir özen göstermesi söz konusu olmasa dahi, çok çeşitli özel hukuk bağlantıları içinde ortaya çıkmaktadırlar. Bununla birlikte, bu kelime, neyin bir hukuki işlem benzeri “*olduğu*” veya bu tür bir işlemin hukuken nasıl ele alınması gerektiği sorunun çözümünü bize sunmamaktadır. Kelime seçimi kendisinin hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri irade beyanlarına olan kavramsal bağlantısı aracılığıyla yalnızca, hukuki işleme ilişkin irade beyanlarına ilişkin kanuni kuralların muhtemel *anlamına tekabül eden* bir şeyi ifade için kullanılmak üzere anlamlandırılmalıdır. Yani, bu kurallar yalnızca, ancak uygulamanın görüşünün öğretideki görüşe uygun uygulanması gereken hallerde uygulanırlar.

b) Düşünülebilir diğer noktalar:

- Eğer ilgili kimsenin rızasının diğer insanlara karşı yetkili olarak kabul edilmek zorunlu ise, rıza artık bir doğal şey değildir. İnsan burada yapay bir irade oluşumundan, yani örneğin bir saldırıyı defetmek veya bir yardım istemek gibi ilgili insani irade açıklamasının da eşlik ettiği yalın insani bir harekettir.
- Rızadan, insanın kendi bedeni üzerinde insani özgürce tercihte bulunmasının bir icrası anlaşılmaktadır. Yetişkin reşit bir insanın hak ve özgürlüğe sahip olması gibi, bedenini başkasıyla yapılan sportif faaliyete tahsis etmesi veya kendisinin sporda yaşaması, kendisini bir doktorun ellerine bırakmak riski açısından da geçerlidir.

Kolaylıkla tahmin edileceği üzere, yargı uygulaması anayasa hukukuna ilişkin nedenlerden dolayı (bireyin onuru ve özgürlüğü) yukarıda 2 numaralı yerde belirtilen hususu vurgulamaktadır.

c) *Informed consent*

Hastanın etkili biri rızası için uluslararası kabul gören formül “informed consent” olarak adlandırılmaktadır.

Almanca söyleyecek olursak:

Yalnızca hasta neye rıza gösterdiğini biliyorsa, ancak o takdirde rıza etkilidir.

Bu basit düşünce, içinde hukuksal geniş bir içeriğe sahip bağlantıları içermektedir. Böylece hasta, doktorun müdahalesi öncesinde kendisinin neye rıza gösterdiğini bilmektedir. O, doktor tarafından tıbbi müdahalenin nedenleri, alınacak önlemler, sonuçları ve riskleri konusunda “*geniş kapsamlı ve tam olarak*” aydınlatılmak zorundadır⁶. Bunun hukuksal belirleyici ve kabul gören sonucu şudur: Doktor açısından diğer bütün sorumluluk konularına tekabül ettiği için, doktor tarafından yapılacak aydınlatma, hastanın bir etkili rızası için anahtardır. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş ve ortada bir tıbbi müdahale hatası bulunmuyorsa, doktor, hastanın rıza göstermiş olduğu müdahalenin zararlı sonuçları açısından da, sorumluluk hukuku açısından sorumlu olmaz.

4. Aydınlatmanın Yapılması Gerekliğinin Tür ve Fonksiyonu

a) Yargı uygulamasının hastanın doktor tarafından müdahaleyle ilişkin aydınlatılmasının içerik, kapsam ve yöntemlerine ilişkin gereklilikler, biraz önce belirtilen nedenden dolayı, doktorun sorumluluğunun pratikteki en önemli sorunudur. Şüphesiz burada, tıbbi bir hata nedeniyle sorumluluğun daha ağır bastığı halleri hariç tutuyoruz.

Aydınlatma gerekliliklerinin ve doktorun aydınlatma yükümlülüğünün ayrıntılarının burada bir kenara bırakılması gerekse dahi, aydınlatma açısından fonksiyonel olarak şunların birbirinden ayrılması gerekmektedir:

- Müdahale veya risk aydınlatması ve
- Tedavi veya güvenlik aydınlatması.

6 Federal Alman Yüksek Mahkemesi'nin şu andaki içtihatlarındaki formülün bu yönde olduğu hususunda bkz. Steffen/Pauge, age, (Dipnot: 3) sh: 177, Rn. 394.

Burada, sadece 1 numaralı şıkta belirtilen husus ilginçtir. Çünkü, o, doktorun tıbbi müdahalesi için gerekli hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır. Tedavi veya güvenlik aydınlatması olarak adlandırılan aydınlatma, tamamen başka bir tehlike durumu ve hukuki sorun alanı açısından geçerlidir: Hastanın müdahale sırasında ve/veya sonrasında doğru davranarak kendisine zarar vermekten kaçınması veya müdahalenin sonucunu tehlikeye sokmaması ya da tamamen irade dışı bir davranışta bulunmaktan kaçınmak için, hastanın aydınlatılması ve yönlendirilmesi zorunludur.

b) Ancak müdahale ve onun riskleri hakkında yeterli bir aydınlatma varolduğunda, hastanın rızası etkili olur. Başka bir ifadeyle: Tıbbi müdahale ve risk aydınlatılması olmaksızın, hastanın etkili bir rızada bulunması söz konusu olamaz.

Müdahale ve/veya risk aydınlatması yoksa veya yeterli değilse, tıbbi müdahalenin başarılı olup olmaması veyadoktorun tıbbi bir müdahale hatası yapıp yapmamasından bağımsız olarak, doktor hastaya karşı müessir fiil (yaralama) nedeniyle sorumludur⁷.

c) Bu ilkenin önemli bir istisnasına burada değinilmelidir: Hastanın yeterli bir aydınlatma olsaydı dahi tıbbi müdahaleye rıza gösterecek ve müdahaleyle bağlantılı riskleri üstleneceği (kabulleneceği) bir karar verecek idi ise, müdahale ve risk aydınlatılmasının eksik olduğu durumlarda dahi doktorun sorumluluğu ortadan kalkar.

Örneğin: Bir bayan hasta Lymphdrüsen kanseridir. Doktor ışın tedavisine karar verir. Dışarıdan bakıldığında (0,15%) olası görünmemekle birlikte, kuralına uygun ve doğru bir ışın tedavisi yapılmakla birlikte hastanın omuriliği bu nedenle daha sonra omurilik zelenmesine yol açacak biçimde zarar görür.

Bu müdahale nedeniyle açılan davada, hasta, ışın tedavisi ol-

7 BGH NJW 2003, sh: 1862.; Hakkında aydınlatma yapılan müdahale hususunda aydınlatmanın varlığına karşılık, bu müdahale yanında doktor tarafından bir aydınlatmanın yapılmadığı ve bu nedenle de hastanın bir seçim olanağının bulunmadığı diğer bir ağır önlemin gerektiğini gösterir olgular var ise, aydınlatmanın eksikliğinin kabulü dolayısıyla rızanın (ve hukuka aykırı müessir fiilin) etkisizliğine karar verilmelidir.

maksızın yapılacak tedavi sonucunda omirilik zedelenmesinin 10 kez daha yüksek bir olasılık olacak olsa dahi kendisi eğer bu zedelenme riski konusunda aydınlatılmış olsaydı ışın tedavisini kabul etmeyeceğini ve ışın tedavisi nedeniyle somut olayda omurilik zedelenmesine maruz kaldığını ileri sürmüştür.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi⁸ şu sonuca ulaşmıştır: Eğer, bu bayan hastanın kendisinin mantığa aykırı dahi olsa bu tür bir karar vermesi için ispat edilebilir nedenleri olsaydı ve bu ortaya konulabilseydi, bu hastanın (muhtemelen mantığa aykırı) kararına saygı duyulurdu. Fakat bununla birlikte, hasta karara konu olan olayda bu hususta elle tutulur bir şey ortaya koyamamıştır. Hastanın riskler hakkında bilgilendirilmiş olsaydı farklı bir biçimde karar vereceği yönündeki soyut gözlem, doktoru sorumlu tutmak için bu tür bir seçimin mantığa aşık biçimde aykırılığı yeterli olmaz. Bu nedenle, aydınlatmanın yokluğuna karşılık, doktorun lehine karar verilmiştir.

III. Problem: Aydınlatma, Rıza ve Doktorun Sorumluluğunun Kural Sistemi İçindeki Davranışları Tahrik Etmek – Hastanın Refahı İçin Yararlı mı Zararlı mı?

1. Aydınlatma, Rıza ve Hastanın İyileştirilmesi Hakkındaki Kuralın Değişmesi

Uzun yıllardan beridir bir çok yargıya konu olaydan hareketle;

- Doktorun hastaya karşı yükümlü olduğu teşhis, müdahale ve risk aydınlatması,
- Bilgilendirmenin icrası ve hastanın rızası ve
- Doktor tarafından yapılan tıbbi müdahaleye kesin olarak izin vermek

hakkında geliştirilen kuralın birlikte rolü, sistemin belirtilen farklılıklarını ortaya çıkarmaktadır. Bu sistem, herşeyden önce, hastanın özgürce tercihte bulunmasının korunması, reşit olmasından ka-

çınmak ve hastanın yapılması mümkün tedavisinde doktorun tedavi sorumluluğunu mümkün olduğunca başarılı biçimde yerine getirmesi etkilemelidir. Tüm bunların ayrıntılarının açıklanmasına burada⁹ değinilmesi olanaksızdır ve bunların başka bir seminer ve sempozyumda ele alınması gerekir.

2. Problem: Aydınlatma ve Rızanın Kural sisteminin Egemeliği

Yargı uygulaması tarafından aydınlatma ve rızaya ilişkin geliştirilen sebebin, sorunun asıl nedeni olarak görmek için, bu davranış tarzları aracılığıyla mantıklı davranmak için oluşturulan davranış tarzlarının doktorun yaptığı tıbbi müdahalenin yargılamasında, yani hastayı ve tıbbi müdahaleyi yapan doktorun davranış tarzlarının yargılamasında aktörler bulunmaktadır.

a) Doktor Açısından Davranış Tahriki

Doktor hastayı önceden yeterli bir biçimde aydınlatmış olduğu müdahale sonuçları ve risklerinden sorumlu değildir. Mantıklı bir risk tablosundan şunlar ortaya çıkar: Eğer, müdahale beklenildiği veya umulduğu gibi sonuçlanmamış ise, müdahale hakkında hasta ne kadar aydınlatılırsa, sorumluluk riski o kadar azalır.

Diğer taraftan geniş kapsamlı aydınlatma hastanın bilgilendirilebilmesi kaasitesinin daha fazla yük altına alınmasını ve buna uygun olarak da *overload bilgilenmesinin*¹⁰, daha büyük bir olasılığı anlamına gelmektedir. Veya Almanca ifade edecek olursak, doktor ciddi olarak hastasını müdahale ve risk durumu hakkında gerekli biçimde aydınlatmaya çaba sarfetse dahi, hastanın gerçekte cüzi oranda an-

9 Yargı uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Steffen/Pauge, age (Dipnot: 3), sh: 143 vd. Her iki yazar Alman Federal Yüksek Mahkemesi VI. Hukuk Dairesi'nde doktorların sorumluluğu bakımından yetkili hakimlerdir.

10 Overload bilgilendirmesi ve bilgi verecek kişinin kararı arasındaki bağlantıya ilişkin olarak bkz. Justus Meyer, age (Dipnot: 1), sh: 265 vd. Sempozyumdaki tartışmalarda şikayet edilen geniş kapsamlı, yazılı hasta tarafından imzalanmış aydınlatma belgesi, bu davranışın bir gerçekliğini ispat etmektedir.

laması tehlikesi, doktoru, müdahale ve onun riskleri hakkında daha fazla bilgilendirilmesine zorlamaktadır¹¹.

Bu bizi şu mutad bağlantıya götürmektedir: Hasta ne kadar aydınlatılırsa, kendisi o kadar özgürce tercihte bulunabilir. Böylece doktorun hastayı geniş biçimde bilgilendirmesi hastanın özgürce tercihte bulunması hakkına hizmet etmektedir. Hastanın anlama sorununun açıklama ve geniş kapsamlı anlatımla giderilmesi ardım, yrdım alınarak geniş kapsamlı aydınlatmada sözlü bildirim örneğinin olan ve olması gereken sonuçlar açısından standart müdahalede riskin daha büyük veya daha küçük olacağına ilişkin yazılı bilgilendirme materyalinin de eşlik etmesi gerekliliği, esasen doktorun aydınlatma yükümlülüğü içinde bulunmaktadır. Bu dilemma, Alman Federal yüksek Mahkemesi uygulamasındaki ,hastanın tıbbi bilgilerle yapılan bir açıklama ihtiyacının bulunmadığı, bilakis onun ,geniş kapsamlı ve tamamıyla aydınlatılmayacağı ihtiyacının olduğu, ilkesine dayanmak suretiyle ortadan kaldırılmış olmamaktadır. Diğer taraftan ise, hastanın daha sonraki yaşamı açısından önemli olabilecek nadiren gerçekleşen müdahale riskleri hakkında dahi hastanın aydınlatılmış olmasının zorunludur.

b) Hasta Açısından Davranışın Tahriki

a) Hasta müdahaleye ilişkin sorular yöneltirse, doktorun bu aydınlatma yapılırken soruyla ilgili ayrıntıları söylemeyi gerekli veya zorunlu görse ise dahi, doktorun bu sorular hakkında -tabiidir ki, tam ve doğru olarak- aydınlatmada bulunması gerekir. Çünkü, doktorun, ilke olarak yalnızca, hastaları müdahale hakkında ,tam ve geniş kapsamlı' ve anlaşılır biçimde bilgilendirmek yükümlülüğü vardır. Eğer hastaların müdahaleye karşı, herhangi bir şüpheli kaynaklardan her zaman ortaya çıkabilecek kuşkuvarı var ise, bunlar hakkında da doktorun aydınlatmada bulunması gerekmektedir.

11 Bu sorun, Giebel, Wienke, Sauerborn ve diğerleri'nin uygulamaya yönelik görüşlerinin çekirdeğini oluşturmaktadır (Giebel, Wienke, Sauerborn und anderen, Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssen, NJW 2001, sh: 863 ve 865 vd.

b) Bütün bunlarla bağlantılı olarak şu zorunluluk vardır: Soru soran ve kuşkulanan hastanın vralığı, doktorun aydınlatma suretiyle körü körüne güvenen kimseye rağmen riskten kurtulmak için daha fazla olanağa sahip olması anlamına gelmektedir. Kritik hastalar, yetersiz veya olumsuz sonuçlanan müdahalelerde, güvenen veya azbilgilendirilmiş hastalara karşılık doktora karşı daha az hukuki talepte bulunabilecek bir durumdadır. Burada geriye, hukuka uygunluk nedeni olarak sadece şu argüman kalmaktadır: Soru soran hastalar neye karar verdiklerini bilmek istemekteydiler, Bu nedenle, bir hastaya başarısız sonuçlanan bir müdahale vakasında tazminat talebi ileri sürmek açısından inandırıcı bir nedenin bulunmayacağı küçümsenmeyecek bir husustur, Çünkü hasta, belki hiç akla gelmeyen sorular nedeniyle ,yazılı standart açıklamalar'la bilgilendirilmiş hastaya rağmen, tıbbi müdahalenin olumsuz neticelenmesi riski açısından ,tamamen ve geniş kapsamlı olarak' önceden bilgi sahibi olmuştur. Aksi takdirde hasta, her zaman, müdahalenin kötü sonuçlanması riski konusunda yeterince aydınlatılmış olsaydı tıbbi müdahaleye rıza göstermeyeceği argümanına dayanarak ilave tazminat taleplerini ileri sürmek olanağına sahip olurdu.

c) Sonuç

Dünyaya yabancı bir doktorun teorik olarak zihni durumu açısından teorik olarak varolan hususlara rıza gösteren kimse dahi, bu aydınlatmadan aşikar surette dikkatsizce uygulamadaki eğilime uyarak vazgeçemez. Bu doktor da hastasına, standart müdahalelerdeki önceden yazılmış bilgelere ilave olarak her zaman daha çok bilgi vermek zorundadır. Kendi görüşüme göre, bu tür bir bilgilendirme materyali sadece mümkün olduğunca doktorun aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak icra edilmesine değil; bunun yanında hukuksal risk tartışmalarında da yardımcı olması için gereklidir. Uygulamadaki bu eğilim, yukarıda belirtilen sisteme uymaktadır. Bu gereklilik, ameliyatı yapacak her doktor kendisinin sık sık korku yaşayan hastasının sınırlı algılama, anlama ve hatırlama sorunu varsa bu aydınlatmayı yeterince yapmasına ve her zaman hastanın mümkün olduğunca daha iyi aydınlatılması yolunun daha da iyileştirilmesine

hizmet etmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün, her zaman karmaşık bir yapıya sahip müdahale yöntemlerine ilişkin tıbbi gelişimin oldukça hızlı değişen koşulları altında risklerin ortadan kaldırılması için araç durumuna getirildiği ve bu aydınlatma yükümlülüğünün her zaman yerine getirilmemesi karşısında, yargı organlarının ilke kararlarıyla kuşkulu vakalara çözüm bulmak ve bu çözümün ilerisi için geliştirilmesini gerektirmektedir.

IV. Nihai Değerlendirmeler

Genel geçerli bir çözüm istenseydi, yüksek ihtimalle bu, hastanın bizzat karar verdiği rıza ile riskten kaçınmak arasındaki dilemattan doktorun yerine getirdiği aydınlatmaya dayalı bir çıkış yolu şeklinde bir çözüm olurdu. Bu nedenle, eleştirel görüşlerle birlikte, burada bu tür götürü bir çözüm de kabul edilmemelidir. Doktor tarafından hastaya yapılması zorunlu aydınlatma doktor tarafından risklerin ortadan kaldırılması veya müdahale risklerine karşı bir sigorta aracı olarak ortaya konulduca, bu tür bir çözümün bulunması neredeyse olanaksızdır.

Hastanın yararlarının, doktorun riskin ortadan kaldırılmasındaki yararlarıyla yarışan hangi tarzda karşılanmasının mümkün olacağı bir yol, kanaatimce tavsiye etemeye değerdir. Burada doktorla hasta arasındaki ilişkiye yönelik ulusal kanun yapmak vasıtasıyla özel bir yol oluşturmaya teşebbüs olurdu. Bu yalnızca Avrupa Birliğinin, elektronik araçlar, spor araçları ve çocuk oyuncaklarının satışı için oluşturduğu tüketicinin korunması politikası hareket ateşi içinde açıkça acil olarak ele alınması sadece kuşkuyla karşılanabilir. Bununla birlikte, hizmette olan bir doktorun veya Avrupa Birliği içinde bir yabancı bir ülkedeki tatil yöresindeki bir kilinikteki doktorun bir hukusal Vabanque-oyun içine sokulması demektir. Tüm Avrupada ülkeden ülkeye değişik sigorta sistemine yapılan atıf ve aynı zamanda sürekli ülkeden ülkeye değişen medeni hukuk/borçlar hukuku fırsat oldukça şu ifadenin kullanılmasına götürür: “Biz severek yardım etmek isterdik ama yazık ki bu olmuyor”. Bu nedenle, aydınlatma ve rıza alanındaki doktorun sorumluluğunun hukuki durumu Avrupa

Birliği'nde hukuk politikası açısından Şüpheli bir dengelilik durumu olarak kalmaktadır.

İTALYA'DA HEKİMLERİN SORUMLULUĞU VE "CONSENSO INFORMATO" (BİLGİLENDİRİLMİŞ RIZA)

Dott. Fabio Massimo SCARAMUZZINO¹

Çev.: Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, LL.M

1. Giriş ve çalışmanın amacı

"Bilgilendirilmiş rıza" kavramı, hastanın kendisi hakkında, özgür ve bilinçli bir şekilde karar verebilme olanağının bir ifadesi olarak anlaşılmalıdır: Bilgilendirilmiş rıza, hasta - hekim ilişkisinde, hekimin sorumluluğuna dayanan davalarda, hekimin gerçekleştirdiği ifanın doğruluğu ve hukuka uygunluğuna, bir denetleme ölççeği olma konusunda, çok önemli bir anlam yüklemektedir.²

- 1 Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi İtalyan Hukuku ve İtalyan Hukuk Dili dersi araştırma görevlisi, Verona ve Regensburg Hukuk Fakültesi özel hukuk doktora öğrencisi. Yazar, çalışmanın Türkçeye çevirisi için, Gülsün Ayhan Aygörmez'e içten teşekkürlerini sunar.
- 2 Hastanın bilgilendirilmiş rızasının artan anlamı, tıp sanatı meslek kurallarının gelişmesi yoluyla da onaylanmaktadır. 1978 ve 1989 tarihli İtalyan Tıp Sanatı Meslek Kuralları, rızayı önemsiz görmekteydi (buna en önemli delil olarak, 1978 tarihli Kurallar'ın 39. maddesi ve 1989 tarihli Kurallar'ın 40. maddesi gösterilebilir. 39. maddeye göre, hekime hastanın rızası olmaksızın müdahalede bulunmak, sadece hasta açısından riskli olan müdahaleler için yasaklanmıştı. 40. maddeye göre ise hatta, iyileştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin (Heilbehandlung) içlerinde zaten rızayı barındırdıkları öngörülmüştü. 1995 ve 1998 tarihli Tıp Sanatı Meslek Kuralları ile birlikte, bu konuda bir dönüşüm yaşanmıştır: Keza 1998 tarihli Kurallar'ın 32. maddesi, «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente. [...] Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili

Hasta, tıbbi müdahaleye bizzat rıza göstermelidir. Bu karar, tıbbi eylemin konusu hakkında, önceden gerçekleştirilecek, somut ve uygun bir bilgilendirmeye dayanmak zorundadır. Bu yolla, hastanın rıza yoluyla hekimin vermiş olduğu karara, öylece katılmasının önüne geçilmiş olacak, böylece rıza daha çok, hastanın iradesinin üzerinde ayrıntısıyla düşünülerek ulaştığı bir ifade şekline bürünecektir.

Şimdi bu çalışma çerçevesinde, bilgilendirilmiş rızanın kanuni temeline ilişkin (2. başlık) açıklamalardan sonra, ilk olarak aydınlatılmış rızada sakatlık hallerinin neticelerine (3. ve 4. başlık) kısaca değinilecek, sonrasında da hastanın sözleşmeye ilişkin korunmasına yönelik, süreç kurallarına ilişkin önerilerde bulunulacaktır (5. başlık).

2. Bilgilendirilmiş rızanın anayasal temeli

Rızanın gerekli olması, sadece birinci fıkrasında, sağlığın korunmasına ilişkin genel ilkenin düzenlenmesinin ardından, ikinci fıkrasında, tıbbi müdahalelerin özgür iradeye dayandığını, bu nedenle de, hiç kimsenin, belirli bir tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlü olmadığı (bu konuda kanuni bir düzenleme olmadığı sürece ve her halükarda, sadece insan öz saygınlığının (onur, haysiyet) korunması konusunda çizilmiş sınırlar dahilinde kalınarak) hususunu düzenlenen Anayasa'nın 32. maddesinden çıkarılmamakta, aksine, kişisel özgürlüklerin düzenlendiği 13. maddesinden de çıkarılmaktadır: Keza, 1990³ tarihli, 471. sayılı karar ile Anayasa Mahkemesi

conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona, ove non ricorrano le condizioni di cui al successivo art. 34» düzenlemiştir. 28. 3. 2001 yılında 145 sayılı Kanun'la İtalya'da yürürlüğe giren, 4. 4. 1997 tarihli Oviedo İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin birinci fıkrasına göre de, kişiye sağlık alanında herhangi bir müdahalede bulunulması, ilgili kişinin bu müdahale hakkında aydınlatılmasından ve özgürce onay vermesinden sonra gerçekleştirilebilir.

3 Krş. C. cost. 22.10.1990, Nr. 471, *Foro it.*, 1991, I, 14 içinde, ROMBOLI, *I limiti*

–burada ele alınandan tamamiyle farklı olan bir sorunla alakalı olsa da- 13. maddede belirtilen özgürlüğün, kendi vücudu hakkında tasarrufta bulunabilme özgürlüğünü de kapsadığını kabul etmiştir. Bu yolla, vücudu üzerinde gerçekleştirilecek eylemlerle ilgili özerklik özgürlüğünün, sadece tıbbi müdahaleler açısından yegane ve tek başına sağlık hakkı ile bağlantılı olmadığı, aksine, genel özerklik hakkının bir ifadesi olduğu; bunun neticesi olarak da, aydınlatılmış rızayı gerekli kıldığı çıkarımı ile sonuçlanacak bir şekilde, bireysel özerklikler ilkesi ile, doğrudan ve anayasal bir temele sahip olduğu, hukuken geçerlilik kazanmıştır. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren hasta, bu yolla, kullanılabilir (tasarruf edilebilirlik) bir hakkın zarar görmesini, izin verilen (caiz) bir tedbire dönüştürmemekte, tersine, anayasal korunan bir hakkını kullanmaktadır. Müdahalede bulunan hekim de, hastanın fiziksel (anatomik) - işlevsel bütünlüğüne, –hastanın rızası bulunsa da- zarar vermemekte, aksine, hastanın özerklik hakkı olarak görülen iradesini yerine getirmektedir.

3. Bilgilendirmenin içeriği

Hastanın tıbbi müdahaleye rızası, bireysel özerklik hakkının kullanılması olarak görülmelidir. Burada, bireyin anayasal güvence altına alınmış olan bu hakkının kullanılmasının kesinlikle vazgeçilmeyecek koşulu olan “bilgilendirmenin”, bireyin özgür, -dolaylı bile olmaksızın- zorlama yapılmaksızın, bilinçli olarak, ancak gerekli ve faydalı tüm unsurlar temelinde kullanabileceği çıkarımı, göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebepten dolayı, hastanın anayasal korunan hakkının ihlal edilmesi, sadece rızasız bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinde değil, tersine, rıza, hekim tarafından yapılan eksik bir bilgilendirme neticesinde verilmişse de, söz konusu olacaktır⁴.

alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto «attivo» ed in quello «passivo»'nin değerlendirmesiyle, ve Giur. cost., 1991, 621 içinde, MUSUMECI, Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo'nin değerlendirmesiyle.

4 Krş. bu anlamda, 1998 tarihli Tıp Sanatı Meslek Kuralları 30. maddeye göre, «il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostiche-terapeutiche

Bilgilendirmenin çerçevesi kural olarak, tıbbi müdahalenin şekline bağlıdır: Saldırının yan etkileri ve riskleri ciddileştikçe, bilgilendirme de, buna göre daha kapsamlı ve eksiksiz olmalıdır. Burda hastanın özellikle, önerilen ve gerçekleştirilecek müdahale ile bağlantılı riskleri, bu risklere katlanması ile sağlığı üzerinde meydana gelecek olumlu etkileri tartacak şekilde, uygun bir değerlendirme yapabilecek duruma getirilmesi gerekir. Tıp meslek kurallarına ilişkin düzenlemelerde de sıkça vurgulandığı gibi, buna ilaveten, ne ölçüde hastanın, bu bilgilendirmeyi kavrayacak yeteneğe sahip olup olmadığının, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında yine gözetilmesi gerekecektir. Bunun bir neticesi olarak bilgilendirmenin, her hasta açısından ayrıca belirlenmesi gerekir: Eğer rıza, hekimle hasta arasında, tedaviye yönelik ilişkiyi güçlendirme işlevi görüyorsa, hastanın bilgilendirilmesinin, hastanın hekimi anlayacağı şekilde yapılması gerekir. Çünkü hekim, yapılacak müdahalenin, bilimsel anlamda doğru bir şekilde ortaya konulması değil, tersine, müdahaleyle bağlantılı olan olumlu ve olumsuz tüm neticeleri anlaşılır kılma yükümlülüğü altındadır. Bilgilendirme yükümlülüğü ayrıca, sadece öznel durum ve tıbbi ilerleme ile ilişkili olan, nesnel ve teknik anlamdaki riskleri değil, aksine, müdahalenin gerçekleştirileceği hastanenin donanımı ve işlevselliği ile ilişkili, somut –belki geçici olan kötü- durumları

e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostiche terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta». Bu anlamda yine *Comitato Nazionale per la Bioetica* (1992)'nin aydınlatılmış rıza hakkındaki düzenlemesine göre, «l'informazione non deve essere soltanto una trasmissione di dati e notizie, ma deve indicare al paziente le alternative, terapeutiche e non, che siano possibili. Infatti l'informazione è finalizzata non a colmare l'inevitabile differenza di conoscenze tecniche tra medico e paziente, ma a porre un soggetto (il paziente) nella condizione di esercitare correttamente i suoi diritti e quindi di formarsi una volontà che sia effettivamente tale, in altri termini in condizione di scegliere. Un'informazione corretta è perciò soprattutto chiara nell'indicare i passaggi decisionali fondamentali in una direzione o in un'altra, e cioè le alternative che si presentano: spetterà al curante presentare le ragioni per le quali viene consigliato un determinato provvedimento piuttosto che un altro». Krş. *amplius* FACCİ, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una «trappola» per il sanitario?*, *Resp. civ.*, 6, 2006, 486 vd. içinde.

da kapsamaktadır. Bu durumda hasta, sadece kendisine müdahalenin yapılmasını isteyip istemediği konusunda karar vermeyecek, tersine, söz konusu hastanede tedavi edilmeyi ya da başka bir hastaneye sevk edilmeyi isteme konusunda da karar verebilecektir.

Ayrıca eklemek gerekir ki, bilgilendirme yükümlülüğü gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleyle bağlantılı olan ve farklı yöntemlerin kullanılabilmesi, örn. beraberinde somut riskleri de getiren, anestezi yöntemleri, ön hazırlık ve sonraki evreleri de kapsar: Yani, bilgilendirme yükümlülüğü, tüm "sürece" eşlik etmektedir.

4. Hekimin, sosyal ilişkiden ve bilgilendirmenin uygunsuzluğundan ya da bilgilendirmeye ilişkin ihmalkarlıktan doğan sorumluluğu

Hekimin, bilgilendirmeye ilişkin ihmalkarlığı ya da uygunsuz bilgilendirmesinin somut neticelerini incelenmeye başlanmadan önce, bu çalışma çerçevesinde mümkün olabilecek şekilde, hekimin sorumluluğuna ilişkin, şimdiki İtalyan yargı içtihatına⁵ değinilmesi yerinde olacaktır.

Hastanenin sorumluluğu –kamusal ya da özel bir kuruluş olmasına bakılmaksızın-, sözleşmeye dayalı yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğarken, hekimin sorumluluğu, "sosyal ilişki"⁶den

5 Güncel karar için bkz. Cass. S.U. 11.1.2008, n. 577, *Resp. civ.*, 3, 221 ff., 2009 içinde, MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*; in *Giur. it.*, 2008, 1653'ya ait değerlendirmeyle birlikte, CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; *Danno e resp.*, 2008, 788 içinde, yazara ait değerlendirmeyle birlikte; VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, ve *ivi*, 2008, 871'ya ait değerlendirmeyle birlikte; NICOLUSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico 'ya ait değerlendirmeyle birlikte*; bu kapsamda yine MAGRA, *La responsabilità professionale medica'nın katkısı*, *Resp. civ.*, 10, 2008, 842 vd. İçinde ve *ivi*, FACCIOLI, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza «scolare» della Cassazione*, 12, 2007, 967 vd. yorumu.

6 Krş. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; DERS., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, AA. VV., *Le ragioni del diritto – Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, 147

doğan bir sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi sadece bir açıklamayı gerekli kılarken, sözleşme tarafı olan hasta, patolojik kötüleşmeyi, kanıtlamak zorundadır. Hastaya karşı sorumluluğun söz konusu olduğu hal için, sorumluluğa yol açan "sosyal ilişki (temas)", güvene dayanalı ilişki olarak tanımlanmaktadır. Bu ilişki, ilk olarak, Alman bilimsel çevrelerinden⁷ etkilenen "hakiki sözleşme (*der faktische Vertrag*)" kavramına dayanmaktadır. Burada bu durum, taraflar arasında bir anlaşma yapılmamış olmasına ve sadece sosyal açıdan önemli olabilecek bir ilişki bulunmasına rağmen, borç ilişkisinin bir kaynağı olarak görülmektedir. Ele alınan durum açısından burada, hekimin yer aldığı mesleki sınıflandırmanın ölçütlerine göre ifade bulunma yükümlülüğünde haklılığını bulan, hastanın hekimin mesleki yeteneğine duyduğu güven söz konusudur⁸. Bununla ilişkili olarak, hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü

çinde ve aynısı *La nuova responsabilità civile*, 2. baskı, Milano, 1997 içinde; aynısı, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, *Europa dir. priv.*, 2004, 69 içinde; böyle yenilerde FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 57 ve aynısı, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, *Resp. civ.*, 2004, 252 içinde.

7 Bu gerekçenin içeriği, çok kapsamlı ve karışık olduğundan, burda daha ayrıntılı bir saymaya girişilmesi mümkün değildir: KR. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, *Leipzig Studien*, 1941, 124 içinde; BETTI, *Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse*, *Das deutsche Privatrechts in der Mitte des 20. Jahrhundert. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, I, Berlin, 1956, 253-270 içinde (sonradan şu başlıkla *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, *Jus*, 1957, 353 içinde İtalyancaya çevrilmiştir); SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt am Main, 1957; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958; NIKISCH, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, *Festschrift für Dölle*, Tübingen, 1963. S. içinde, İtalyanca kaynaklar içinde CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958; GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 778 içinde; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, *Comm. Scialoja e Branca – Art. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988, 194 içinde; ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991 içinde; ROPPO (yayımcı), *Il «contatto sociale» e i rapporti contrattuali di fatto*, BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, V, 8. baskı, Milano, 1999, 1 içinde; SACCO, *Il contratto senza dichiarazione*, *Tratt. Rescigno*, 10, 3. baskı, Torino, 2002, 55 içinde.

8 Bu kuram, şu karara dayanmaktadır: 22.1.1999, Nr. 589, *Foro it.*, I, 3332 içinde, DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di*

ihlal etmesine dayalı sorumluluğunun, sözleşmeye dayalı ya da sözleşme dışı bir doğasının olup olmadığı tartışılmıştır. Birinci durum için, bilgilendirme eksiklikleri, halihazırda meydana getirilmiş olan sözleşmenin ifa edilmemesi olarak anlaşılmakta, ikinci durumda ise, görüşmeler ve sözleşmesinin meydana gelmesi sırasındaki iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uyulması ilkesinin ihlali olarak görülmektedir. Sözleşmeye dayalı bir sorumluluğun –bilgilendirme eksikliği durumlarında dahi- olduğuna ilişkin görüşe, öncelik tanınması gerekmektedir. Keza bu görüş, hekimin, hasta ile olan yukarıda belirtilen olaylarla ilişkili olan, mesleki faaliyetlerini, iki evreye ayırarak ele almaktadır: İlk olarak, tedavi evresine ya da ameliyatla yapılabilecek bir müdahaleye geçebilmek için, tanılama (diyagnoz) evresinde, veriler ve belirtiler (sempptom) belirlenir. Bu iki evre, daima mevcut olmalıdır. Bunlar, hekimin, serbest hizmet sözleşmesinden kaynaklanan, karışık olan, ifa yükümlülünü oluşturmaktadır. İlk olarak, tanılama evresinin tamamlanmasından sonra, cerrahın, ameliyatta yapılacak müdahalenin ya da gerekli tedavinin, olası tehlikeleri ve doğası hakkında, hastaya yapacağı bilgilendirme yükümlülüğü doğmuş olacaktır. Bu sebepten dolayı, ifa etmemenin, anayasal güvence altına alınmış olan bireysel özerklik hakkının ihlal edilmesi anlamına gelen bilgilendir-

responsabilità del medico ospedaliero 'nun değerlendirmesiyle; Danno e resp., 1999, 294 içinde, CARBONE, La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto 'un değerlendirmesiyle; Giust. civ., 1999, I, 1103 içinde, GIACALONE, La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica? 'nin değerlendirmesiyle; Resp. civ. e prev., 1999, 679 içinde, FORZIATI, La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione 'nin değerlendirmesiyle; Giur. di Merito, 1999, I, 1152 içinde, DE ROSA, Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni? 'nin değerlendirmesiyle; Corriere giur., 1999, 446 içinde, DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione 'nun değerlendirmesiyle; Contr., 1999, 1007 içinde, GUERINONI, Obbligazione da contatto sociale e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo 'nin değerlendirmesiyle; Giur. it., 2000, 740 içinde, PIZZETTI, La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da «contatto sociale» 'in değerlendirmesiyle; Nuova giur. comm., 2000, I, 334 içinde, THIENE, La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione 'nin değerlendirmesiyle. Krş. Farklı görüşte App. Venezia, 16.6.2005, Danno e resp., 2006, 293 içinde, GUERRA, Obbligazione da «contatto sociale» nell'attività del chirurgo subordinato: una prima smentita 'nin değerlendirmesiyle.

me yükümlülüğü, hekimin karışık olan, yapmakla yükümlü olduğu ve işte bu sebepten dolayı da, bu yükümlülüğü ihlal ile sözleşmeye dayalı bir sorumluluğunun söz konusu olacağı, "mesleki ifasına" dahil olduğu, daha da bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda genel olarak, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediğine ilişkin ispat yükü, hekimin sorumluluğunu mahkemeye taşıyan hastaya düşmekteydi. Bu görüş ise, alacaklının, -eğer ifa etmemeden kaynaklanan, sözleşmenin feshedilmesi ya da tazminat talebinde bulunulması söz konusuysa- sözleşme yükümlülüklerinin ifa edilmemesini ispatlamak zorunda olduğu, borçlunun da bu ispata göre, alacaklı tarafından iddia edilen ifada bulunmamaya ilişkin bir savunma yapması gerektiğine (İtalyan MK m. 1218) ilişkin geleneksel görüş ile çelişmekteydi. Ancak bu görüş, İtalyan Yargıtayı tarafından, kesin bir şekilde terk edilmiştir. Yargıtaya göre, borçlu, ifanın tam olarak, yani doğru yapıldığını ispatlamak durumundayken; yükümlülüğün tam olarak ifa edilmediğine ilişkin durumlarda, alacaklı açısından ispat yükü, ifanın tam yapılmadığını iddia etmek (açıklamak) ile yeterli görülmektedir. Böylelikle hekim, -mesleki faaliyetlerinin zorluluğundan tamamen bağımsız olarak-, bilgilendirme yükümlülüğünün doğru bir şekilde ifa edildiği konusunda, ispat yükü altındadır.

5. Bilgilendirmenin ihmali ve sözleşme özerkliği

Yukarda anılan ve varılan neticeler, tıbbi müdahaleler açısından ayrıca, genel olarak sözleşmenin konumsal uyumuna ilişkin önemli bir ipucu vermektedir.⁹ Ancak, bu çalışma, sadece bu süreç düzeniğinin (mekanizma) yeniden yapılandırıcı gizil gücünün (potansiyel) ortaya konulması ile sınırlıdır. Bu, sözleşmeye ilişkin konunun şekillenmesi sırasında, hasta ve hekim arasındaki rıza ve bilgilendirmenin karşılıklı değiş tokuşu yoluyla, farklı evrelerden -hazırlık, oluşma, gerçekleştirme evresi- ortaya çıkan neticeden çı-

9 Kurum halihazırda şu kaynakta bulunmaktadır: PİLIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, *Resp. civ.*, 1, 2008, 6 dev. İçinde ve *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1425 vd. içinde.

karılmaktadır. Bunun sebebi ise, hastanın kişiliğini geliştirmesi hakkının tamamıyla güvence altına alınması gerekliliğinin, sözleşmenin oluşması sırasında, sözleşmeye tek başına hukuki bir konum tanınması ile (süreler açısından, şekil ve yöntemler ve içerik açısından), özel bir sürecin sonuçlandırılması yoluyla hesaba katılabilmesidir. Bu, hastanın tıbbi müdahaleye vermiş olduğu rızayı geri alan hastaya, bu hakkın tanınması hususuna da uygun düşmektedir. Kanuni anlamda bu hak, Oviedo Sözleşmesi¹⁰ ile, tüm tıbbi müdahaleler için genel ve açık bir kabul görmüştür. Rızanın geri alınması hakkına ilişkin düzenlemelerde, hastanın tıbbi müdahaleye vermiş olduğu rızasını, her zaman ve serbestçe geri alabileceği tespit edilmiştir.¹¹

10 S. *supra* Dn. 1.

11 Tıbbi müdahaleye rızanın geri alınması – yani tıbbi müdahalenin reddedilmesi-, bugün bunun zamansal görünüş şekli dikkata alındığında, oldukça anlamsal olmaktadır. Buna ilişkin soru, özellikle, reddedilen tıbbi müdahaleye halihazırda başlandığı ve bunun devamının hastanın yaşaması için gerekli olduğu haller için güç olmaktadır (örn. suni beslenme, nefes aldırma (araçlar yoluyla), sıvı takviyesi). Eğer hasta bu gibi durumlarda, tedaviye devam edilmesini reddediyorsa, hastanın rızası hilafına tedaviye devam eden hekimin bazı eylemleri, ötenazi ile aynı değerlendirmeye tabii tutulmuştur. Keza, müdahaleye ara verilmesi, dönüştürsüz olarak hastanın ölümüne neden olacaktır iddiası, burada öne sürülmektedir. Ancak, eğer, bir hastanın, tedaviyi reddetme hakkının olduğu kabul ediliyorsa, açık bir şekilde, halihazırda tedaviye başlanmış olması (bunun sonlandırılmasının yine tıbbi bir müdahaleyi gerekli kıldığı) ile, henüz daha başlanmamış olması arasında bir ayırımın yapılması ve sadece ikinci durumdaki hasta iradesine saygı duyulması gerektiği iddiası, bir zorlama oluşturacak ve bireyin insan öz saygınlığına saygı ilkesiyle, tamamıyla çelişecektir. Keza, buna izin vermek demek, hastanın, tıbbi müdahaleye başlamayla birlikte bireysel özerkliği yeteneğini kaybetmesi ve dolayısıyla da, insan öz saygınlığını yitirmesi, hekimin ve müdahalenin yapısının tamamıyla farklı bir şekilde bürünmesi anlamına gelmektedir. (bu şekilde PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di trattamenti sanitari*, in *Astrid, Rassegna* del 25.3.2009, Nr. 89, Anno 5, Nr. 6). Anayasa'nın 32 II maddesine göre, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi ve böylelikle kendisine bu müdahalenin yapılmasına izin vermesi hakkı, maddenin birinci fıkrasına göre, sağlık hakkının, somut içeriğinin belirlenmesine ilişkin bir düzenlemedir. Fıkra, katı ve kurallaştırıcı (standartlaştırıcı) olmayacak bir şekilde, "hastalığın bulunmaması" olarak ya da bir canlı varlığın (organizma) fizyolojik işlevsellik yeteneğindeki bir rahatsızlığa ilişkin bir nedenin yok edilmesi olarak anlaşılabilir (bu anlamda, Dünya Sağlık Örgütü'nün yapmış olduğu sağlık tanımına da değinmek gerekir: "Sadece hastalıkların bulunmadığı bir hal değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal anlamda, tam bir iyilik halidir". Bu ifade neti-

Bu kanuni belirleme, tıbbi müdahalenin –burda sözleşmesel olan-, hastanın önemli haklarını tam bir şekilde kullanabilmesini güvence altına alacak olan hukuki durumunun içeriğinin belirlenmesine, çok esaslı bir anlam yüklemektedir. Hastanın bu hakkının sözleşmenin yapısına dahil edilmesi, gerçekten de, önemsiz ya da yansız (nötr) bir öge oluşturmamakta, tersine, tarafların, sözleşmenin tüm evrelerine ve sözleşme ilişkisinin bütün içeriğine esaslı bir etkisi olan, varlığı henüz ortaya çıkmamış gizil bir güç (potansiyel) meydana getirmektedir. Hastanın fikrini değiştirme hakkı, sağlığın korunmasına ilişkin anayasal ilkelerle doğrudan bir bağlantı içindedir. Keza burada, tıbbi müdahale özgürlüğünde ifadesini bulan, hastanın özgürlüğü ve kişiliğini geliştirme hakkı söz konusudur. Hastanın tıbbi müdahaleye başta gösterdiği rızasına tanınan koruma, aynı şekilde, sonradan fikrin değiştirilmesi durumunda ve sözleşmeye dayalı rızanın kısmen değiştirilmesi, hatta tamamıyla geri alınması halinde de geçerli olmalıdır.

Böylelikle –karar verme daha bireysel ve karışıktır- hastanın

cesinde de, sağlık kavramının, bireyin iyiye gitmesi ve bu sebepten dolayı da, kişiden kişiye farklılık göstermesi düşüncesi dışında tutulamayacak olması, daha da belirginleşmektedir. Bu sebepten dolayı, Anayasa Mahkemesinin, insan öz saygınlığının dokunulamazlığı, kararın çekirdeği olarak gördüğü görüşüyle de uyumlu olarak (krş. 309 sayılı, 1999 tarihli karar), sağlık hakkına ilişkin yoruma, öncelik verilmelidir: Yani, insanın kişiliğinin mutlak surette gerçekleştirilmesine yönelik olan yorum (m. 2 ve 13). Eğer, tıbbi müdahale yapılmaması, bu koşulu gerçekleştiriyorsa, bu durumda, hasta, sınırsız bir şekilde, müdahaleyi reddetme ve başlanılmış müdahaleyi sonlandırmayı talep etme hakkına haiz olacaktır (PIOGGIA, *op. loc. ult. cit.*). Burada elbette ki her somut olayda, bilinci yerinde olmayan hastalar açısından, özerklik hakkına saygının, beraberinde çeşitli soruları getirip getirmediğinin incelenmesi gerekir. (krş. bu konuda bir çok çalışma bulunmaktadır: SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2009, 127 ff. und *ivi La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, 1, 2008, 5 ff.; GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, 16.10.2007, Nr. 21748 sayılı karar için değerlendirme: *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2008, 1, 107 vd. İçinde; son olarak 26.3.2009 tarihli Cumhuriyet Senatosu tarafından onaylanmış olan, tıbbi müdahaleye için önceden yapılan aydınlatmanın şart koşulduğu tıbbi müdahale ve bilgilendirilmiş rıza, tedavi ile ilgili uyuşmaya ilişkin hükümlerin bulunduğu Kanun Tasarısı (*Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* (DAT)).

fikir değiştirme hakkı, sözleşmenin oluşmasına ilişkin her evreyle ilişkili olan ve bu sebepten dolayı da, oluşma sürecinin tamamında, her türlü yeniden şekillendirmeyi gerekli gören, her yeniden yapılanma, bu anlayış içinde değerlendirilmelidir. Geniş çerçeveli olan, sözleşmeye ilişkin yeni kurallarda da rastlanan ve sözleşme tarafları yoluyla, hasta özerkliğinin, bilinçli ve özgür bir şekilde kullanılmasının en üst düzeyde güvence altına alacak olan bir eğilim, sözleşme ile bağlılığı, ilk olarak, hastanın irade açıklamasından sonra ve her halükarda, hekimle birlikte karşılıklı rızanın verilmesinden sonra söz konusu olacağını ve tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği evre ile bağlantılı olarak öngörmek durumundadır.

Tıbbi müdahede sözleşmenin konumuna ilişkin yapılan bir temyiz ile, hastanın basit bir onamasıyla meydana gelen bir sözleşme için, genel "uyuşma-onaya dayalı olma ilkesinin" (İtalyan MK m. 1326) yeterli olmadığı, aksine, hekim tarafından bir ifanın da yerine getirilmesi gerektiği, kabul edilmiştir. Esasen bir "realità" (gerçeklik) olarak nitelendirilebilecek olan, belirli yönlerden eşyayı konu alan, "*traditio rei*" (gerçek ifa) yoluyla meydana gelen, sözleşmelerle karşılaştırılabilecek olan süreç ortada bulunmaktadır. Sözleşmenin oluşması, ilk olarak, hekimin ifasının gerçekleşmesi ile söz konusu olur: Bu zamana kadar, hasta, herhangi bir gerekçe sunmaksızın ya da herhangi maddi bir neticeyi kabullenmek zorunda olmaksızın, özgürce, önceden vermiş olduğu rıza hakkında, ayrıntılı düşünebilir. Hastanın fikrini değiştirme hakkı, kişinin anayasal korunması ile doğrudan bağlantılı olduğundan, hiç bir şekilde, hekime karşı, maddi –hatta dolaylı yollardan bile- bir sorumluluk olacağı neticesi yoluyla, sınırlandırılmaz.

5.1. Sürece ilişkin kurallar yoluyla, hastanın sözleşmeye dayalı olarak korunması

Sözleşmenin meydana geldiği zamanın, hekim ifasının yapılması noktasına itilmiş olması, bir yandan sözleşmelerin oluşması süreci içinde esaslı bir dönüşümü meydana getirmekte, diğer yandan da, hastanın üzerinde yapılacak tüm diğer müdahalelere, özgür ve

bilinçli bir şekilde karar verdiğinin emniyet altına alınması açısından gerekli olmaktadır.

Hastanın kişiliğini geliştirme hakkının, bireysel özerklik hakkının kullanılması sırasında güvence altına alınabilmesi için, sözleşmenin tamamlanması açısından Medeni Kanun (Codice Civile) geleneksel sisteminde ve hukuki ve iktisadi alanda istisnalar yoluyla etki yaratacak, diğer önlemlerle koruma tedbirlerinin alınması gerekmektedir. Bu son anılan unsurdan yola çıkılarak ve kanun koyucunun müdahale etmemesi sebebiyle, tüm sözleşme konumunu –oluşma evresinden başlayarak- geliştirmek, uydurmak, içeriğini kurumsal yenilemek ve hastanın hekim karşısında, daha güvenceli bir konuma gelmesini sağlayacak şekilde tamamlamak, yorumcunun görevi olmaktadır. Sürece ilişkin kurallar yoluyla, kişinin korunması açısından, bir yandan genel olarak, daha doğrusu her tıbbi müdahaleyle ilgili olarak hekimin faaliyetlerinin yerine getirilmesi için, diğer yandan da, tutarsız olan sözleşmeler için öngörülmüş olan yasal çözümler, değerlendirmeler sırasında göz önünde bulundurulabilir. İki alan da, kararı hakkında bilinçli ve özgür düşünebilen sözleşme tarafının irade açıklamasına göre oldukça açık olan tedbir sürecinin genel olarak şeffaflığını ve bilgilendirmeyi destekleyen, ileri boyutta gelişmiş ve diyalektik olan hazırlık evresi ile kendisini göstermektedir. Anayasal haklara ilişkin temel ilkelere uyulmasında bulunan menfaatlerden dolayı, hastanın sözleşmeye dayalı korunması, kişi zararlarına ilişkin birçok önemli duruma rağmen, basit bir zarar tazmini ile sınırlandırılmaz, aksine, tıbbi müdahalelerde sözleşme özerkliğinin kullanılması için, süreç mekanizmalarında ifade bulacak olan, önlemler emniyetlerin devreye girmesi gerekli olmaktadır.

Bu bağlamda, yeni olmakla birlikte, henüz daha bir birlik oluşturamamış tüketici sözleşmelerinin sürece ilişkin kuralları, yorumcu için, ilginç ve yeniden yapılandırıcı ilkeler sunabilir. Bu kapsamda, bu sürece ilişkin kuralların gerçekleştirilmesine hizmet edecek gerekli ilavelerin yapılabilmesi amacıyla hangi düzenlemelerin, hastanın kişisel korunması ile uyum düşüncesine ilişkin, bir incelenme yapılabilir.

İtalyan MK (Codice civile m. 1324 c.c. dev.)'nin genel hükümlerinde sözleşme hukukuna ilişkin yapılmış olan, sözleşmeye dayalı

düzenlemelerin oluşması hakkındaki genel kayıtlar, tıbbi müdahaleler açısından, çeşitli ve çok önemli sebeplerden dolayı, aşılmalıdır. Keza bunlar, hastanın rıza vermeye ilişkin özgürlüğü ve bunun sakatlanmamasının daha iyi güvence altına alan yasal çözümlere öncelik verilebilmesi amacı taşıyan sebeplerdir. Sözleşme taraflarının konumları (pozisyon) arasındaki en önemli bakımsızlık (asimetri), ilk aşamada, uyuşmanın meydana gelmesi için, kuralların yansızlığının (nötrlük) aşılması ve daha kapsamlı ve özel süreç kurallarının oturtulmasına etki etmektedir. Taraflar arasında, farklı ve –konumun zayıf ya da güçlü olmasına ve sözleşme tarafı olan, hekim ve hastanın özel alanlarını farkı şekilde kapsamıyla bağlı olarak- karşılıklı olan kurallar, bir uygulama alanı bulmaktadır. Tıbbi müdahaleler hakkındaki sözleşmede, bir taraf –hekim- hakkında, tek taraflı bireysel karar verme yetisini (inisiyatif) kısıtlayan ve olumlu (pozitif), sözleşmenin kendisine sağladığı koruma tedbirlerinden yararlanan diğer tarafa –hasta- karşı, somut hareket şekillerinin yer aldığı, olumsuz (negatif) düzenlemeler geçerlidir. Daha önce de belirtildiği gibi, hekimin en önemli ve onun aleyhine olan yükümlülüğü, hastanın irade açıklamasından önce vuku bulmak zorunda olan, bilgilendirme. Bu bilgilendirme, tıbbi müdahaleye verdiği rızasıyla aynı zamanda bir sözleşmenin kurulmasını da ifade etmiş olan hastanın, kişisel –yani bilinçli ve özgür-, tedaviye ilişkin bir kararına dayanan tasavvurda bulunmasına hizmet edecektir.

Yani hekimin, şekil ve yönteme ilişkin ölçütlere uyularak ve içeriksel olarak somut ve tam yapılması gereken bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüğü, sözleşme hukuku açısından da doğrudan bir önem arz etmektedir. Hekimin bilgilendirmesi, hasta tarafından verilen rızayı somutlaştırmakta ve ona anlam ve içerik yüklemektedir. Bu sebepten dolayı, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesi, sadece farklı boyutlardaki hekim sorumluluğuna değil, aksine, sözleşmeye dayalı uyuşmanın oluşması sürecinde de yaptırımlar uygulanmasına sebep olacaktır. Yeterli ya da isabetli olmayan ya da ihmal edilen bilgilendirme, tıbbi müdahale için hasta tarafından verilmiş olan rızanın ve yapılan sözleşmenin geçerliliğini şüpheli kılmaktadır. Bu gibi durumlarda, rıza, geçersiz kabul edilmelidir.

Tıbbi müdahalenin özgür iradeye dayanması herşeyden önce, hastanın, rızasını, bilgilendirme üzerine vermiş olması koşulu üzerine oturmaktadır. Sözleşmenin tamamlanmasına yol açacak olan uyuşmanın meydana gelmesine ilişkin sürecin ne olduğu hususu için ise, hastanın sözleşmeye dayalı rızasını kesinlikle olumlu (pozitif) bir şekilde dışa vurması ve ayrıca bunun, hekimin tıbbi ifasından önce de vuku bulması gerekmektedir. Tıbbi müdahalelerle ilgili olarak, hastanın rıza açıklaması hariç tutulduğu ve her halükarda, sözleşmeye dayalı iradenin dışı vurumuna ilişkin uygun, açık ve şeffaf olan şeklin yazılı yapıldığı, sözleşme oluşma süreçlerinin, uzlaşılmaz kabul edilmesi gerekmektedir. Süreç neticelerinin ve diğer uygulanabilir kuralların ihlali durumlarında – yani eğer, hekimin tıbbi ifası, hastanın önceden yapılmış olan bilgilendirilmiş rızasına dayanmıyorsa -, hekimin hareketi, çeşitli yönlerden, -bireysel özerkliğin gerçekleştirilmesi açısından-, hukuka aykırı olarak, kabul edilebilir. Sözleşme de, yine aynı şekilde aynı sebepten dolayı, hukuka aykırı yapılmış olarak kabul edilmelidir ve hekim, hasta tarafından gerçekleştirilmesi gereken yükümlülüklerin ifasını talep edemez.

Tıbbi müdahalelerle ilgili olarak, sözleşmelerin tamamlanması açısından özel bir sürecin işletilmesine ilişkin olan bir düzenlemeye uyma, aynı şekilde, ispat yükü açısından da incelenmek zorundadır. Sözleşmenin geçerli bir şekilde tamamlanmasına için gerekli, özel ve genel koşullara ve süreç neticelerine dikkat edilmesine ilişkin olumlu (pozitif) delillendirme, -tıbbi müdahalenin doğru yapılmasında da olduğu gibi- hekimin borcudur.

ÖZEL HASTANELERDE HUKUKİ SORUNLAR VE SORUMLULUKLAR

Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL¹

1. Konunun Takdimi

Son yıllarda özel sağlık işletmeciliği sektöründe ciddi boyutlarda gelişme görüldüğü ve özel hastane sayılarında önemli artışlar kaydedildiği ve bu gelişmeye paralel şekilde uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm bulmak üzere özel hastaneler mevzuatının sıklıkla değiştirildiği ve yeni düzenlemelere gidildiği görülmektedir.

1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 24.04.2003 tarih ve 4854 sayılı ve 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunlarla değişikliğe uğramış ve özellikle ceza hükümleri güncellenmiştir. Özellikle 2008 tarihli değişiklik, 2219 sayılı Kanununun 35, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46. maddelerinde değişiklik yapmıştır. 1982 tarihli Özel Hastaneler Tüzüğü, 20.03.1997 tarihinde değişikliğe uğramıştır. 2002 tarihli Özel Hastaneler Yönetmeliği ise, 13.04.2003, 14.01.2004, 21.10.2006, 15.02.2008 ve son olarak 11.03.2009 tarihlerinde köklü değişiklikler geçirmiştir.

Özel hastaneler mevzuatındaki bu değişiklikler, özel hastanelerin kuruluş ve işleyişini, hukuki statüsü ve çalışma şartlarını ve daha da önemlisi hukuki sorumluluk hükümleri üzerinde etkili sonuçlar doğurduğundan bu çalışmanın ilgi alanına girmektedir.

1 KTÜ-İİBF Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi, KTÜ Hasta Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Md. Yrd., Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Derneği Başkanı.

2. “Özel Hastane” Tanımı

1933 tarihli ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Yönetmeliği kapsamında özel hastaneleri şu şekilde tanımlamak mümkündür: Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzel kişilerine ait hastaneler dışında kalıp²; özel hukuk tüzel kişileri veya gerçek kişilere ait olarak ayakta ve yatarak muayene, tahlil, tetkik, tıbbi müdahale, ameliyat, tıbbi bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az 10 yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları “özel hastane” olarak isimlendirilmektedir (Bkz. HHK.m.1,18 ; Yön.m.2, 4/f).

Vakıf senedi ile müteveli heyeti teşkil edilmiş vakıf hastaneleri de, Hususi Hastaneler Kanunu hükümlerine tabi birer özel hastane sayılıp yönetimi Sağlık Bakanlığı tarafından denetlenecektir (HHK.m.7)³.

1933 tarihli de olsa “yasal tanım” özel hastaneyi şu ifadelerle anlatmaktadır: “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmiş zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslemek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları” (HHK.m.1).

Bu tanımda vurgu yapılan, hastaların “yatırılarak tedavi” edildiği sağlık yurdu özelliğine sahip özel hastaneler yanı sıra; “tıp

- 2 Yargıtay, Sosyal Güvenlik Kurumu’na bağlanmadan önceki (eski) Sosyal Sigortalar Kurumu hastanelerinin de “özel hastane” niteliğinde olduğu görüşünde idi: “Sanık, SSK hastanesinin göz mütehassısıdır. Yani bu Kurumun bir uzmanıdır. 4792 sayılı yasanın 1 ve 17. maddelerinde de belirtildiği gibi Sosyal Sigortalar Kurumu özel bünye ve nitelik arz etmektedir. Bu kurumun hastaneleri de özel hastane niteliğindedir” (CGK., 04.12.1978, 5-389/452).
- 3 Gerçek veya tüzel kişiler tarafından hastane açılmak üzere yapılmış bağışların veya kurulmuş vakıfların yönetimi, vakıf senedi ile özel olarak oluşturulmuş bir müteveli heyete bırakılmış olabileceği gibi, bir kamu kurumuna verilmiş hatta müteveli 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 müteveli 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.

merkezi, poliklinik ve muayenehane” gibi “ayakta teşhis ve tedavi” hizmeti sunulan özel sağlık kuruluşları da bulunmaktadır⁴ ki, Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁵ hükümlerine tabi bu sağlık kuruluşları incelememiz dışında tutulmuştur⁶.

3. Özel Hastanelerin Hukuki Statüsü ve Vakıf Modeli Önerisi

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. Özel hukuk tüzel kişileri olan ticaret şirketleri,

4 Ayaktan ve yatarak sağlık hizmeti sunulması kriterine göre yapılmış olan “özel hastane”-“özel sağlık kuruluşları” ayrımı yerine, tüm özel sağlık birimlerini ifade edecek şekilde “özel sağlık işletmeleri” terimi önerisi için bkz. DERYAL, Yahya, “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, 21-22 Nisan 2006, Kayışdağı-İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2006, C.III, S.2 (Özel Sayı), s.102.

5 Bkz. RG., 15.02.2008, 26788 ; 23.07.2008, 26945.

6 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 23.03.2004, 2001/465, 2004/398: “...1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için, Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk olmak şarttır hükmünün yer aldığı, bu hükme göre doktor olmayan kişilerin, birden çok hekimin birlikte çalıştığı ortak muayenehane olarak tanımlanan poliklinik açmasına imkan bulunmadığı, olayda; davacının ortağı bulunduğu şirketin işletmekte olduğu ... Tıp Merkezinin hasta kabulü, muayene, teşhis ve laboratuvar incelemeleri yapmak suretiyle ayakta tedavi hizmetleri vermek amacıyla kurulduğu ve faaliyetine devam ettiği, ancak hekim olmayan davacının ortaklığında faaliyetine devam etmesine izin verilmediğinin anlaşıldığı, bu durumda, ayakta sağlık hizmeti vermek amacıyla kurulan poliklinik ile muayenehane niteliğinde bulunan tedavi merkezleri açmak ve işletmek üzere kurulacak olan şirketlerin ortaklarının yukarıda açıklandığı üzere tümünün doktor olması gerekmekte olup, 1219 sayılı Yasaya göre doktor olmayan kişilerin poliklinik açmasına yasal olanak bulunmadığından, davacıların da işletmekte olduğu tıp Merkezinin doktor olmayan davacının ortaklığında faaliyetini sürdürmesine izin verilmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın ... reddine karar verilmiştir”.

kooperatifler, dernekler⁷, vakıflar ve sendikalar, amaçları ile bağdaşması kaydıyla özel hastane işletebilecekleri gibi, birden fazla gerçek kişi tüzel kişilik bulunmaksızın adi şirket ilişkisi içinde bir araya gelerek bir özel hastane işletebilir. Ya da bir gerçek kişi tek başına bir özel hastane açabilir ve işletebilir.

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.

TTK.m.11'e göre, "Ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer müesseseler ticari işletme" sayılırlar. Ticaret Kanununda, ticarethane tanımlanmamış, sadece açıklayıcı bazı örnekler sayılmakla yetinilmiş ve bu arada "hastane" de ticarethane örneği olarak belirtilmiştir (TK.m.12/I-6)⁸. Buna göre, ister gerçek kişiler tarafından ister tüzel kişiler tarafından ruhsat almış olsun, özel hastane işletmelerinin "ticari işletme" niteliğine sahip olacağı ve sahiplerinin de "tacir" sayılacağı sonucuna varabiliriz.

Hâlbuki sağlık mevzuatı, hekimlik (tababet) mesleğine ve tedavi müesseselerine ticari bir görünüm kazandırılmasına izin ver-

7 Örnekle olarak, Türkiye Kızılay Derneği, "amacına uygun işletmeler, ...hastaneler, sağlık merkezleri, dispanserler, kan merkezleri ve bunlarla ilgili laboratuvarlar, rehabilitasyon merkezleri" açmak ve işletmek (Tüzük m.47/21) yetkisine sahip olduğu gibi "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası silahlı çatışmalarda veya hükümetin ilan ettiği olağanüstü hallerde, Hükümet ve Silahlı Kuvvetlerin isteği üzerine, gösterilecek yerlere seyyar veya sabit hastaneler açmak veya sağlık ekipleri bulundurmak" (Tüzük m.7/h) görevleri arasında yer almaktadır. 19 Şubat 2009 tarih ve 27146 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Kızılay Derneği Tüzüğü ile yürürlükten kaldırılan 6.4.1993 tarih ve 93/4397 sayılı (mülga) Tüzük de paralel bir düzenleme içermekteydi (m.5/A-7, B-1).

8 Yargıtay da, Sağlık Bakanlığından aldığı ruhsatla faaliyette bulunan eczanelerin "ticari işletme" niteliğinde olduğu görüşündedir: 11. HD., 01.11.1976, 4293/4545: "... eczacı da iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle ... eczaneler TTK.nun 12/I ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme sayılırlar" (Karar için bkz. Gönen ERİŞ, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara 1987, s.207).

memektedir⁹. 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 olacağı önerimi burada yinelemek durumundayım¹⁰.

4. Özel Hastanelerin Sağlık Hizmeti Piyasasındaki Yeri

Sağlık İşletmeleri Federasyonu tarafından açıklanan istatistiki verilere göre¹¹, 2003'te 142 olan özel hastane sayısı 2008'de 400'e yaklaştı. Ruhsat bekleyen 120 özel hastane girişimi de dikkate alındığında 2009 yılında özel hastane sayısının 500'e ulaşması beklenmektedir. 1981 yılında ülkemizde sadece 83 özel hastane bulunduğu dikkate alındığında gelişmenin ne ölçüde hızlı seyrettiği görülebilir. Hatta bazı büyük şehirlerde özel hastane yoğunluğunun devlet hastanelerini geçmekte olduğu ve hasta akımını kendisine çektiği söylenebilir¹².

Yine 2003'te 800 olan özel klinik sayısı bu gün 2000 dolayındadır. Bunların 405 adedi tıp merkezi, 533 adedi dal merkezi ve 900 civarında da poliklinik olarak hizmet vermektedir.

9 Biyotıp Sözleşmesi m.21: "İnsan vücudu ve onun parçaları, ticari kazanç sağlanmasına konu edilemez"; 1219 sayılı Tababet Kanunu m.12/I: "Sanatını icra etmek üzere bir yerde kayıtlı bir tabibin bizzat dükkân ve mağaza açmak suretiyle her türlü ticaret yapması memnudur"; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.8/I: "Tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemez"; TDN.m.39: "Tabip ve dış tabibi, meslektaşlarının hastalarını elde etmeye matuf hareket ve teşebbüslerde bulunamaz"; Özel Hastaneler Yönetmeliği m.60: "Özel hastaneler, tıbbî deontoloji ve meslekî etik kurallarına aykırı şekilde, insanları yanıltan, yanlış yönlendiren ve talep yaratmaya yönelik, ...diğer hastaneler aleyhine haksız rekabet yaratan davranışlarda bulunamazlar".

10 DERYAL, 2006, s.118.

11 <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/458184.asp> 9 Eylül 2008

12 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 kamu hastanesine karşılık 11'er özel hastane vardır. Şişli'de 4 kamu hastanesine karşılık 14 özel hastane bulunmaktadır. Bkz. <http://www.sagliginsesi.com> (12.02.2006)

AB ortalamasında her 100 bin kişiye 350 yatak düşerken ülkemizde 250 yatak düşmektedir. Toplam yatak sayısının 135 bini devlet, 30 bini üniversite ve 19 bini de özel hastanelerde bulunmaktadır. AB ülkelerinde her 100 bin kişiye 400, Türkiye’de ise 140 hekim düşüyor. Hemşire ve yardımcı sağlık personeli de aşağı yukarı paralel seyretmektedir.

Türkiye’de bugün sağlık hizmetinin yüzde 75’i devlet ve üniversite hastanelerinde, yüzde 23-25’i ise özel hastanelerde verilmektedir. Özel sağlık sektöründeki istihdam kapasitesi 250 bini rakamını aşmış durumdadır.

Bu özel hastane artışına paralel şekilde, özel sektör tarafından sunulan sağlık hizmetlerine yönelik şikayetlerin de artış kaydettiği dikkat çekmektedir. Örnek olarak sağlık hizmeti sunan özel hastanelerin herhangi bir ticarethane gibi kazanç kaygısı ile işletilmekte olduğu, fakir hastalara farklı muamele edildiği, komplike ve kronik vakıalara bakılmaktan kaçınılarak bu hastaların devlet ve üniversite hastanelerine yönlendirildiği yönünde bazı kaygı ve endişeler dile getirilmektedir. Ayrıca özel hastanelerde sunulan hizmetin görünüşe ve gösterişe yönelik olduğu, hizmet kalitesinin gerçekçi olmadığı ileri sürülmektedir.

5. Özel Hastane Türleri¹³

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

13 Özel hastanelerin sınıflandırılmasına ilişkin Yönetmelik hükümleri (m.5-7A), 21.10.2006 tarih ve 26326 sayılı ile 15.02.2008 tarih ve 26788 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik değişiklikleri ile revize edilmiş ve özel hastanelerin yatak ve uzmanlık dalı sayısı ile diğer yardımcı sağlık üniteleri esas alınarak A, B ve C gruplarına ayrılmasını öngören sınıflandırma esası kaldırılmıştır.

Yirmi dört saat süreyle düzenli ve sürekli olarak ayakta ve yatarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren “genel hastane” türündeki özel hastane açabilmenin asgari şartı, en az üç cerrahi uzmanlık dalı olmak üzere altı klinik uzmanlık dalında kadrolu uzman tabip çalıştırmak ve yoğun bakım ve gözlem yatakları hariç en az 25 hasta yatağına sahip bulunmaktır.

Özel hastanelerin “dal hastaneleri” türü, Yönetmelik m.7’de etraflıca tanımlanmaktadır. Buna göre dal hastaneleri, belirli bir yaş ve cins grubu hastalar ile belirli bir hastalığa tutulanlara veya bir organ ve organ grubu hastalarına yönelik hizmet veren özel hastanelerdir.

Dal hastanelerinin 24 saat süreyle sürekli ve düzenli olarak ayakta ve yatarak muayene, teşhis, tedavi ve acil hizmeti vermeleri gerekir. Bunun yanı sıra dal hastanelerinde en az 25 hasta yatağı bulunmalı ve uzmanlık dalında kadrolu en az dört uzman hekim çalıştırmalıdır.

6. Özel Hastanelerin Kuruluşu ve Faaliyet İzni Alması

Özel hastanelerin açılması ve faaliyete başlaması, Sağlık Bakanlığının iznine bağlanmıştır (HHK.m.3/1). Başvuru dilekçesi, özel hastane mesul müdürü veya bağlı olduğu teşekkülün yetkilileri tarafından Valilik Makamına sunulur. Başvuru dilekçesinin muhtevası ve dilekçeye eklenen bilgi ve belgeler, HHK.m.3 ile Yön.m.13’de ayrıntılı olarak belirtilmektedir.

Özel hastane izin başvurusu üzerine, Sağlık İl Müdürü, devlet dairesinde çalışan bir mühendis ile birlikte hastane yapısı ve diğer şartlar bakımından gerekli incelemeleri yaparak bulduğu eksiklikleri tamamlattırır. İnceleme sonucu olumlu ise, İl Valisinin görüşü de eklenerek dosya Sağlık Bakanlığına gönderilir (HHK.m.4).

Özel hastanelerin ruhsat başvurularını incelemek üzere Bakanlık nezdinde özel bir komisyon oluşturulmuştur: Özel Hastaneler Teknik Komisyonu adı verilen 9 kişilik bu kurul, öğretim üyesi veya klinik şefi uzman doktorlar ile Bakanlık temsilcilerinden oluşmaktadır

ve 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). Bakanlığın 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 kağıdının hükmü kalmayacaktır (HHK.m.5).

Özel hastane kurulacak alanın da bazı özelliklere sahip olması aranmaktadır (Yön.m.8). Buna göre, imar mevzuatına göre her tür ve ölçekteki planlarda özel sağlık alanı kullanım kararı verilmiş, ulaşım şartlarının uygun ve ulaşılabilir olduğu İl Trafik Komisyonu veya Belediye Ulaşım Koordinasyon Merkezi raporu ile belgelendirilmiş; gürültü, hava ve su kirliliğine maruz olmayan, insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek endüstriyel kuruluşlar ile her türlü gayrisihhî müesseselerden uzak; hastane binası için yeterli yeşil alan ayrıldığı belediye tarafından yazılı olarak belgelendirilmiş ve Otopark Yönetmeliğine göre yeterli otopark yeri ayrılmış olmalıdır. Bu şartları yerine getiren bir özel hastane başvuru için Sağlık Bakanlığınca ön izin verilir (Yön.m.9).

Özel hastanelerin, imar mevzuatına uygun şekilde inşa edilip yapı kullanma izni belgesi almış olan binalarda kurulması zorunludur (Yön.m.10/I). Başka amaçla yapılmış binalarda özel hastane açıl-

labilmesi, Tüzüğe göre mümkün bulunduğu ve bunun için belediyeden umumi binaya çevrilmesiyle ilgili izin alınmasının yeterli olduğu öngörüldüğü halde (Tüz.m.3/II)¹⁴; Yönetmelik bu imkânı açık ve kesin bir dille yasaklamakta idi. Mülga hüküm aynen şu şekilde idi: “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 yasaklanmış olmasını, mevzuat hiyerarşisine aykırı bularak eleştirmiştim¹⁵. Nitekim Bakanlık, 21.10.2006 tarihli yönetmelik değişikliği ile bu çelişkiyi fark ederek düzeltmiştir. Fakat ne yazık ki bu düzeltme “olumlu yönde” olmamıştır. Zira doğru olan hüküm Yönetmelik kuralı (m.10/II) olduğundan, Tüzük hükmünün bu kural doğrultusunda değiştirilmesi kanımda daha yerinde olacaktı¹⁶.

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). Bu gün açılmış ve faaliyette bulunan bir çok hastanenin, çarşı, iş hanı ve iş merkezi olarak anılan binalar içinde ve ticari işyerleri ile bitişik halde çalışmakta olduğu görülebilmektedir.

Sağlık İl Müdürlüğü ve Valilik kanalıyla Bakanlığa intikal ettirilen özel hastane başvuru dosyası, öncelikle Tedavi Hizmetleri Genel

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

15 DERYAL, 2006, s.109.

16 Tüzük ile Yönetmelik arasındaki açık çelişkilerden birisi de, parasız hastalar için ayrılacak yatak sayısı ya da oranı konusudur. Tüzük, “ücretle hasta kabul eden özel hastanelerde en az bir yatak olmak koşuluyla yatakların % 5’i parasız hastalar için ayrılır” kuralını getirdiği halde (m.34/II), Yönetmelik bu oranı % 3 olarak ifade etmektedir (m.56/I). Yürürlük tarihlerine bakılmaksızın, burada da bir üst norm olan Tüzük kuralının geçerli sayılacağı açıktır.

Müdürlüğünce ve dosya üzerinde incelenir ve eksiklik bulunmaz ise Özel Hastaneler Teknik Komisyonuna havale edilir. Komisyonun uygunluk kararı üzerine Bakanlık tarafından “ruhsatname” düzenlenir.

Ruhsatlandırılması uygun görülmeyen başvurular, eksiklikleri giderilmek üzere Sağlık İl Müdürlüğüne iade edilir (Yön.m.15/I). Komisyonun başvuruyu uygun bulmayan raporu valilik kanalıyla başvuru sahibine bildirilir. Başvuru sahipleri tebellüğü izleyen 7 gün içinde rapora itiraz hakkına sahiptir. İtirazı değerlendiren Bakanlık son kararı verir (Yön.m.15/II).

Özel hastaneye ruhsat verilmesinden sonra ayrıntılı bilgiler içeren personel listesi, kısmi zamanlı çalışan hekimler de dahil yapılmış sözleşmeler ile konsültan hizmet verilecek uzmanlık dallarının listesi müdürlüğe verilir. Müdürlük tarafından, konsültan hizmet verilecek dallarda çalışacak tabipler dışındaki diğer personelini tamamladığı tespit edilen özel hastaneler, en geç 5 iş günü içerisinde Bakanlığa bildirilir (Yön.m.15/IV: Değişik fıkra: 11.03.2009).

Başvurusu usulüne uygun şekilde tamamlanan özel hastaneye yedi iş günü içinde Bakanlıkça “Faaliyet İzin Belgesi” düzenlenir ve bu belgenin verilmesi ile özel hastane hasta kabul ve tedavisine başlar (Yön.m.15/V). 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/VI).

Özel hastane kurulması ve faaliyet izni alınması aşamasına gelinceye kadar Sağlık Bakanlığına yapılan başvuru aşamalarında karşılaşılabilecek her engeli, bir “idari tasarruf” olarak idari yargıda dava konusu etmek mümkün bulunmaktadır.

6. Özel Hastanelere Kabul Edilemeyecek Hastalar

Bazı hastaların hastalıklarının özelliği ve adli ilişkileri nedeniyle özel hastanelere kabulü yasaklanmış olup, bu tür hastanelerin her nasılsa özel hastanelere başvurması halinde, tedavi edilmeyip Devlet Hastanelerine gönderilmeleri (yönlendirilmeleri) gerekmektedir.

Özel Hastaneler Tüzüğü m.31'e göre, "özel hastanelere kabul edilemeyecek hastalar" şunlardır:

a) Suçu işledikleri zaman bilinçlerini ya da hareket serbestilerini tamamen kaldıracak biçimde akıl hastalığına tutulmuş bulunmalarından dolayı mahkemece, korunmaları ve tedavi altına alınmaları kararı verilmiş hastalar,

b) Akıl/ruh hastalığı nedeniyle mahkemece hastanede tıbbi gözlem altına alınmasına gerek görülenler,

c) Zehirli veya uyuşturucu madde alışkanlığı nedeniyle mahkemece hastanede tedavisine karar verilenler,

d) Bir suç işleyip de akıl hastalıklarından birine tutulmuş olan ya da bu hastalıklardan birine tutulduğu öne sürülen ve mahkemelerce haklarında henüz karar verilmemiş olan kimseler.

7. Özel Hastanelerin Yönetimi

Özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetlerini yürütmek ve "hastane işlerini çevirmek"¹⁷ üzere bir "mesul müdür" görevlendirilir (HHK.m.9 ; Yön.m.16/I)¹⁸.

Mesul müdür, özel hastanenin Bakanlık ve Sağlık İl Müdürlüğü ile ilişkilerinde birinci derecede muhataptır Yön.m.16/II).

Mesul müdürün, 1219 sayılı Tababet Kanunu uyarınca Türkiye'de hekimlik yapma yetkisine (ruhsatına) sahip Türk vatan-daşı bir hekim olması, 2 yılı kamu ya da özel hastanelerde¹⁹ olmak

17 Nitekim HHK.m.3/I'de "hastane işlerini çevirecek mesul müdür"den söz edilmektedir.

18 Hususi Hastaneler Kanunu ve Özel Hastaneler Yönetmeliği, özel hastane sorumlu yönetici hekimini "mesul müdür" olarak nitelendirirken, Özel Hastaneler Tüzüğü "sorumlu müdür" terimini tercih etmekte (m.29/III, 30/I, 30/III, 40, 41, 42) fakat yine de "mesul müdür" terimini kullanmaktan kaçınmamaktadır (m.28/I). Doğrusu "sorumlu müdür" isimlendirmesi yaşayan Türkçe bakımından daha yerinde bir terim olarak önerilse de (DERYAL, 2006, s.110), yasal terimi kullanmaya öncelik verilmesi terim birliği bakımından da uygun olacaktır.

19 İki yıllık sürenin kamu hastanelerinde geçmiş olması şartını öngören Yönetmelik hükmüne 28.05.2004 tarihinde yapılan bir ilave ile özel hastanelerde geçen

üzere, Türkiye’de en az 5 yıl hekimlik yaptığını belgelemesi, herhangi bir suç nedeniyle ağır hapse veya yüz kızartıcı suçlar yüzünden hapse mahkum veya 2219 sayılı Kanun m.38 ve 39 uyarınca mesul müdürlükten yasaklı olmaması, ilgili tabip odasına kayıtlı olması, geçici olarak meslekten men cezası almamış olması gerekmektedir. Özel kanunlara göre geçici olarak meslekten men edilenler, bu yasakları süresince özel hastanelerde mesul müdürlük yapamazlar (Yön.m.16/III-IV).

Yönetmelikte 11.03.2009 tarihinde yapılan bir değişiklikle, mesul müdürün, görev yaptığı hastane dışında bir muayenehanede veya başka bir sağlık kurumunda çalışması yasaklanmıştır. Uygulamada görülen bazı usulsüzlükler nedeniyle getirilen bu yasaklamanın yerinde ve yararlı olduğu kanısındayım.

Ayrıca dal hastaneleri mesul müdürlerinin, hastanenin ana faaliyet alanı ile ilgili uzmanlık dalından bir “uzman tabip” olması şartı da, 21.10.2006 tarihli Yönetmelik değişikliği ile madde metninden çıkarılmıştır (Yön.m.16/I).

Mesul müdürün özel hastanelerdeki işlevi (görev tanımı), “özel hastanelerin tıbbî, idarî ve teknik hizmetlerini yürütmek ve denetlemek” 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/II).

Yüklendiği bu işlev nedeniyle, mesul müdürün “yönetici hekim” veya “işletmeci hekim” statüsünde görev yapacağı anlaşılmaktadır. Fakat mesul müdürün görev tanımında yer alan “özel hastanelerin tıbbî, idarî, mali ve teknik hizmetlerini...” cümlesindeki “mali” ibaresinin 11.03.2009 tarihinde yapılan Yönetmelik değişikliği ile kaldırılmış olması dikkat çekici olup, bu değişiklik mesul müdürün mali sorumluluğunun kaldırıldığı şeklinde yorumlanmaya elverişlidir.

sürelerin de bu kapsamda sayılması kabul edilmiştir. Nitekim 2219 sayılı Kanun m.9/1’de, iki yıllık çalışmanın “hastanelerde” geçmiş olmasından söz edilmekte, kamu-özel hastane ayrımı yapılmamaktadır.

Örnek vermek gerekirse, acaba özel hastanenin (vergi ve sigorta prim borcu gibi) kamuya olan borçları nedeniyle mesul müdürün sorumluluğu söz konusu edilemeyecek midir? Vergi Usul Kanununa göre (m.10), tüzel kişilerin vergi yükümlüsü (VUK.m.8/I) veya sorumlusu (VUK.m.8/II) olmaları nedeniyle bunlara düşen ödevler, kanuni temsilcileri tarafından yerine getirilir. Kanuni temsilcilerin bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden tüzel kişinin varlığından kısmen veya tamamen alınamayan kamu alacakları, kanuni temsilcilerin şahsi malvarlığından tahsil edilir. Yine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanununun 35. maddesinin başlığı da “Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu”dur.

Acaba mesul müdür, bu anlamda bir “kanuni temsilci” sayılabilir mi? 2219 sayılı Kanun m.10’a göre “Hakiki şahıslardan gayriye ait olan hastanelerde mali hususatı temin ve idare tarzlarını murakabe etmek üzere mensup oldukları teşekküller tarafından tayin olunan idare heyetleri bulunur”. Bu ifadesiyle kanun koyucu, tüzel kişilere ait özel hastanelerin mali işleri ve yönetimleri için ayrı bir yönetim kurulu atayacağı ve sorumluluğun bu kurula ait olacağına işaret etmektedir.

Fakat gerçek kişilere ait özel hastaneler bakımından aksini düşünmenin ne ölçüde mümkün olacağı tartışmaya açık bulunmaktadır. Eğer HHK.m.19/I’de ifade edilen “mesul müdürlüğü de deruhte etmiş hususi hastane sahibi” ihtimalinde olduğu gibi, gerçek kişiye ait özel hastanenin mesul müdürü de bu gerçek kişi ise, bu durumda zaten “kanuni temsil”den söz etmek mümkün olamayacak; gerçek kişi hastane sahibinin doğrudan ve bizzat mali sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 17. maddesinde 19 bent halinde “mesul müdürün görev, yetki ve sorumlulukları” ayrıntılı şekilde sayıldığı halde, mali sorumluluktan söz edilmemiştir. Fakat ne gariptir ki, 2009 tarihli Yönetmelik değişikliği, mesul müdürün mali sorumluluğunu bu şekilde kaldırmaya çabalarken, mesul müdürün özel hastanenin “her türlü mali ve idari işlerinden mesul” olduğunu açıklayan HHK.m.23 kuralı halen

yürürlüktedir²⁰. Mesul müdürün mali sorumluluğunu vurgulayan bu kanun hükmüne rağmen, mesul müdürün mali sorumluluğuna ilişkin hükümleri Yönetmelik metninden ayıklamaya yönelik girişimlerin ne ölçüde anlamsız kalacağı açıktır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne 21.10.2006 tarihli değişiklikle eklenen 18/A maddesine göre, mesul müdür atanabilecek niteliklere sahip olan bir (veya daha fazla) hekim, "mesul müdür yardımcısı" olarak Bakanlığa bildirilebilecektir.

Mesul müdürün değişmesi halinde, özel hastaneye yeni mesul müdür görevlendirilinceye kadar bu görevi geçici olarak mesul müdür yardımcısı vekaleten yürütür ve bu durum Müdürlüğe bildirilir (Yön.m.18/II).

Ayrıca, mesul müdür tarafından açık ve yazılı bir yetki devri verilmesi kaydıyla, reçete onayı ve istirahat raporu onayı gibi poliklinik hastaları ile ilgili usûlî işlemlerde mesul müdüre yardımcı olur ve imza yetkisi kullanabilir (Yön.m.18/A-II-b). Fakat bu her iki yetki kullanımı halinde de Bakanlığa karşı sorumluluk mesul müdüre ait olacaktır.

8. Özel Hastanelerin Denetimi

Özel hastanelerin fenni ve idari işlemleri ve her türlü sağlık 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).

Yönetmeliğin "denetim" kenar başlıklı 62. maddesi, 21.10.2006 tarihinde değiştirilmiştir. Buna göre, özel hastaneler; şikayet üzerine

20 Hüküm aynen şu şekildedir: "Hususi hastanelerin müdürleri hastanelerin her türlü mali ve idari işlerinden mesul ve hastaların fenni şekilde tedavi ve istirahatlarını temine mecburdurlar" (HHK.m.23).

yapılan inceleme ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, altı ayda bir rutin olarak denetlenir (Yön.m.62/I).

Denetim ile ilgili tespitler ve sonuçlar, Müdürlüğe ait teftiş ve denetim defterine yazılır. Hastanenin, denetim sonucunda ortaya çıkan ve denetim defterine kaydedilen; personel, tıbbî donanım, ilaç, tesis, bina ve diğer standartlarındaki eksiklikler ve tıbbî hizmetleri açısından bu Yönetmelikte öngörülen diğer şartlar bakımından tespit edilen eksiklik ve usûlsüzlükler ile var ise öneriler, müdürlük tarafından rapor haline getirilerek denetimden itibaren en geç 15 gün içerisinde Bakanlığa gönderilir (Yön.m.62/II).

Müdürlük denetim ekipleri tarafından tespit edilen eksiklik ve usûlsüzlüklerin denetim formunda belirlenen süreler zarfında giderilmesi, süre belirlenmeyen hallerde ise hemen giderilmesi hususu, müdürlük tarafından hastane mesul müdürüne yazı ile bildirilir. Müdürlükçe yapılan işlemler, ayrıca rapor halinde Bakanlığa sunulur (Yön.m.62/III).

Verilen süre sonunda yapılacak denetimde, eksiklik veya usûlsüzlüklerin devam ettiğinin tespiti halinde denetim formunda belirlenen sürelerle bağlı kalınmak suretiyle, valilikçe denetim formunda belirlenen işlemler uygulanır (Yön.m.62/IV).

Ancak, özel hastanelerin denetlenmesi sonucu mevcut durumda, hastaların tedavi ve istirahatını de olumsuz etkilediği tespit edilir ise, valilikçe işlem yapılmadan doğrudan Bakanlığa bildirilir. Bu durumda, eksikliğin giderilmesine kadar hastanenin tamamında faaliyetin bir aydan fazla geçici veya süresiz durdurulmasına, Bakanlığın görüşü alınarak valilikçe karar verilir (Yön.m.62/V).

9. Özel Hastaneler İçin Öngörülen Yasaklar ve Uygulanacak Yaptırımlar

Özel Hastaneler Yönetmeliği 66. maddede 21.10.2006 tarihinde yapılan değişiklik ile özel hastaneler için geçerli yasadışı fiil ve

davranışlar şu şekilde sıralanmaktadır: Özel hastaneler, ruhsat ve faaliyet izin belgesi almadan hizmet veremezler; faaliyet izin belgelerinde belirtilen yatak sayılarında Bakanlıktan izin almaksızın değişiklik yapamazlar ve faaliyet izin belgelerinde yazılı yatak sayısından fazla hasta yatıramazlar; faaliyet izin belgesinde bulunmayan uzmanlık dallarında hasta kabul ve tedavi edemezler; hastane binası içinde geçici de olsa ikamet edilecek yerler ayıramazlar; belirlenen gündelik yatak ücreti dışında bir ücret uygulayamazlar²¹; özel hastanede bulunan eczaneler, amacı dışında faaliyet gösteremez ve dışarıya ilaç satamazlar; bildirilen personel listesinde yer almayan veya çalışma izni ya da ruhsatı olmayan hekim ve diğer sağlık personeli çalıştıramazlar;

Özel hastaneler için mevzuatla öngörülen usul ve ilkelere uymayanlar ile yasaklara aykırı hareket edenlere, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve Özel hastaneler Yönetmeliğinde belirtilen idari ve cezai yaptırımlar uygulanır (Yön.m.67).

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 2003 yılında geçirdiği kısmı değişiklikten sonra son olarak 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla değişikliğe uğramış ve 35, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46. maddeleri güncellenmiştir. Bu değişiklikte özetle, mevzuatla öngörülen usul ve esaslara aykırılık halinde mesul müdürün kişisel olarak ceza sorumluluğu yerine, özel hastane işleteni için idari para cezası ve hasta kabulü yasağı yaptırımları kabul edilmiş (m.35); ruhsatı geri alınan ve hasta kabulü yasaklanan özel hastanelerin hasta kabulüne devam eden mesul müdürleri için beşbin Türk Lirası idari para cezası öngörülmüş (m.40); harice ilaç satan ve (acil hastalar müstesna) mezun olduğu sayıdan fazla hasta yatıran özel hastane mesul müdürleri için ikibin Türk Lirası idari para cezası getirilmiş (m.41); yatan hastalardan fazla ücret alan özel hastane işletenleri için onbin Türk Lirası idari para cezası kabul edilmiş (m.42)²²; önemli ameli-

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

22 Özel Hastaneler Tüzüğü (RG., 10.01.1983, 17924) m.34: "Özel Hastanelerde yatan hastalardan sınıflarına göre alınacak gündelik ücretler, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının uygun gördüğü miktarları geçemez. Ücretle hasta kabul

yatlar önce yapılması gereken tetkik ve tedavileri yapmadan ameliyatı icra eden hekimler için, bu fiil ayrıca suç oluşturmadığı takdirde beşbin Türk Lirası idari para cezası öngörülmüş (m.43); tedavisini üstlendiği hastaları, yerine vekil bırakmadan, izinsiz olarak terk edip tedavisiz kalmalarına sebep olan psikiyatri, çocuk ve kadın-doğum uzmanı hekimler için ikibin Türk Lirası idari para cezası getirilmiş (m.44); tüzük ile belirlenen yükümlülüklere uymayan ve yasaklara aykırı hareket edenler için bin Türk Lirası idari para cezası öngörülmüş (m.45/I); öngörülen idari para cezalarının mahalli mülki amir tarafından verilmesi ilkesi benimsenmiş (m.45/II) ve “Bu Kanunda yazılı suçların muhakemesine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu mucibince mahkemede bakılır” hükmü (m.46) hükmü ilga edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan teftiş sonucu, “fenni kayıtlarda, malzeme, alat, eşyada ve binaların sıhhi şartlarında ve hastane hizmetlerindeki noksanlar ile fenni ve idari diğer eksikliklerin” belirlenen sürede tamamlanması için mesul müdüre gönderilen yazılı ihtar rağmen gereğinin yapılmamış olması halinde, özel hastane işletenine 5.000 Türk Lirası idarî para cezası verilebileceği gibi; teftiş raporunda belirtilen ve ihtar gerektiren eksikliklerin “hastaların tedavi ve istirahatına müessir olduğu takdirde” ayrıca Valilik tarafın-

eden özel hastanelerde en az bir yatak olmak koşuluyla yatakların % 5'i parasız hastalar için ayrılır ve bunların sayısı açılış izinlerinde gösterilir. Bu yataklarda, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının, yerel mülkiye amirinin ve hastane yönetiminin parasız tedavisini uygun gördüğü fakir hastalar tedavi edilir. İlk açılışta, İl Sağlık ve Sosyal Yardım Müdürü ya da görevlendireceği bir yardımcının başkanlığında bir Devlet Hastanesi Baştabibi, yoksul hükümet ya da sağlık ocağı tabibi, tabip odaları, ticaret odaları ve belediye temsilcilerinden oluşan bir kurulca, fiyat indeksleri, yerel koşullar ve emsal gündelik ücretler göz önünde bulundurularak saptanacak gündelik ücretler, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca aynen ya da değiştirilerek onaylandıktan sonra uygulanır. Ücret değişikliği için, bina kirası, bina ve demirbaş amortismanları, aydınlatma, ısıtma, su ve yiyecek harcamaları, personel ücretleri vb. gündelik ücretleri etkileyen giderlere ilişkin belgelerle birlikte Valiliğe yazılı olarak başvurulur. İkinci fıkrada sözü edilen kurulun bu başvuru üzerine vereceği karar Bakanlığa gönderilir. Ücretler bir yıl geçmeden artırılamaz. Ancak toptan eşya fiyatları endeksi artışları % 25'i geçtiği takdirde, ücret saptanmasından en az altı ay geçmek koşuluyla bu süre beklenmeden artırma isteminde bulunulabilir.”

dan özel hastanenin kısmen veya tamamen hasta kabulü yasaklanabilir (HHK.m.34,35,36)²³.

HHK.m.36/3'te mesul müdürün ölümü veya hastane ile ilişkisini kesmesini izleyen bir ay içinde yerine başkasının tayin olunmaması veya mesul müdürün izinsiz olarak arzusu ile bir haftadan fazla hastaneyi terk etmiş olması durumu, kısmen veya tamamen hasta kabulünün yasaklanması²⁴ cezasını gerektiren bir neden olarak belirtildiği; aynı şekilde Özel Hastaneler Yönetmeliği m.64/a'da bu durum, hastanenin tamamında faaliyetin geçici olarak durdurulması yaptırımı ile karşılandığı halde; her nasılsa, Yönetmelik m.18/II'de, mesul müdürün değişmesi halinde, özel hastaneye yeni mesul müdür görevlendirilinceye kadar bu görevi geçici olarak mesul müdür yardımcısının vekaleten yürüteceği ve bu durumun Sağlık İl Müdürlüğüne bildirilmesinin yeterli olacağından söz edilmektedir. Yönetmeliğin 18/II ve 64/a fıkraları arasındaki çelişki bir yana, kanundan sonraki tarihli (28.05.2004) bir düzenleme de olsa, yönetmelik kuralı ile kanun hükmünün değiştirilmesi (ilga edilmesi) söz konusu olamayacaktır.

Bu şekilde Valilik marifetiyle tebliğ edilen hasta kabulü yasaklama kararına uymayan ve hasta kabulüne devam eden özel hastanelerin ruhsatnameleri Sağlık Bakanlığınca geri alınır (HHK.m.37). Kanunda yer verilen "ruhsatın geri alınması" yaptırımı, Yönetmeliğin 65. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olup, madde 11.03.2009 tarihli değişiklikle güncellenmiştir.

23 HHK.m.35 hükmünün 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanununun 70. maddesi ile değiştirilmesinden önce, Sağlık Bakanlığın denetimi sonucu yapılan ihtarın gereğini belirlenen sürede yapmayan özel hastanelerin mesul müdürleri 765 sayılı (eski) Türk Ceza Kanununun "selahiyettar mercilerin emirlerine itaatsizlik" kenar başlığına sahip 526. maddesi uyarınca cezalandırılması ilkesi benimsenmiş idi. Yapılan bu değişiklik ile, mevzuatla öngörülen usul ve esaslara aykırılık halinde mesul müdürün kişisel olarak ceza sorumluluğu yerine, özel hastane işleteni için idari para cezası ve hasta kabulü yasağı yaptırımları kabul edilmiştir.

24 Özel Hastaneler Yönetmeliği, özel hastanenin tamamında veya belli bir birimde (kısmi olarak) faaliyetin geçici olarak durdurulması yaptırımlarını, m.63 ve 64'de ayrıntılı şekilde düzenlemekte olup, düzenleme 21.10.2006 tarihli değişiklik ile güncellenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, denetimlerde tespit edilen eksikliklerin denetim formunda belirlenen süreler içinde giderilmemesi nedeniyle bir kısmında veya tamamında faaliyeti geçici olarak durdurulan hastanede, faaliyet durdurma tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde eksiklikler giderilmezse, ruhsat Bakanlıkça askıya alınır. Ruhsatı askıya alınan hastanede eksikliklerin giderilip faaliyete geçilmesi için en fazla bir yıllık ek süre verilir (Yön.m.65/I).

Faaliyeti geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulduğu halde hasta kabulüne devam edilen özel hastanenin faaliyeti, iki kat süreyle tamamen durdurulur. Faaliyeti iki kat süreyle durdurulan hastanede hasta kabulü yapıldığının tespiti halinde, hastane ruhsatı Bakanlıkça geri alınır. Bu durumdaki hastane tekrar ruhsatlandırılmaz (Yön.m.65/II).

Özel hastanenin tamamında veya bir kısmında faaliyetin geçici olarak durdurulması veyahut ruhsatın geri alınması söz konusu olduğunda müdürlük tarafından öncelikle mevcut yatan hastalarla ilgili tespit yapılır. Nakli mümkün olmayan hastaların tedavilerinin tamamlanmasından ve nakli mümkün olanların da diğer hastanelere nakillerinden sonra özel hastanenin faaliyeti durdurulur. Bu durumdaki hastanelere yeni hasta kabulü yapılamaz (Yön.m.65/III).

HHK.m.40 uyarınca, ruhsatnameleri geri alınan özel hastanelere Sağlık Bakanlığınca yapılan bildirim ile mevcut hastaları tespit ile yeniden hasta kabulü yasaklanır. Bu hastaların hastane tarafından tedavilerinin tamamlanması veya diğer hastanelere nakillerinden sonra hastane kapatılır. Ruhsatnamenin geri alınması ve hasta kabulü yasağının tebliği ve mevcut hastaların tespitine rağmen yine hasta kabulüne devam eden mesul *müdürlere bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.*

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). Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 11.03.2009 tarihli değişik 69. maddesine göre, özel hastanelerin bu Yönetmelik kapsamındaki kişilere devri halinde, devir sözleşmesinin müdürlükçe

“aslı gibidir” onaylı sureti, 13. maddeye göre devralana ait belgeler ve devralan adına düzenlenmesi gereken sözleşmelerle birlikte devir tarihinden itibaren en geç bir ay içerisinde müdürlüğe başvurulması zorunludur. Devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilinceye kadar hastanenin faaliyeti, devreden sorumluluğunda devam eder. Şayet devreden sorumluluğunda faaliyet gösterilmesi istenmiyor ise, devralan kişi adına ruhsatname ve faaliyet izin belgesi tanzim edilinceye kadar hastanenin faaliyetine ara verilir.

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).

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

10. Sonuç Olarak

a. Sağlık ticarileşmesi yasağı ilkesine uygun olarak özel hastanelerin vakıf modeli içinde örgütlenmesi zorunluluğu kabul edilmelidir.

b. Dinamik bir gelişme seyri izleyen özel hastane işletmeciliği sektörüne yönelik problemleri çözmek üzere sıklıkla başvuru alan Yönetmelik değişikliklerinde, sağlık hukukunun temel ilkelerine ve özel hastane mevzuatı içindeki hiyerarşiye uygunluk özenle gözetilmelidir.

GENEL SAĞLIK SİGORTASI: KAPSAM, PRİMLER, YARDIMLARA HAK KAZANMA KOŞULLARI

Yrd. Doç. Dr. Hediye ERGİN¹

I. GENEL OLARAK

31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”nun² bazı maddeleri hakkında Anayasa Mahkemesi’nin³ kısmen ya da tamamen iptal kararı vermesi üzerine bu yasanın yürürlüğe girişi üç kez ertelenmiştir.⁴ 25 Mayıs 2007 tarihinde “*Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği*”⁵ ve Maliye Bakanlığınca “*Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği*”⁶ (Sıra No: 8) yayınlanmış ve her iki tebliğin de 15 Haziran 2007 ta-

1 *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.*

2 RG. 16.6.2006, 26200.

3 RG, 30.12.2006, 26392, 5. Mükerrer.

4 5510 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi ilk olarak 1.7.2007 tarihine (2007 Yılı Bütçe Kanunu, Kanun No: 5565, Kabul Tarihi: 26.12.2006, RG. 29.12.2006 M, 26391), daha sonra 5655 sayılı Kanun ile 1.1.2008 tarihine (5655 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kabul Tarihi: 9.5.2007, RG. 20.05.2007, No. 26527) 2008 Yılı Bütçe Kanunu (RG. 28.12.2007, 26740 M) ile üçüncü olarak 1.6.2008 tarihine ertelendikten sonra, 5754 sayılı Kanun ile de çoğu maddeleri için yürürlük tarihi “2008 yılı Ekim ayı başı” olarak belirlenmiştir (17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG. 8.5.2008, 26870).

5 RG. 25.5.2007 Mükerrer, 26532.

6 RG. 25.5.2007 Mükerrer, 26532.

rihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte sağlık yardımları bu tebliğler doğrultusunda yerine getirilmeye başlanmıştır.

5510 sayılı Kanunda Anayasa Mahkemesi kararına uygun değişiklikleri yapmak amacıyla TBMM’nde 17.4.2008 tarihinde 5754 sayılı “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” kabul edilmiş ve bu yasa 8.5.2008 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.⁷

5510 sayılı Kanununun 60. maddesine göre, Türkiye’de ikamet eden herkes Genel Sağlık Sigortası’nın kapsamına alınmış olup, yasanın 108. maddesine göre Genel Sağlık Sigortası bazı kişiler için 1 Temmuz 2008 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda, Sosyal Güvenlik Kurumu’nca 30.06.2008 tarihinde yayınlanan “5510 sayılı Kanun” konulu 2008/59 sayılı Genelge’de sayılan kişiler 1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına alınmış ve bu tarih itibarıyla sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanmaya başlanmıştır. Daha sonra 28.8.2008 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından “Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği” (GSSİY) yayınlanmıştır.⁸ Bu yönetmelik hükümleri, 5510 sayılı Kanun hükümleri gibi farklı tarihlerde yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 71. maddesine göre,

“a) Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için, bu Yönetmeliğin 31 inci madde hükümleri hariç 1/7/2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

b) Birinci fıkranın (a) bendinde sayılanlar ve bakmakla yü-

7 RG 8.5.2008, 26870. 5754 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanununun 25 maddesi hiç değiştirilmeden aynen muhafaza edilmiş, 31 maddesi tümüyle değiştirilmiş, 8 madde eklenmiş, 80 fıkra değiştirilmiş, 22 fıkra eklenmiş, 7 fıkra hiç uygulanmadan yürürlükten kaldırılmış, 1 cümle değiştirilmiş, 4 cümle yürürlükten kalkmış, 58 bent değiştirilmiş, 6 bent eklenmiş, 6 bent yürürlükten kalkmış, 12 madde başlığı değiştirilmiştir.

8 RG.28.8.2008, 26981.

kümlü olduğu kişiler için bu Yönetmeliğin 31 inci madde hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında,

c) Kanununun 60 ıncı maddesi birinci fıkrasında sayılan diğer kişiler ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için 2008 yılı Ekim ayı başında” yürürlüğe girmiştir.

Daha sonra 2008 yılında iki ayrı tebliğ daha yayınlanmıştır:

- 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği⁹
- Maliye Bakanlığı Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği.¹⁰

1.10.2008 tarihinde 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte Genel Sağlık Sigortası herkese uygulanmaya başlanmıştır.

Genel Sağlık Sigortası, 5510 sayılı Kanun, Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği ve 2008/59 sayılı Genelge hükümleri, 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ve Maliye Bakanlığı Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği hükümleri doğrultusunda uygulanmaktadır.

II. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ UYGULANACAĞI KİŞİLER

1. GSS'nın kapsamına dahil olanlar

a) Genel Sağlık Sigortalıları

5510 sayılı Kanun'un 3. m.'nin 9. bendine göre, *genel sağlık sigortalısı*, 5510 s.K. 'nun 60. maddesinde sayılan kişileri ifade eder. Kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacağı 60. maddede tek tek sayılarak düzenlenmiştir. Genel sağlık sigortasının kapsamına girebilmenin ön koşulu kişilerin ikametgâhlarının Türkiye olmasıdır (m. 60/I). Genel sağlık sigortalısı olması zorunlu olup, genel sağlık sigortası hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir (GSSİY m. 5/1).

9 RG.29.9.2008, 27012 Mükerrer.

10 RG.23.20.2008, 27033.

5510 s.K.'nın 60. maddesine göre genel sağlık sigortasının kapsamına yerleşim yeri Türkiye olmak koşuluyla aşağıdaki kişiler girmektedir¹¹.

- a) İş sözleşmesi (hizmet akdi) ile çalışanlar (m. 60/I-a,1),
- b) Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar, (m. 60/I-a,1),
- c) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar (m. 60/I-a,2),
- d) İsteğe bağlı sigortalı olanlar (m. 60/I-b),
- e) Düşük gelir sahipleri (m. 60/I-c,1), "*Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin üçte birinden az olan vatandaşlar*" genel sağlık sigortası kapsamındadır (m. 60/I-c,1).
- f) Vatansızlar ve sığınmacılar (m. 60/I-c,2),
- g) 65 yaş aylığı alanlar,¹² (m. 60/I-c,3),
- h) Şeref aylığı bağlananlar,¹³ (m. 60/I-c,4),
- ı) Vatani hizmet tertibinden aylık alanlar,¹⁴ (m. 60/I-c,5),
- i) Nakdi tazminat veya aylık alanlar¹⁵ (m.60/I-c,6),

11 Akın, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, s. 33 vd; Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 133-134.

12 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş, Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (RG.10.7.1976, 15642).

13 1005 sayılı İstiklal Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatani Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanun (RG.24.2.1968, 12835).

14 3292 sayılı Vatani Hizmet Tertibi Aylıklarının Bağlanması Hakkında Kanun (RG.3.6.1986, 19126).

15 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (RG.6.11.1980, 17152).

- j) Ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler ¹⁶ (m.60/I-c,7),
- k) Harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar,¹⁷ (m.60/I-c,8),
- l) Geçici köy korucuları,¹⁸ (m.60/I-c,9),
- m)Dünya Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler ¹⁹ (m.60/I-c,9),
- n) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar (m.60/I-d),
- o) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar (m.60/I-e),
- p) Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlar (m.60/I-f),
- r) İş kaybı tazminatı alanlar (geçici m. 13/I). 4046 sayılı Kanun'a²⁰ göre iş kaybı tazminatı alanlar 5510 s.K. geçici m. 13 gereğince m.4/I-a kapsamında genel sağlık sigortalısı

16 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (RG.27.5.1993, 18059).

17 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu (RG.17.6.1949, 7235); 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (RG.12.4.1991, 20843 M).

18 442 sayılı Köy Kanunu (RG.7.4.1924, 68); 442 sayılı Kanununun 74.maddesinde iki ayrı korucu düzenlenmiştir. Birinci fıkrada gönüllü köy korucusu, ikinci fıkrada ise geçici köy korucusundan söz edilmektedir. 5510 sayılı Kanun 442 sayılı Kanununun 74/II maddesine atıf yaptığından, geçici köy korucuları sağlık yardımları açısından 5510 sayılı Kanundan yararlanacak, gönüllü köy korucuları ise yararlanamayacaktır, *Okur*, Genel Sağlık Sigortası, s. 134, dn. 52.

19 11/10/1983 tarihli ve 2913 sayılı Kanun (RG. 13.10.1983, 18190). 5774 sayılı "Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması İle Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Kanun" un (RG. 09.07.2008, 26931) 10. maddesi ile 1.08.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 2913 sayılı "Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra 2913 sayılı "Dünya Olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu Kazanmış Sporculara ve Bunların Ailelerine Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" a yapılmış olan atıflar 5774 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacaktır (5774 s. K. m. 9).

20 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (RG. 27.11.1994, 22124).

kapsamında sayılır (GSSİY m. 6/3).

- s) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar.

Yönetmeliğin 6. maddesinde yukarıda sayılanlardan başka aşağıdaki kişiler de genel sağlık sigortalısı sayılmıştır. Bu hükme göre:

- ş) Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalılardan iş sözleşmesi askıda kalanlar, iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre içinde,
- t) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri m.4/I-a kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.
- u) Evlenme ödeneği alan kız çocuklardan; eşleri tarafından bakmakla yükümlü olunmayanlar ile iki yıllık süre içinde eşlerinden boşanan kız çocukları, gelir/aylıklarının kesildiği tarihten itibaren iki yıllık sürenin sonuna kadar m.60/I-f kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır.²¹

b) Genel Sağlık Sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler

5510 sayılı Kanununun 60. m.'nin 2. fıkrasına genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler de sağlık hizmetleri ve diğer haklardan yararlandırılırlar. Bakmakla yükümlü olunan kişi 5510 sayılı Kanununun 3. m.'nin 10. bendinde tanımlanmıştır. Bunlar, eş, çocuk ve ana-babadır. Kanunun bu kişiler için aradığı ön koşul, zorunlu ve isteğe bağlı sigortalı sayılmamak, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir ya da aylık bağlanmamış olmaktır. Bu ortak ön koşullar dışında ayrı-

21 5510 s.K.'nin 37. m.'ne göre, "Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir".

ca çocukların 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmamaları aranmaktadır. Çocuklar açısından evli olmama şartı ilk defa 5510 sayılı Kanun ile getirilmiştir.²² Yine 5510 sayılı Kanundan önceki düzenlemelerde evli olmayan kız çocukları için yaş sınırlaması bulunmazken, yeni düzenleme ile kız ve erkek çocuklar arasında ayırım yapılmamıştır. Bu yeni düzenleme ile evli olmayan kız çocukları da en geç 25 yaşından sonra bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamından çıkmaktadırlar. 5510 sayılı Kanuna göre, yaşına bakılmaksızın malul olduğu tespit edilen ve evli olmayan çocuklar da bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamındadır. Kanunda “maluliyet”, Yönetmelikte “çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirme” söz konusudur. 5510 sayılı Kanun ile ilk defa malul çocuklar için de evli olmama şartı getirilmiştir. Ana-babanın sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılabilmesi için 5510 sayılı Kanuna göre geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanması öngörülmüşken, Yönetmeliğin 4. maddesinde “Her türlü kazanç ve irattan elde ettiği gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olan ve diğer çocuklarından sağlık yardımı almayan ana ve babasını”, bakmakla yükümlü kişi olarak tanımlanmıştır. Anayasanın 124. maddesine göre Yönetmelikler Kanuna aykırı hükümler içeremez.²³ Bu nedenle Kanuna aykırı Yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Dolayısıyla Yönetmelikteki bu düzenlemenin 5510 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Ana ve babası boşanmış çocukların, genel sağlık sigortası kapsamındaki hakları, mahkeme kararı ile velayet hakkı verilmiş olan

22 Çocuklar için evli olmama şartı 5510 sayılı Kanundan önceki sosyal güvenlikle ilgili kanunlarda (SSK. m. 68/C,a, Bağ-Kur, m. 45/II,c, T.C. Emekli Sandığı Kanunu, m. 74) bulunmayan bir düzenlemedir. Aynı şekilde 5510 sayılı Kanundan önceki düzenlemelerde (SSK. m.68/C-a, Bağ-Kur m. 45/II-c, T.C. Emekli Sandığı Kanunu m. 74) evli olmayan kız çocukları için yaş sınırlaması bulunmazken, yeni düzenleme ile kız çocuklar da erkek çocuklar gibi en geç 25 yaşından sonra bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamından çıkarılmaktadırlar, *Bostancı, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası*, s. 199.

23 *Anayasa m. 124/I: “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”.*

genel sağlık sigortalısı ana ya da baba üzerinden sağlanır. Velayet hakkı verilmeyen kişinin üzerinden de sağlık hizmeti ile yol gideri, gündelik ve refakatçi hakları sağlanabilir. Bu durum, çocuğun sağlık hizmeti ve yol gideri, gündelik ve refakatçi haklarından yararlandırılacağı ana ya da baba tarafından Kuruma verilecek bir dilekçe ile belgelenir.

Bakmakla yükümlü olunan kişilerin nasıl tespit edileceği konusuna 60.m'nin 2. fıkrasında açıklık getirilmiştir. Buna göre, 5510 s. Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (f), (g), (h), (ı) ve (k) bentlerinde sayılanların öncelikle, genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olup olmadığına bakılacak, eğer genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi ise tescili yapılmayacak, değilse 60. m.'nin birinci fıkra hükümlerinden durumuna uyan bende göre genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Birinci fıkranın (f) bendi kapsamında gelir alması nedeniyle genel sağlık sigortalısı sayılanlar, aynı zamanda diğer bentler gereği de genel sağlık sigortalısı sayılması halinde (f) bendi dışındaki bentler kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılır. 5510 s. Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (f), (g), (h), (ı) ve (k) bentlerinde sayılan kişiler aşağıdaki gibidir:

- a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi (5510 s.K. m. 6/I-a, GSSİY m. 6/6-a),
- b) Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar (5510 s.K. m. 6/I-b, GSSİY m. 6/6-b),
- c) Ev hizmetlerinde çalışanlar (ücretle ve sürekli olarak çalışanlar hariç) (5510 s.K. m. 6/I-c, GSSİY m. 6/6-c),
- d) Resmî meslek ve sanat okulları ile yetkili resmî makamların izniyle kurulan meslek veya sanat okullarında ve yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbikî mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler (5510 s.K. m. 6/I-f, GSSİY m. 6/6-ç),

- e) Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıştırılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûller (5510 s.K. m. 6/I-g, GSSİY m. 6/6-d),
- f) Köy ve mahalle muhtarlarından, bağımsız çalışanlardan, kamu idarelerinde çalışanlardan, açıktan vekil atananlardan 18 yaşını doldurmamış olanlar (5510 s.K. m. 6/I-h),
- g) Kamu idareleri hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (5510 s.K. m. 6/I-ı, GSSİY m. 6/6-e),
- h) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler (5510 s.K. m. 6/I-k, GSSİY m. 6/6-f),

Yukarıda sekiz grup olarak sayılanların öncelikle genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olup olmadığı belirlenecek, bakmakla yükümlü olduğu kişi ise tescili yapılmayacak ve bu kişiler genel sağlık sigortası üzerinden sağlık yardımı alacak, bakmakla yükümlü kişi sokulamıyorsa, m.60/I'de sayılanlardan hangisine uyuyorsa ona göre genel sağlık sigortalısı sayılarak, bildirimli veya bildirimsiz olarak tescili yapılacak ve sağlık sigortasından yararlanmaya başlayacaktır.²⁴

Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar ile başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlardan evli olanlar için,

eşlerden hangisinin 60. maddeye göre genel sağlık sigortalısı, hangisinin bakmakla yükümlü olunan kişi olacağını tespiti kendi tercihlerine bırakılır. Diğer bentler gereği eşlerin her ikisinin de genel sağlık sigortalılık şartlarının oluşması halinde her ikisi de ayrı ayrı genel sağlık sigortalısı sayılır (m. 60/IV).

2. GSS kapsamı dışında kalanlar

5510 s. Kanunda genel sağlık sigortası açısından kapsamda olanlar ayrı ayrı belirtildikten sonra m.60/III'de genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmayanlar açıkça sayılarak veya 6.maddenin bazı fıkralarına atıf yapılarak düzenlenmiştir. Buna göre²⁵:

- a) Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile Yedek subay okulu öğrencileri (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-d, GSSİY m. 8/1,a,1),
- b) Yabancı ülkelerdeki kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye gönderilen ve yabancı ülkede sigortalı olduğunu belgeleyenler (5510 s.K.m.60/III. m.6/I-e, GSSİY m. 8/1,a,2),
- c) Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurtdışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik sistemine tabi olanlar (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-e, GSSİY m. 8/1,a,2),
- d) Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde işverenleri tarafından buldukları ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar (5510 s.K. m.60/III, m.6/I-1, GSSİY m. 8/1,a,3),
- e) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan ve Türkiye'de bir yıldan az bir süre için yerleşik durumda olanlar (5510 s.K. m.60/III, GSSİY m. 8/1,c),

25 Okur, Genel Sağlık Sigortası, s. 135-136.

- f) Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular (5510 s.K. m.60/III, GSSİY m. 8/1, b),
- g) Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre gelir ve aylık almakta olanlardan, 30/5/1978 tarihli ve 2147 sayılı ve 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı kanunlara göre yurt dışı hizmet borçlanması yaparak aylık bağlanan kişilerden ise Türkiye’de ikamet etmeyenler (5510 s.K. m. 60/III, GSSİY m. 8/1, ç),
- h) İsteğe bağlı sigortalı olan yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye’de yerleşik olma hali bir yılı doldurmayanlar (GSSİY m. 8/1, d),
- ı) Milletvekilleri ile yasama organı üyeliği sona erenlerin ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri ile dul ve yetimleri (5510 s.K. m.105, GSSİY m. 8/3),

genel sağlık sigortalısı sayılmazlar.

Milletvekilleri ile yasama organı üyeliği sona erenlerin ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri ile dul ve yetimlerinin tedavi giderleri 3671 sayılı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun’un²⁶ 4. maddesi gereğince TBMM tarafından karşılanmaktadır. 5510 sayılı Kanun’un 105. maddesine göre, 3671 sayılı Kanunun söz konusu 4. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Dolayısıyla, milletvekilleri ve bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri genel sağlık sigortası kapsamı dışında kalacaklardır. Tedavileri de halen olduğu gibi 3671 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik çerçevesinde karşılanmaya devam edecektir.

26 26.10.1990 tarihli ve 3671 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin Ödenek, Yolluk ve Emekliliklerine Dair Kanun” (RG.28.10.1990, 20679).

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASI'NIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

5510 sayılı Kanun'un yürürlükle ilgili 108. maddesinde 5754 sayılı Kanun ile dört farklı tarih belirlenmiş, maddelerin, fıkraların hatta bentlerin hangi tarihlerde yürürlüğe gireceği ayrı ayrı belirtilmiştir.²⁷ Tarih belirtilmeyen diğer maddeler ise "2008 yılı Ekim ayı başında" yürürlüğe girmiştir.²⁸

1. 1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla yürürlük

2008/59 sayılı Genelgeye ve Yönetmeliğin 71. maddesine göre:

- 1) 65 yaş aylığı alanlar,
- 2) Şeref aylığı bağlananlar,
- 3) Vatani hizmet tertibinden aylık alanlar,

27 5510 s.K. m.108'e göre: "Bu Kanunun;

a) Geçici 20 nci maddesinin son fıkrası 1/1/2008 tarihinde,

b) 72 nci ve 73 üncü maddeleri, geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi, geçici 7 nci maddesinin son fıkrası, geçici 9 uncu maddesinin bir ilâ dördüncü fıkraları ile geçici 17 nci maddesi, geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrası 30/4/2008 tarihinde,

c) 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) ilâ (8) ve (10) numaralı alt bentleri ile (f) bendinde sayılanlar için genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak; 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (8), (9), (10), (16), (17), (20), (22), (23), (24), (25), (26) ve (27) numaralı bentleri, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79 uncu maddeleri, 80 inci maddesinin dördüncü fıkrası, 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrası, 82 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, 87 ilâ 89 uncu maddeleri, 97 nci maddesinin son fıkrası, geçici 1 inci maddesinin son fıkrası, geçici 3 üncü maddesi, geçici 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası, geçici 11 inci maddesinin ikinci fıkrası, geçici 12 inci maddesi hükümleri 1/7/2008 tarihinde,

d) Diğer hükümleri 2008 yılı Ekim ayı başında,

yürürlüğe girer».

28 Bkz. *Okur*, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, s. 41-43.

- 4) Nakdi tazminat veya aylık alanlar,
- 5) Ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler,
- 6) Harp malûllüğü aylığı alanlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,
- 7) Dünya Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler,
- 8) 5510 sayılı Kanun veya 5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alan kişiler,

ile bu kişilerin sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

- a) Eşi,
- b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocukları,
- c) Geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babası,

1 Temmuz 2008 tarihi itibarıyla genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına alınmış ve bu tarihten sonra bu kişilerin sağlık yardımları Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşılanmaya başlanmıştır (Genelge/59).

2008/59 sayılı Genelge'ye göre yukarıda anılan kişilere sağlık yardımları verilmesinde 15 Haziran 2007 tarihinde yürürlüğe giren "Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği"nin hükümleri ve diğer Kurum düzenlemeleri uygulanacaktır. Yönetmeliğin 71. maddesine göre ise sağlık hizmetleri Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde yürütülecektir.

2. “2008 Yılı Ekim ayı başı” itibariyle yürürlük

5510 s.K.’nin 108 ve Yönetmeliğin 71. maddesine göre genel sağlık sigortası:

- a) İş sözleşmesi ile çalışanlar (m. 60/I-a,1),
- b) Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar, (m. 60/I-a,1),
- c) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar (m. 60/I-a,2),
- d) İsteğe bağlı sigortalı olanlar (m. 60/I-b),
- e) Düşük gelir sahipleri (m. 60/I-c,1),
- f) Vatansızlar ve sığınmacılar (m. 60/I-c,2),
- l) Geçici köy korucuları,²⁹ (m.60/I-c,9),
- n) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, başka ülke mevzuatına göre sigortalı olmayanlar (m.60/I-d),
- o) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar (m.60/I-e),
- r) 4046 sayılı Kanuna göre iş kaybı tazminatı alanlar,
- s) Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar için 2008 yılı Ekim ayı başında uygulanmaya başlamıştır.

29 442 sayılı Köy Kanunu, RG.7.4.1340 (1924), 68; 442 sayılı Kanunun 74.maddesinde iki ayrı korucu düzenlenmiştir. Birinci fıkrada gönüllü köy korucusu, ikinci fıkrada ise geçici köy korucusundan söz edilmektedir. 5510 sayılı Kanun 442 sayılı Kanunun 74/II maddesine atıf yaptığından, geçici köy korucuları sağlık yardımları açısından 5510 sayılı Kanundan yararlanacak, gönüllü köy korucuları ise yararlanamayacaktır.

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTALILIĞININ BAŞLANGICI VE TESCİL

1. Bildirimsiz (kendiliğinden) tescil

Bildirime gerek olmaksızın sigortalı veya isteğe bağlı sigortalı olarak tescil edilmekle genel sağlık sigortası açısından da sigortalı sayılanlar (5510 s.K. m.61)³⁰:

- İş sözleşmesi ile çalışanlar,
- Kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sürekli çalışanlar, açıktan vekil olarak atananlar,
- Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, isteğe bağlı sigortalılar,
- Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alanlar (GSSİY m.5/b),³¹
- Genel sağlık sigortalısı sayılanların 18 yaşından küçük çocuklarıdır (5510 s.K. m. 61/2).

Genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18 yaşını dolduruncaya kadar genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlandırılır. 18 yaşından küçük çocuğun ana ve babası da yok ise 18 yaşını dolduruncaya kadar 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (7) numaralı alt bendi kapsamında primi Devlet tarafından ödenmek üzere genel sağlık sigortalısı sayılır.

30 *Okur*, Genel Sağlık Sigortası, s. 136-137; *Bostancı*, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, s. 204.

31 Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık alanlar, aylık almaya hak kazandıkları tarihten itibaren ayrıca bir bildirim gerek olmaksızın genel sağlık sigortalısı olarak tescil edilmiş sayılırlar (GSSİY m.5/b).

Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası gereği genel sağlık sigortalısı sayılanların çocukları, ana ya da babanın tescil edilmiş olmasına bakılmaksızın ve ayrıca bir işleme gerek olmaksızın 18 yaşın dolduğu tarihe kadar genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sağlık hizmetlerinden ve yol gideri, gündelik ve refakatçi haklarından yararlandırılır. 18 yaşın tespitinde, nüfus kayıtları ve bu kayıtlarda mahkeme kararına göre yapılan düzeltmeler esas alınır. (GSSİY m.9/7)

18 yaşından küçük çocuğun ana ve babası ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş ise 18 yaşına kadar ücretsiz korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden faydalananlar kapsamında, primi Devlet tarafından ödenmek üzere genel sağlık sigortalısı sayılır (GSSİY m.9/8).

2. Bildirimli Tescil

5510 s. Kanuna göre bazı grupların genel sağlık sigortasından yararlanabilmesi için belli statüye girdikleri tarihten itibaren bir ay içinde Kuruma başvurmaları gerekmektedir. Bu kişiler aşağıdaki gibidir³²:

- a) Düşük gelir sahiplerinin genel sağlık sigortalıkları Sosyal Güvenlik Kurumunca tescil edildiği tarihten,
- b) Vatansız ve sığınmacıların sigortalılığı, vatansız ve sığınmacı sayıldıkları tarihten itibaren başlar, bunların tescili İçişleri Bakanlığınca yapılır (GSSİY m.9/3,a),
- c) Korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlandırılanlar, hizmetlerden ücretsiz yararlandırılmaya başlamalarından itibaren Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunca tescilleri yapılır (m.61,b, GSSİY m.9/3,b),
- d) Kendi ülkesinde sigortalı olmayan oturma izni almış yabancılar, oturma izni aldıkları ve Türkiye'deki yerleşim süresinin bir yılı geçtiği tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı

sayılır ve bu tarihten itibaren kendileri tescillerini yaparlar (5510 s.K. m.61,c, GSSİY m.9/4,a),

- e) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği bağlananlar, ödenek almaya başladıkları (m.61, d) tarihten itibaren başlar, bu tarih Türkiye İş Kurumu tarafından işsizlik ödeneğinin bağlandığı tarihten itibaren, (GSSİY m.9/4,b)
- f) Kapsam dışı kalanlar, kapsam dışı kaldıklarının anlaşıldığı tarih itibaren (5510 s.K. m.61,f),

genel sağlık sigortası giriş bildirgesi ile tescil edilirler.

65 yaş aylığı alanlar, şeref aylığı bağlananlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat veya aylık alanlar, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar, geçici köy korucuları, Dünya Olimpiyat ve Avrupa şampiyonluğu kazanmış kişiler aylığa hak kazandıkları tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılır (5510 s.K. m.61,b, GSSİY m. 5/a).

Genel sağlık sigortası giriş bildirgesini süresi içinde veremeyenler hakkında Kanununun 102. m.'nin 1. f.'nin a bendine göre her bir sigortalı için asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır (GSSİY m.9/14).

V. SAĞLIK YARDIMLARINDAN YARARLANMA

1. Prim ödeme

a) Genel Sağlık Sigortası prim oranı

Kanununun 81. maddesine göre Genel Sağlık Sigortası primi, prime esas kazancın % 12,5'i kadardır. Bu primin % 5'ini sigortalı, % 7,5'ini ise işveren ödeyecektir. Yalnızca Genel Sağlık Sigortasına tabi olanlar, işsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği ile iş kaybı tazminatı alanların prim oranı % 12'dir (m. 81/f).

Devlet, Kurumun ay itibariyle tahsil ettiği malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası priminin dörtte biri oranında

Kuruma katkı yapar. Devlet katkısı olarak hesaplanacak tutar talep edilen tarihi takip eden 15 gün içinde Hazinece Kuruma ödenir (m. 81/2).

b) GSS prim ödeme yükümlüsü

Kendilerine gelir ve aylık bağlanmış olanlar (bunlar için bu koşul aranmamaktadır) hariç olmak üzere genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti almak için sağlık hizmet sunucusuna başvurdukları tarihten önceki bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası primi ödemiş olmaları gerekmektedir. Prim ödeme yükümlüsü de bu kişilerin özelliklerine göre farklı olmaktadır:

- a) İş sözleşmesi ile çalışanlar ile kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli çalışanlar, açıktan vekil olarak atanmışlar için bunların *işverenleri*,
- b) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar, isteğe bağlı sigortalı olanlar, oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayan kişiler ve 60. madde kapsamında dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan kişilerin *kendileri*,
- c) Düşük gelir sahipleri, vatansızlar ve sığınmacılar, 65 yaş aylığı alanlar, şeref aylığı bağlananlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat veya aylık alanlar, ücretsiz olarak bakılan, korunan ve rehabilite edilenler, harp malullüğü ve terör mağduru aylığı alanlar, geçici köy korucuları, Dünya olimpiyat ve Avrupa Şampiyonluğu kazanmış kişilerin primi, o yıl merkezi yönetim bütçesinden karşılanmak üzere ilgili *kamu idareleri*,
- d) İşsizlik ödeneği ve kısa çalışma ödeneği almakta olanlar ile iş kaybı tazminatı alanlar için *Türkiye İş Kurumu*,
- e) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri için *işverenleri*,

prim ödeme yükümlüsüdür (GSSİY m.14/1).

Kamu idaresine ait işyerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, ilgili kamu idaresince ödenir (GSSİY m. 14/2).

İsteğe bağlı sigortalı olanlar, bakmakla yükümlü olunan kişi olsalar dahi, genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve primini de kendileri ödemekle yükümlüdürler. Yabancı ülke vatandaşlarından Türkiye’de yerleşik olma hali bir yılı doldurmadıkça genel sağlık sigortası primi alınmaz ve bu kişiler genel sağlık sigortalısı sayılmazlar (GSSİY m.14/3).

c) Prim yükümlülüğü aranmayan kişiler ve haller

5510 s.K. m.67/1’de bunlar dokuz grup olarak sayılmıştır: a) 18 yaşını doldurmamış olan kişiler, b) Tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, c) Acil haller, d) İş kazası ile meslek hastalığı halleri, e) Bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar, f) Koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanacak olanlar (m. 63/1,a), g) Analık sağlık hizmeti alacak olanlar (m. 63/1,c), h) Doğal afet ve savaş hallerinde sağlık hizmeti alacak olanlar (m. 75), ı) Grev ve Lokavt hallerinde sağlık yardımı alacak olanlardır.

2. Prim ve prime ilişkin hiçbir borcu olmama

Kanunun 67/1,b maddesinde, bazı gruplar için hem prim borcu olmama, hem de 30 günlük primi ödemiş olma aranmaktadır. Dört grup olarak sayılan bu kişilerden,

- a) Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar ile,
- b) Genel sağlık sigortası kapsamı dışında bırakılmış olanlardan başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşların, hem 30 günlük prim ödemiş olmaları hem de 60 günden fazla prim ve prime ilişkin hiçbir borçlarının olmaması gerekmektedir.
- c) İsteğe bağlı sigortalılar ile,

d) Oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından, yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayanların ise, 30 gün prim ödemekten başka sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte prim ve prime ilişkin hiçbir borcunun olmaması gerekmektedir (m. 67/I-c). Kanun koyucu bu son iki grup için 60 günlük bir sınırlama yapmamış, süre belirtilmeksizin prime ilişkin hiçbir borç olmama şartını getirmiştir.

Diğer sigortalılar için 30 günlük prim ödemiş olma koşulu yerli sayılırken, bu gruplar için “hiçbir prim borcu olmama” koşulu da arayarak arada haksız bir farklılık oluşturulmuştur. Kanımızca, bu düzenleme Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırıdır.³³

3. Sağlık Kuruluşuna Müracaat

Kurumla sözleşmesi ya da protokolü bulunan sağlık kurum ve kuruluşlarına, eczanelere ve optisyenlik müesseselerine müracaatlarda, Kurum sağlık yardımlarından yararlanma haklarının olup olmadığının tespiti için Kurum bilgi işlem sistemi üzerinden, T.C. kimlik numarası ile hasta takip numarası/provizyon alınması gerekmektedir (2008/59 sayılı Genelge, 1).³⁴ Genel Sağlık Sigortalısının ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer yardımlardan yararlanabilmeleri için, sağlık hizmet sunucularına kimlik bildiriminde bulunmaları da gerekmektedir (m. 67/III). 67. maddede sayılan kimlik bildiriminde kullanılacak belgeleirin dışındaki belgeler kabul edilmeyecektir. Kimlik bildirimi, sadece nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport ve Kurumun verdiği resimli sağlık kartı ile yapılabilecektir.

33 Bkz. *Okur*, Genel Sağlık Sigortası, s. 151.

34 T.C. kimlik numarası ile MEDULA sistemi üzerinden hasta takip numarası alınmaması durumunda, ilgili Kanunlara tabi olduklarını gösterir belge ile müracaat ve diğer gerekli işlemler yürütülecek ve verilerin hizmetlere ilişkin faturalar her hasta için ayrı ayrı düzenlenecektir. Bu kişilerin Kurum bilgi işlem sistemine T.C. kimlik numarasının kaydının sağlanması amacı ile fatura ekinde ilgili Kanunlara tabi olduklarını gösterir belge fotokopisi gönderilecektir (2008/59 sayılı Genelge, 1).

Acil hallerde kimlik bildirimini başvuru anında aranmayabilecektir. Ancak acil halin sona ermesinden sonra ilk fırsatta bu koşul yerine getirilecektir.

4. Katılım Payı Ödenmesi

5510 sayılı Kanun'un 68. maddesinde sağlık yardımlarından yararlanmak için kişilerin katılım payı ödemek zorunda oldukları belirtilmiştir. Bu maddeye göre, katılım payı alınacak olan hizmetler şunlardır:

- a) Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi,
- b) Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri,
- c) Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar,

5510 s. Kanun'un 68. m'nin 3. fıkrası hükmüne paralel bir düzenleme 2008/59 sayılı Genelgede de yer almıştır. Ancak, tahsil edilecek katılım payları sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini geçemez. Üremeye yardımcı yöntemlere ilişkin tedavilerde alınacak katılım payında ise bu üst sınır uygulanmaz (2008/59 sayılı Genelge, 6).

a) Muayene Katılım Payı

Ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi katılım payını; birinci basamak sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmet sunucularında yapılan muayenelerde ise önceki basamaklardan sevklı olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanunî tutarlarına getirmeye veya indirmeye Kurum yetkili kılınmıştır.

Katkı payı muayene başına 2 YTL olarak belirlenmiştir. Bu tutar her yıl, Vergi Usul Kanunu gereğince belirlenecek yeniden değer-

leme oranı kadar artırılabacaktır (5510 s.K. m. 68/II).³⁵ Kurum, birinci basamak sağlık hizmet sunucuları tarafından yapılacak muayenelerde hiç almama veya daha düşük olarak alma yetkisine sahiptir. Sevk zincirine uyulmadan yapılacak başvurularda muayene ücreti % 50 artırılarak uygulanır.³⁶

Sağlık Bakanlığı tarafından aile hekimi olarak yetkilendirilen ve sözleşmeli aile hekimleri muayenelerinden katılım payı alınmayacaktır (2008/59 sayılı Genelge).

b) Ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri katılım payı

Katılım payı alınacak ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri Kurumca belirlenir. Katılım payı, ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için Kurumca ödenen bedeller üzerinden Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.34/2).

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için ödeyecekleri katılım payının tutarı, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin % 75'ini geçemez. % 75'lik üst sınırın hesaplanmasında her bir ortez, protez, iyileştirme araç ve gereci bağımsız olarak değerlendirilir (GSSİY m.34/3).

c) İlaç Katılım Payı

Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan

35 4.1.1961 t., 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (RG. 10.1.1961, 10703-10705).

36 2008/59 sayılı Genelge'de poliklinik muayene katılım payı 2 (iki) YTL olarak belirlenmiştir. Poliklinik katılım payları, MEDULA sistemi üzerinden hasta takip numarası alınanlar için kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle tahsil edilecektir. Hasta takip numarası alınmaması durumunda bu katılım payları, müracaat edilen sağlık kurumu tarafından kişilerden tahsil edilecek ve daha sonra ilgili sağlık kurumunun alacağından mahsup edilecektir.

gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.35/1).³⁷

d) Gözlük Cam Ve Çerçeveleri Katılım Payı

Gözlük cam ve çerçevelerine ilişkin katılım payı oranı % 10 olarak uygulanacaktır. Katılım payları MEDULA-optik sistemi üzerinden provizyon alınanlar için Kurumca kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, provizyon alınmaması durumunda optisyenlik müessesesi tarafından kişilerden tahsil edilecektir.

e) Ağız Protezi Katılım Payı

Ağız protezlerine ilişkin katılım payı oranı % 10 olarak uygulanacaktır. Katılım payları; Kurumla sözleşmeli sağlık kurum ve kuruluşlarınca kişilerden,

Kurumla sözleşmesiz serbest diş hekimlikleri, sağlık kurum ve kuruluşlarında yaptırılan ağız protezi katılım payları, sosyal güvenlik il müdürlüklerince ödeme aşamasında kişilerden tahsil edilir.

f) Yardımcı üreme yöntemi uygulamasında katılım payı

İki deneme ile sınırlanmış olan yardımcı üreme yöntemi tedavilerinde de katılım payı ödenmesi öngörülmüştür. İlk denemede katılım payı % 30, ikinci denemede % 25 olarak belirlenmiştir. Bu tedavi yöntemi zaten oldukça pahalı olduğundan % 30 ve % 25 oranında katılım payı alınması sigortalılar için karşılanması güç bir

37 2008/59 sayılı Genelge'de ilaç katılım payı oranı % 10 olarak belirlenmiştir. İlaç katılım payları, provizyon alınanlar için Kurumca kişilerin gelir ve aylıklarından mahsup edilmek suretiyle, provizyon alınmaması durumunda eczaneler tarafından ilgilinin kendisinden tahsil edilecek ve bu katılım payları ilgili eczanenin alacağından mahsup edilecektir.

meblağ teşkil edecektir. Ayrıca burada ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri için uygulanan üst sınır da (asgari ücretin % 75'i) uygulanamayacaktır (5510 s.K. m. 68/IV).

Yardımcı üreme yöntemi tedavisinde kullanılan ilaçlar için katılım payı, Kurumdan gelir ve aylık alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 10, kapsamdaki diğer genel sağlık ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için % 20 olarak uygulanır (GSSİY m.36/1).

VI. KATILIM PAYI ALINMAYACAK HALLER

Kanunda katılım bedeli ödenecek 4 durum ayrı ayrı düzenlenmiş, ayrıca katılım payı alınmayacak durumlara, hizmetlere ve kişilere de yer verilmiştir (m.69).

1. Katılım payı alınmayacak durumlar

- a) İş kazası, meslek hastalığı halleri (m.69, a)
- b) Askeri tatbikat ve manevra halleri (m.69,a)
- c) Doğal afetler ve savaş hali³⁸ sırasında (69,b) sağlanan sağlık hizmetlerinden katılım payı alınmayacaktır (m.69, a, b).

2. Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri

- a) Aile hekimi muayeneleri ve kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri (m.69, c),
- b) Sağlık raporu ile belgelenmek şartıyla; Kurumca belirlenen kronik hastalıklar ve hayati önemdeki ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçleri ile organ, doku ve kök hücre nakli (m.69, d).
- c) Kontrol muayeneleri (m.69/e) sırasında verilen sağlık hizmetlerinden de katılım payı alınmayacaktır.

38 15.5.1959 t. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerde Yapılacak Yardımlara Dair Kanun (RG.25.5.1959, 10213).

3. Katılım payı alınmayacak kişiler

2008/59 sayılı Genelge'de bazı kişilerden katılım payı alınmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre;

- 1) Şeref aylığı alan kişiler,
- 2) Vatani hizmet tertibinden aylık alan kişiler,
- 3) Nakdi tazminat ve aylık alan kişiler,
- 4) Ücretsiz olarak korunma, bakım ve rehabilitasyon hizmetlerinden faydalanan kişiler,
- 5) Harp malûllüğü aylığı ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar,
- 6) Vazife malullerinden hiçbir katılım payı alınmayacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanuna³⁹ göre aylık bağlanmış maluller ile bu yasanın kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malullüğü aylığı alan er ve erbaşların sağlık kurulu raporuyla ihtiyaç duydukları her türlü ortez/protez ve diğer iyileştirici araç ve gereçler herhangi bir katılım payı veya fark alınmaksızın ve kısıtlama getirilmeksizin karşılanacaktır (2008/59 s. Genelge, 8).

65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık alan kişilerin, ödemiş oldukları katılım payları, talepleri halinde, 29.5.1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenecektir (2008/59 sayılı Genelge, 9).

VII. HİZMET BASAMAKLARI VE SEVK ZİNCİRİ

5510 s.Kanununun 70. m'nin 1. fıkrasına göre sağlık hizmeti sunucuları birinci, ikinci ve üçüncü basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılır. Bu sınıflandırmada aile hekimleri bi-

39 3713 sayılı Kanun, RG. 12.4.1991, 20843 M.

rinci basamak sağlık hizmeti sunucusu olarak yer alır (GSSİY m. 40/I). Bu belirlemede tanı, ön tanı, hekimlerin ve dış hekimlerinin uzmanlıkları göz önünde tutularak ülke, il veya ilçe baz alınarak örgütlendirilecektir (5510 s.K. m.70/I).

Sevk zincirine uyulması bir zorunluluktur. Ancak Yönetmelikte bazı hallerde sevk zincirine uyulmadan başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre:

- İş kazası
- Meslek hastalığı
- Afet ve savaş hali
- Acil durumlarda

sevk zincirine uyulmayabilecektir (GSSİY m.40/4).⁴⁰

Sevk zincirine uyulmaması halinde sağlık hizmetleri bedelleri ve yol giderleri, gündelik ve refakatçi giderleri Kurumca karşılanmaz.

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için sevk zinciri kurallarının il ya da ilçe bazında farklı belirlenmesi hâlinde, kişinin sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu ildeki sevk zinciri kuralları geçerlidir (GSSİY m.40/5).

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa tabi personel için sağlık hizmeti sunucularına müracaat ve sevk işlemlerinin usul ve esasları Milli Savunma Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca düzenlenecektir (GSSİY m.40/5).

40 5510 sayılı Kanun'un 70. m.'nin 3. fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığında, afet ve savaş halinde ve acil durumlarda sevk zincirine uyulmayabileceği düzenlenmişti. Ancak 5754 s.K.'nin 67. maddesi ile 70. m.'nin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Sayılan bu durumlarda sevk zinciri aranıp aranmayacağı konusunda oluşan belirsizlik Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği'nin m.40/IV hükmündeki düzenleme ile açıklık getirilmiştir.

VIII. SÖZLEŞMELİ SAĞLIK HİZMETİ SUNUCULARININ ALABİLECEĞİ FARK ÜCRETLERİ

1. *İlave ücret alınabilecek sağlık hizmetleri*

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dâhil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin bir katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanı Bakanlar Kurulunca belirlenir. Bu tavan dâhilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir (5510 s.K. m.73/2).⁴¹ 5510 sayılı Kanunda ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmışken, Yönetmelikte, ilave ücretlerin tavanı ile ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye Sosyal Güvenlik Kurumu yetkili kılınmıştır (GSSİY m. 51/6).

a) Öğretim üyesi farkı: Kamu idaresi ve vakıf üniversitesi sağlık hizmeti sunucuları, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununda tanımlanan öğretim üyeleri tarafından bizzat sunulan sağlık hizmetleri için ilave ücret talep edebileceklerdir. İlave ücretin tavanı ise Kurum tarafından belirlenecektir (GSSİY m.51/4).

b) Otelcilik hizmetleri: Sağlık hizmeti sunucuları, otelcilik hizmetleri ile istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen sağlık hizmeti fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alabilir. Yönetmelikte otelcilik hizmeti “Yatarak tedavilerde hasta ve refakatçisine Kurumca belirlenen standartların üzerinde sunulan yatak, yemek, temizlik vb. hizmetleri” olarak tanımlanmıştır (GSSİY m.4/z)

41 Eşdeğer ilaçların azami fiyatı ile genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz (GSSİY m.51/1).

c) İstisnai sağlık hizmetleri: Sağlık hizmeti sunucuları istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen sağlık hizmeti fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilave ücret alabilecektir. İstisnai sağlık hizmetinin tanımını 5510 s.K.'nda yapılmamıştır. Yönetmelikte, bir sağlık hizmetinin istisnai sağlık hizmeti olarak değerlendirilebilmesi için hayati öneme haiz olmaması ve alternatif tedavi yönteminin bulunması gibi hususlar göz önüne alınacağı belirtilmiştir (GSSİY m.43/1).

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin talepleri doğrultusunda sağlık hizmeti sunucuları tarafından, Kurumca istisnai sağlık hizmeti olarak kabul edilen sağlık hizmetinin sunulması durumunda, bu hizmetler için bedeli en düşük alternatifi üzerinden ödeme yapılacaktır (GSSİY m.43/1).

2. İlave ücret alınmayacak durumlar

Acil hâllerde sözleşmeli ve sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucuları kişilerden ilave ücret talep edemez.

3. İlave ücret alınmayacak kişiler

Sevkin kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları tarafından yapılması hâlinde şeref aylığı alan kişiler, nakdi tazminat ve aylık alan kişiler, harp malullüğü aylığı ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamında aylık alanlar ile bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınamayacaktır.

KAYNAKLAR

Akın, Levent, Sigortalılık Kavramı Açısından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2005, C.:54, Sayı:2, s. 23-63.

Akın, Levent, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler, Çalışma ve Toplum D., Sayı: 2006/1, s. 26-49.

Bostancı, Yalçın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası, Konya 2007, (Yayınlanmamış Doktora tezi)

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.

Kağan , Tufan, “Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, Çalışma ve Toplum, 2006/1, s.149-150.

Okur, Ali Rıza, Genel Sağlık Sigortası, 11 Haziran 2005, Galatasaray Üniversitesinde Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma Seminerine sunulan tebliğ.

Okur, Ali Rıza, Sorunları ile Gelen Reform, Mercek, Temmuz 2006, s.17-30.

Okur, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2006/1, s. 1287-1308.

Okur, Ali Rıza, Sağlık Sigortasının Yeniden Yapılandırılmasının Esasları, Sosyal Güvenliğin Yeniden Yapılandırılması Semineri, “Türk Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası”, 7-8 Aralık 2006, Ankara 2006, s.115-182 (Genel Sağlık Sigortası).

Okur, Ali Rıza, Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İşveren Dergisi, Mayıs 2008, s. 41-43.

Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye, 5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 Tarihli Taslağın Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, 2007, Sayı:16, s. 1441-1470.

Sözer, Ali Nazım, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısında Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005/7, s. 1176-1190 (Genel Sağlık Sigortasına İlişkin Düzenlemeler).

Sözer, Ali Nazım, “Genel Sağlık Sigortası Kimin Yararına?”, Mercek, Ocak 2005, 23-35.

Sözer, Ali Nazım, Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler: Kapsam ve Yararlanma Koşulları, Sicil Dergisi, Haziran 2008, Sayı: 10, s.146-157 (Genel Sağlık Sigortasında Sunulan Edimler).

Tezel, Ali/Kurt, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu, Yorum ve Açıklaması, 2. bası, Ankaral 2008.

Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2008.

GENEL SAĞLIK SİGORTASI AÇISINDAN YENİ SOSYAL GÜVENLİK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR¹

I. Sağlık Hizmetleri Konusunda Temel Bilgiler

Sağlık hizmetleri insanın yaşam hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Sağlık hizmetleri insanların yaşam süreleri, kuvvet ve dirençleri, enerji ve canlılıkları ile de ilgilidir. Bu alanlardaki tüm faaliyetleri kapsar. En basit şekliyle sağlık hizmetleri insanların fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunmasını ve iyileştirilmesini kapsar.

Sağlık hizmetlerinin devreye girebilmesi için üç unsur gerçekleşmelidir:

- Kişinin normal yaşamını engelleyen bedensel veya ruhsal bir hastalık, sakatlık veya arıza,
- Kişiyi bu durumdan kurtarmak için devreye giren sağlık elemanları ve sağlık kuruluşları,
- Bu amaçla ilaç, araç, gereç veya teknik tıbbi malzeme kullanılması.

Bu unsurlar ise üçlü veya dörtlü bir ilişkinin harekete geçirilmesini gerektirir:

- Hasta,
- Hekim,

1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

- Hekimin kullanacağı tıbbi malzemeler,
- Gerektiğinde bu malzemelerin uygulanacağı bir mekan (muayenehane, klinik, ameliyathane, hastane).

1. Sağlık Hizmetlerinin Özellikleri

İşaret ettiğimiz bu unsurların ortaya çıkması ve üçlü veya dörtlü ilişkinin devreye girmesi ile sunulan sağlık hizmetleri insanın yararlandığı diğer hizmetlerden farklı özellikler taşır. Unutmamak gerekir ki her üretim ve her hizmet insana yöneliktir. Onun yaşamını kolaylaştırmak veya onun belli ihtiyaçlarını gidermek için sunulur. Ancak sağlık hizmetlerinin özellikleri bunlardan çok farklıdır.

a) Belirsizlik

Sağlık hizmeti ihtiyacı hastalıkla birlikte ortaya çıkar. Hastalığın ne zaman ortaya çıkacağı, ne kadar süreceği, maliyetinin ne olacağı, ne yönde, nasıl gelişeceği belirsizliklerle doludur. İnsan vücudu bir bütündür. Belli bir bölgedeki arıza, her an diğer bölgeleri de etkileyebilir, hastalığın seyri her an olumlu veya olumsuz yön değiştirebilir. Bütün bunlar sağlık hizmetlerinin kalitesini, süresini ve maliyetini etkiler. Bu nedenle böyle bir hizmetin örgütlenmesi, sunumu, yoğunluğu da belirsizlikleri ortadan kaldıracak biçimde, özenli, dikkatli ve titiz bir biçimde düzenlenmeyi gerektirir.

b) Ertelenmezlik

Sağlık hizmetlerinin diğer hizmetlere göre bir diğer özelliği de ertelenmezliğidir. Sağlık Hizmetleri ihtiyaç duyulduğu anda karşılanması gereken bir hizmettir. Derhal sunulmadığı, ertelendiği takdirde, maliyet artışları yanında, hizmetin etkinliği ve yararı da azalabilir, hatta kişinin hastalığının artması yanında, ölümü de söz konusu olabilir.

Sağlık Hizmetlerinin örgütlenmesinde ve sunumunda bu özellik de dikkate alınmalı, hizmet gecikmeden, derhal sunulmalıdır.

Belirsizlik ve ertelenmezlik sağlık hizmetlerinde maliyeti yükseltmekte, fizibilite hesaplarını zorlaştırmaktadır. Ancak sağlık hizmetleri devletin temel görevleri arasında yer aldığından, devlet sağlık piyasasına doğrudan veya dolayısıyla destek vermek, bazı sağlık hizmetlerini (özellikle koruyucu sağlık hizmetleri) bizzat gerçekleştirmek zorundadır.

c) Kamusal Yapı

Başlangıçta bireysel ve özel nitelikte olan sağlık hizmetleri, 19. yy.dan itibaren bulaşıcı hastalıkların yaygınlaşması, savaşlar, 1930 dünya ekonomik buhranı ile ağırlık kazanan Sosyal Devlet anlayışının etkisiyle kamusal nitelik kazanmaya başlamıştır. Sağlık hizmetlerine ayrılan ekonomik desteğin artması, ortalama yaşam süresini artırarak, hastalık nedeniyle kaybedilen çalışma süresini azaltarak, iş gücü kalitesini artırarak verimliliği ve ürün kalitesini yükseltmektedir. Sağlık hizmetleri konusunda kamu ve özel sektör arasında, her ülkenin kendi ekonomik, kültürel ve sosyal özelliklerine göre uygun bir koordinasyonun ve dengenin kurulması zorunludur. Hangi model ve hangi oranda bir koordinasyon seçilirse seçilsin, sağlık alanında devletin düzenleyici, denetleyici, destekleyici görevi sürecektir. Böylece sağlık hizmetlerinin kamusal yanı ve yarı kamusal mal özelliği devam edecektir.

d) Alternatifsizlik

Sağlık Hizmetlerinin en önemli özelliği alternatifi olmamasıdır. Diğer hizmet ve mallarda alternatif ve ikame olanağı bulunabilir. Ancak sağlık hizmetlerinin ikame imkânı ve alternatifi yoktur. Belli hastalıklar belli ilaç ve yöntemlerle tedavi edilmek zorundadır. Tedaviden vazgeçmek veya teşhis kesin ise, farklı bir tedavi uygulamak olası değildir. Değişiklik belki hekim ve sağlık kuruluşu açısından düşünülebilir, ancak tıbbi açıdan tedavinin tümüyle reddi olası değildir.

Son yıllarda alternatif tıp olarak adlandırılan uygulamalar (akapunktur, ışın tedavisi gibi tedaviler) de tıp biliminin kanıtlan-

madıkça tedavi yöntemi olarak kullanılamaz, bilimsel yönden kanıtlandıktan sonra da alternatif tedavi olarak değil, zorunlu tedavi yöntemi olarak uygulanır.

e) Değişkenlik

Sağlık Hizmetleri çok değişken bir yapıya sahiptir. Tıp alanındaki gelişim ve buluşlar, teşhis yöntemi, tetkik, tedavi ve ilaç olarak, belli bir araştırma ve denemeden sonra uygulamaya konmaktadır. Ülkelerin sosyal, kültürel ve teknolojik yapıları farklı da olsa, insan yapıları aynıdır. İnsan, dünyanın neresinde olursa olsun aynı anatomik ve fiziksel yapıya sahiptir. Değişik toplumları oluşturan insanların ruhsal ve kültürel yapıları farklı da olsa hastalıkların çoğu anatomik ve fiziksel yapıdaki bozukluklara bağlı olduğundan, tıp alanındaki yeni tedavi yöntemleri ve ilaçlar tüm insanları yakından ilgilendirmektedir. Dünyanın neresinde olursa olsun herkes bu olanaklardan yararlanma sahiptir (Temmuz 1946'da imzalanan, Türkiye'nin de 1948'de onayladığı Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasası da, her insanın hiçbir ayırım yapılmaksızın sağlık hizmetlerinden en yüksek düzeyde yararlanmasını öngörmüştür).

f) Sağlık Hizmetleri, Sağlık Hakkı, Yaşam Hakkı Özdeşliği

Sağlık hizmetleri sağlık hakkının bir güvencesi, sağlık hakkı da yaşam hakkının ayrılmaz bir parçasıdır.

Anayasa 17. maddesinde "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" derken, sağlık hakkı ile yaşam hakkının bu bağlantısını dile getirmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş, 56. maddesinde sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması ile ilgili olarak "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir./ Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla Genel Sağlık Sigortası kurulabilir." Hükmüne yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi de 23.5.1972, 17.1.1991 ve 17.11.1998 tarihli kararlarında insan yaşam ve sağlığının, korunması gereken en yüksek değer olduğunu vurgulamıştır. Özellikle 506 sa-

yılı Sosyal Sigortalar Kanununun 34. maddesindeki 18 aylık sağlık yardımlarına ilişkin süreyi iptal eden, 17.1.1991 tarihli kararda, sağlık hakkı-yaşam hakkı özdeşliği, çarpıcı biçimde vurgulanmıştır.

g) Sağlık Hizmet Sunumunda Ayrımcılık Yasağı

Sağlık hizmetleri tüm ihtiyaç sahiplerine, ihtiyaçlarına göre adil ve dengeli biçimde dağıtılmalıdır. Bu konuda din, dil, ırk, politik ve ekonomik yönden ayırım yapılması mümkün değildir (1946 Dünya Sağlık Teşkilatı Anayasası). Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli, 5510 s.K.'nun 60. maddesini iptal gerekçesi oldukça ilginçtir. Hatırlanacağı gibi Yüce Mahkeme bu maddeyi iptal gerekçesinde, kamu görevlilerinin sağlık hizmetlerinin ayrıca düzenlenmesini öngörmüş, memurların 60. maddenin genel sağlık sigortasından yararlanacaklar arasında yer almasını Anayasaya aykırı bulmuştur. Kişiler açısından ayırım yapılamaması, hizmet açısından da söz konusudur. Sağlık hizmetleri bir bütündür parçalanamaz. Hizmetin özelliği ve ihtisas gerektiriyorsa başka hekimler devreye girebilir.

2. Çeşitleri

- a) Koruyucu
- b) Tedavi edici
- c) Rehabilite edici

3. Örgütlenmesi

- a) Ulusal Sağlık Sistemi
- b) Sigorta Sistemi
- c) Liberal Sağlık Sistemi
- d) Karma Sistemler

II. Genel Sağlık Sigortasına Geçiş

a) GSS öngören yasa hükümleri

- 5434 sayılı TCESK'nun geçici 139. maddesi (1949 t.)
- 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu geçici 3. m. (1987)
- 1965 t. 657 s. Devlet Memurları Kanunu m. 188.
- 1983 t. 181 s. KHK Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri hk. KHK. m.2/a.
- 1982 Anayasası m. 56/V.

b) Kalkınma Planlarında GSS

1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9.

c) GSS Kanun Tasarı ve Taslakları

1945, 1967, 1968, 1974, 1981, 1984, 1990, 1997, 1998

d) Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun²

Hükümet programında ve acil eylem planında yer almış olan ve genel sağlık sigortasının 1.basamağını oluşturacak Aile Hekimliğine hazırlık olmak üzere, Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmadan önce 2004 yılında 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Kanunun amacı 1.maddesinde belirtildiğine göre, Sağlık Bakanlığının pilot olarak belirleyeceği illerde 1.basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülmesini temin

2 24.11.2004 tarihli, 5258 sayılı, RG,9.12.2004, 25665.

için görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statü ve mali hakları ile hizmetin esasını düzenlemektir³.

e) Bazı Kamu Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun⁴

Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık birimlerinin Sağlık Bakanlığına devredilmesi ile ilgili usul ve esasların belirlenmesidir (m.1). Böylece genel sağlık sigortasına geçiş için en önemli adım atılmış ve sağlık birimleri tek elde toplanarak, sağlık hizmetlerinin tek merkezden uyumlu ve dengeli biçimde yurt çapında dağılımı ve örgütlenmesi sağlanmış olacaktır. Ancak uygulamada sadece Sosyal Sigortalar Kurumu ve PTT hastaneleri devre konu olmuş, diğer kamu kurumlarının sağlık birimlerine dokunulmamıştır. Zaten 5283 sayılı Kanun 2.maddesinde devir konusu olmayacak sağlık birimlerini ayrıca düzenlemiş olduğundan, uygulamada da devir bazı kanunlarla sınırlı tutulunca yasadan beklenen amaç kısmen sağlanmış oldu. Kanunun 2.maddesine göre Cumhurbaşkanlığı, Yüksek Mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, Üniversiteler, Mahalli İdareler ve Mazbut Vakıflara ait sağlık birimleri devir konusu olamayacaktır. Böylece kamuya ait geniş bir sağlık birimi grubu, genel sağlık sigortası kapsamı dışında kalmaktadır. Böylece genel sağlık sigortasının genelliği, sadece isminde kalacaktır. Sayılan bu gruplara görevlerinden dolayı bazı ayrıcalıklar tanınabilir. Hatta bunlara başka birimler de katılabilirdi. Ancak tüm bu ayrıcalıkların da genel sağlık sigortası içinde düzenlenip, bu birimler ve sağlık personeli, genel sağlık sigortası örgütlenmesi dışında bırakılmamalıydı. Tüm sağlık birimleri Sağlık Bakanlığı bünyesinde toplanmalı, hepsi genel sağlık sigortası hizmet sunucusu konumuna getirilmeli, ancak ayrıcalıklı ve özellikli gruplara bu sistem içinde öncelikli ve ayrıcalıklı sağlık hizmeti alma olanağı sağlanmalıydı. Böylece bu birimlerin eksik kapasite ile ça-

3 Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, 1305.

4 6.1.2005 t. 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun, RG.19.1.2005, 25705 M.

lışmaları önlenmiş, bu birimler halka açılmış, zaten sınırlı olan sağlık hizmetleri sunum kapasitesi sonuna kadar kullanılmış olurdu⁵.

f) 5510 sayılı Kanun'un Hazırlanması

58. Hükümet programı ve acil eylem planı. 4 ayrı yasa:

- Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Tas. 70 m. 6 geç m.
- Emeklilik Sigortası Kanunu Tas. 120 m. 29 geç. m.
- GSSK Tas. 46 m. 8 geç.m.
- Primsiz Ödemeler Kanunu Tas. 28 m. 3 geç. m.

Bu tasarılar üzerinde fazla durulup tartışılmadan 2006 yılında 5502 s.K.'la Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu çıkarıldı.⁶ 5510 s.Kanunla da Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıktı.⁷

Sistemin 3. ayağını oluşturacak ve sistemi tamamlayacak Primsiz ödemeler Kanunu (Sosyal Yardım ve Sosyal Hizmetler K.) üç ayrı tasarıya rağmen hala çıkarılmadı.

III. Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi İçinde GSS

1. 5510 s.K.'un Sistematiği

1. Kısım: Amaç, Kapsam, Tanımlar m. 1-3.
2. Kısım: Sosyal Sigorta Hükümleri m.4-59: Sigortalılar, işyeri, işverenler, hizmet akdiyle çalışanların ve bağımsız çalışanların yararlanacağı Kısa Vadeli Sigortalar, Uzun Vadeli Sigorta Hükümleri, kamu görevlilerine ilişkin hükümler, isteğe bağlı sigorta, ortak hükümler, aylık ve gelirlerin birleştirilmesi, denetim ve kontrol.

5 Okur, Sosyal Güvenlik Reformu, 1305-1306.

6 RG. 20.5.2006, 26173.

7 RG. 16.6.2006, 26200.

3. Kısım: Genel Sağlık Sigortası

- a) Kapsam, başlangıç, bildirim, tescil
- b) Sağlanan Sağlık Hizmetleri,
- c) Yararlanma şartları
- d) Katılım payı
- e) Hizmet Basamakları ve sevk zinciri
- f) Sağlık hizmet bedelleri
- g) Hizmet sağlama yöntemi
- ğ) Sağlık giderlerinin ödenmesi
- h) Sorumluluk: işverenin, sigortalının, 3. kişinin
- i) Sağlık hizmet sunucularının duyurulması
- j) Sunucuları seçme serbestisi
- k) Sunucuların kayıt ve bildirim zorunluluğu
- l) Kurumun kontrol yetkisi ve yaptırım.

IV. Yeni Sosyal Güvenlik Sisteminin GSS Açısından Değerlendirilmesi

1. GSS'nin kapsamı, tescili, bildirimi

a) Yasal düzenleme

5510 sayılı Kanun 60. maddesinde GSS açısından kapsamı düzenlerken 4. maddeyi esas almış ve prensip olarak:

- 4/I-a'lıları (iş sözleşmesi ile çalışanlar, işçiler),
- 4/I-b'lileri (köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar),
- 4/I-c'lileri (kamu idarelerinde kadrolu çalışanlar, sözleşmeli, açıktan vekil atananlar),
- İsteğe bağlı sigortalılarını (m.50),

- Oturma izni almış yabancılardan başka ülkede sigortalı olmayanları (m.60/d),
- 4447 s. Kanun gereğince işsizlik ödeneği alanlar, kısa çalışma ödeneği alanları (m.60/e),
- Gelir veya aylık alanları (m.60/f),
- Bunların dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı olmayan vatandaşları (m.60/g), sağlık sigortasının kapsamında saymıştır.

Ancak kanunkoyucu bu düzenleme ile yetinmemiş, bunlar dışındaki başka gruplara da genel sağlık yardımlarından yararlanma hakkı tanımıştır. Bunlar da:

- Aile içindeki geliri asgari ücretin 1/3'den az olan vatandaşlar (m.60,c,1),
- Vatansızlar ve sığınmacılar (m.60,c,2),
- 65 yaş aylığı alanlar (2022 s.K. m.60, c,3),
- Şeref aylığı bağlananlar (1005 s.K. m.60,c,4),
- Vatana hizmet aylığı alanlar (3292 s.K. m.60, c,5),
- Nakdi tazminat veya aylık alanlar (2330 s.K. m.60,c,6),
- Ücretsiz bakılan, korunan veya rehabilite edilenler (2828 s.K. m.60,c,7),
- Harp malullüğü veya terör mağduru aylığı alanlar (5434, 3713 s.K., m.60,c,8),
- Geçici köy korucuları (442 s.K., m.74/II, m.60,c,9),
- Başarıları nedeniyle aylık bağlanan veya devlet sporcusu sayılan sporcular (5774 s.K.m.60,c,10).

b) Değerlendirme

Görülüyor ki Kanunda GSS kapsamına girenler önce ana gruplar olarak sayılmış (işçi, memur, bağımsız, isteğe bağlı sigorta-

lılar...), daha sonra bu gruplara girmemelerine rağmen özel durumları nedeniyle (yoksulluk, muhtaçlık, vatana hizmet, başarı...) sağlık yardımı almaları gerekli görülenler tek tek sayılmış, son olarak da bunlar dışında kalanlar da başka ülkede sağlık sigortalısı değillerse, sağlık sigortası kapsamına alınmışlardır. Hatta (g) bendi, bu tek tek sayılanlar dışında kalanların da başka ülkede sigortalı değillerse kapsama gireceklerini belirtmiştir. Bu durumda herkes kapsamda olduğuna göre, bunların ayrı ayrı sayılmalarına hiç gerek yoktur. "Herkes sağlık sigortası kapsamındadır" denir sadece kapsam dışında kalanlar ayrıca sayılabildi. Nitekim m. 60/III'de kapsam dışında kalanlar ayrıca sayılmıştır. Ancak bu sayma, kapsamda olanlardan farklı olarak tek tek sayarak değil, Kanunun ilgili maddelerine gönderme yapılarak gerçekleştirilmiştir (m.6,I,d,e,f). Aynı yöntem kapsamdakilerden bir kısmı için de kullanılmıştır. Böyle bir yöntemin kullanılış nedeni 5510 s.K.'un yapısından kaynaklanmaktadır. 5510 s.K. aslında iki ayrı yasa olarak hazırlanmış olan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunlarının birleştirilmesinden oluşmuştur. İki ayrı yasa birleştirilince tekrardan kaçınmak amacıyla geniş ölçüde iç atıftan yararlanılmış, bu ise Kanunu anlaşılmasız, izlenmez bir hale getirmiştir. Kimlerin sigortalı olduğunu saptamak için 4., 6., ve 60. maddeler dikkatlice bağdaştırılmalıdır. Ancak sağlık hizmetlerinden yararlanma çilesi bu saptamalarla da bitmemektedir. Ayrıca yükümlülük, 30 gün veya 60 gün veya hiç borcu olmama, bir yıllık süre, bir yıldan kısa süre koşulları da araştırılmalıdır. Düzenlemenin ilginç yanı, bu koşulların bazılarında aranıp bazılarında aranmıyor oluşundadır. Bütün bunlar titizlikle saptanıp, tescili gerekenler tescil edilerek genel sağlık sigortasından yararlandırılacak, tescili gerekmeyenler (genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişiler) ise genel sağlık sigortalısı üzerinden, sağlık hizmetlerinden yararlandırılacaklardır. Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir konu da, bazı sigortalıların tescili için bildirim aranmaması, bazı sigortalılar için ise, belli durumların gerçekleşmesinden itibaren bir ay içinde bildirim koşulu ile tescilin yapılabilmesidir:

- İş sözleşmesi ile çalışanlar,
- Kamu idarelerinde kadrolu veya sözleşmeli çalışanlar,

- Açıktan vekil atananlar,
- Köy ve mahalle muhtarları ile bağımsız çalışanlar,
- İsteğe bağlı sigortalılar açısından, sağlık sigortası için ayrıca tescil ve bildirim aranmamakta, bunlar 4. maddeye göre sigortalı olmakta, genel sağlık sigortalısı da sayılmamaktadır. Diğerleri için bir ay içinde bildirim ve tescil aranmaktadır.

2. Kapsamdaki Sağlık Hizmetleri

a) Yasal Düzenleme

aa) Çeşitleri

Yasa 63. maddede sigortalı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler açısından İş Kazası, Meslek Hastalığı, Hastalık ve Analık hallerinde 4 grup sağlık hizmeti öngörmüştür.

- Koruyucu sağlık hizmetleri (m.63/a): hastalığa engel olucu tedbirler.
- Hastalık halindeki sağlık hizmetleri (m.63/b): klinik muayene; laboratuvar tetkikleri; diğer tanı yöntemleri (röntgen, ultrason, tomografi); tıbbi müdahaleler; tedavi süresince izleme; rehabilitasyon; organ, doku, hücre nakli; hücre tedavisi; acil sağlık hizmetleri; tıbbi bakım ve tedavi (fizik tedavi, masaj). Bu tedaviler yatarak veya ayakta yapılabilir.
- Analık sağlık yardımları (m.63/c): klinik muayene; laboratuvar tetkik ve tahlilleri; diğer tanı yöntemleri (röntgen, ultrason, tomografi); tıbbi müdahaleler; hastanın izlenmesi; doğumun sağlanması; rahim tahliyesi; acil sağlık hizmetleri; tıbbi sterilizasyon; tıbbi bakım ve tedaviler (fizik tedavi, masaj)(ayakta veya yatarak); yardımcı üreme teknikleri uygulanması (m.63/e); bazı koşullarla, yaş 23-39, 5 yıl sigortalılık, 900 gün prim, iki deneme.
- Ağız ve diş tedavileri (m.63/d): ağız ve diş muayenesi, kli-

nik muayeneler, laboratuvar tetkikleri, diğer tanı yöntemleri; tıbbi müdahale ve tedavi; diş çekimi; diş ve kanal tedavisi; hastanın izlenmesi; travmaya ve onkolojik tedaviye bağlı protez uygulaması; acil hizmetler; 18 yaşından küçüklerin ortodontik diş tedavisi.

- Diğer sağlık yardımları (m.63/f): Yukarda sıralanan temel sağlık yardımları dışında, bunlara destek olacak yardımlara da yer verilmiştir. Bunlar, kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbi araç gereç, kişisel tıbbi cihazlar, tıbbi sarf malzemeleri, bunların takılması, bakımı ve onarımıdır.
- Yurtdışında tedavi: 66. madde üç farklı durumda sağlık hizmetlerinin yurt dışından da sağlanmasını kabul etmiştir. Geçici görevle yurtdışına gönderilenler, sürekli görevle yurt dışına gönderilenler, yurtiçinde tedavi edilemeyenler.
- Sağlıkla ilgili diğer yardımlar: Kanununun 65. maddesinde bu kapsamda yol gideri, gündelik ve refakatçi giderine yer verilmiştir.

bb) Sağlık yardımlarının belirlenmesi

Kanun 63/I. maddesinde sağlık hizmetlerinin çeşitlerini dört grupta toplamış ve her grup için bunları ayrı ayrı saymıştır. 63/II. maddede ise bir adım daha atarak Sosyal Güvenlik Kurumu'na bir görev daha yüklemiştir. Kurum Sağlık Bakanlığı'nın da görüşünü alarak, sayılan bu sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını, kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını belirleyecektir. Kurum bu amaçla komisyonlar kurabilecek, ulusal ve uluslararası düzeyde işbirliği yapabilecektir.

b) Değerlendirme

Kanun sağlık hizmetlerinin çeşitlerini koruyucu, hastalık, analık ve ağız ve diş tedavileri olarak ayrı ayrı gruplandırarak tek tek saymıştır. Her grupta ayrı ayrı ve tek tek sayılan bu hizmetlerin büyük bir kısmı her üç grup için de ortak hizmetlerdir (özellikle

linik muayene, laboratuvar tetkik ve tahlilleri, tanı yöntemleri, tıbbi müdahale gibi). Bunun yerine her üç durumda da hekimin gerekli göreceği her türlü tıbbi tetkik, inceleme ve müdahale gibi genel bir şablon kullanılsa ve hekime ağırlık ve öncelik verilseydi daha basit ve kapsamlı bir düzenleme getirilmiş olurdu. Bu durum “sağlık yardımlarının belirlenmesi konusunda” çok daha önemlidir. Yasa bu konuda tedaviyi üstlenen hekime insiyatif, sorumluluk ve öncelik verme yerine, sağlık hizmetlerinin önceden Kurum tarafından tür, miktar, süre ve ödeme usulü bakımından saptanmasını öngörmüştür. Kurum bu amaçla bilimsel komisyonlar kuracak ulusal ve uluslar arası tüzel kişilerle işbirliği yapacaktır. Böyle bir ön düzenlemenin imkânsızlığı açıktır. Binlerce hastalık, binlerce hasta, her hastalığın her hastada göstereceği farklı oluşum ve gelişim, tedavide kullanılacak ilaç yöntem ve sağlık hizmetlerini nerdeyse sonsuz açılım ve ihtimallere bağlayacaktır. Burada her türlü ihtimali dikkate alarak karar verecek ve onuca gidecek olan hekimdir. Hiçbir ön metin, ön liste, ön talimat hekimi bağlayamaz. Sağlık sisteminin ve tedavinin temeli hekimdir. Hekime güvenmekten ve ona öncelik vermekten başka yöntem düşünülemez. Sağlık sisteminin ve örgütünün görevi, her türlü teknik olanağı ve ortamı hekime tanıyarak, hekimle hastayı baş başa bırakmaktır.

Yurtdışında tedavi konusu da Yasada farklı gruplar için farklı düzenlenmiştir. Geçici görevle yurtdışına gidenler ve yakınları sadece acil hallerde, sürekli gidenler ve yakınları ise her durumda sağlık hizmetlerinden yararlanabilecektir. Bu ayırımın hiçbir haklı dayanağı yoktur. Sağlık hizmetlerinin özelliği, belirsiz, alternatifsiz, değişken ve geciktirilemez olmalarıdır. İlk anda acil olmayan bir hastalık belli bir gecikmeden sonra acil hale dönüşebilir. Bu nedenle geçici görevle de yurtdışına çıkılmış olsa, sağlık hizmeti ihtiyaç halinde derhal sağlanmalıdır.

3. Kapsam Dışındaki Sağlık Hizmetleri

Kanun kapsamındaki sağlık hizmetleri yanında 64. maddesinde kapsam dışı bıraktığı sağlık hizmetlerine de yer vermiştir.

a) Yasal düzenleme

Yasa 64. maddesinde üç grup sağlık hizmetini kapsam dışı bırakmıştır:

- Estetik amaçlı sağlık hizmetleri (m.64/a): Kural olarak estetik amaçlı her türlü sağlık hizmetleri ve ortodontik diş tedavileri kapsam dışıdır. Ancak vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılacak iş kazası veya meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda yapılacak estetik müdahaleler kapsama alınmıştır.
- Sağlık Bakanlığına izin veya ruhsat verilmeyen veya tıbben sağlık hizmeti olarak kabul edilmeyen hizmetler, kapsam dışı bırakılmıştır.
- Yabancı ülke vatandaşlarının, genel sağlık sigortalısı veya bunların bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmalarından önceki kronik hastalıkları da kapsam dışı bırakılmıştır.

b) Değerlendirme

Kapsam dışı bırakılan estetik amaçlı sağlık hizmetlerine ilişkin düzenleme açık değildir. Kapsam içine alınan estetik amaçlı müdahaleler sayılırken vücut bütünlüğüne ilişkin olma özelliği yanında, iş kazasından, meslek hastalığından, kazadan, hastalıktan veya konjenital nedenlerden doğma unsuruna da yer verilmiştir. Bu iki unsur VE bağlacı ile bağlanmıştır. Bu durumda her iki unsurun da birlikte aranması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Oysa ikinci unsura hiç gerek yoktu. Vücut bütünlüğünü sağlama amacı tek başına yeterliydi. Zira sayılan nedenler dışında estetik açıdan vücut bütünlüğünü bozacak başka bir açıdan ne zaman bozulmuş sayılacağıdır. Bu nedenle, bunun yerine kaynağı belirtilmeden, fiziksel veya ruhsal yönden kişinin katlanamayacağı her türlü estetik bozukluklara müdahale kapsama alınmalıydı. Bunun yanında estetik amaçlı ortodontik diş tedavileri de kapsam dışı bırakılmıştır. Oysa burada da dişe ilişkin estetik bozukluğun, vücut bütünlüğünü ne oranda etkilediği

ve fiziksel ve ruhsal yönden katlanılabilirliği ölçü olarak alınmalıydı. Yabancıların kronik hastalıklarının kapsam dışı bırakılmasının uygunluğu da tartışılabilir. Yabancıların sağlık hizmetlerinden yararlanmaları kural olarak kabul edilince, hastalığın daha önceden var olması, kapsam dışı bırakılma nedeni olmamalıydı. Zaten Yasanın önceki metninde olmayan bu düzenleme 5754 değişikliği ile getirilmiştir.

4. Sağlık Yardımlarının Koşulları

a) Yasal düzenleme

Sağlık yardımlarından yararlanmak için genel sağlık sigortalısı olma yanında prim ödeme ve kimlik bildiriminden ibarettir. Burada karmaşık olan prim koşuludur. Zira yasanın düzenlemesine göre bazıları için prim koşulu aranmamakta, bazıları için 30 günlük prim aranmakta, bazıları için ise prim borcu olmaması aranmaktadır. Prim borcu olmama koşulu da ikiye ayrılmakta, bazıları için 60 günden fazla prim borcu olmama, bazıları için ise hiç prim borcu olmama aranmaktadır.

- GSS primi kısa ve uzun vadeli sigortalılar için % 12,5, bunun % 5'i sigortalı, % 7,5'u işveren payıdır. İş kaybı tazminatı alanlar için ise prim oranı % 12'dir. Devlet katkısı tahsil edilen primlerin ¼'ü kadardır (m. 81/II).
- Prim koşulu aranmayanlar (67/I): 18 yaşından küçükler, bakıma muhtaçlar, acil haller, iş kazası meslek hastalıkları, bulaşıcı hastalıklar, koruyucu sağlık hizmetleri, analık, umumi afet halleri, seferberlik ve savaş halleri, grev ve lokavt.
- 30 gün prim: iş sözleşmesi ile çalışanlar, kamu görevlileri.
- 60 günden fazla prim borcu olmama: Köy ve mahalle muhtarları, bağımsız çalışanlar, 60. maddenin dışında kalan ve başka ülkede sigortalı olmayanlar(60,g),
- Hiç borcu olmama: isteğe bağlı sigortalılar, oturma izni almış, bir yıldır Türkiye'de olan yabancılar.

Bu prim koşulu yanında ayrıca sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişinin kimlik bildirmesi de gerekmektedir (67/III). Bu bildirim ancak nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport ve kurum sağlık kartıdır.

b) Değerlendirme

Sağlık yardımı isteyen belli prim koşulunu doldurmasının (30 gün) aranması uygundur. Çünkü sistem primli sistemdir: Ancak bunun yanında prim borcu olmama koşulu, hatta bunun da ikiye ayrılarak 60 gün ve hiç borcu olmama ayrımı anlaşılır gibi değildir. Herkes için 30 günlük primle yetinmek gerekir. Borç varsa bu Kurumun sorumluluğudur. Primlerini tahsil etmesi, bu amaçla sigortalıları zorlaması gerekir.

Yardım yaparken kimlik sorulması ise doğaldır. Böylece haksız sağlık yardımı alınması önlenecektir. Zaten 71. madde eblge isteme zorunluluğunu açıkça düzenlemiştir. Haksız sağlık yardımı alma halinde de hem tazminat hem de TCK hükümleri devreye girecektir.

5. Sağlık Hizmet Bedelleri

a) Yasal düzenleme

Sağlık hizmetleri konusunda önemli aşamalardan biri de sağlık hizmet bedellerinin saptanmasıdır. Konunun, özel sağlık kuruluşları da sisteme dahil edildiğinden, titizlikle düzenlenmesi gerekmektedir.

Sistem sağlık hizmetlerinin belirlenmesi yetkisini (çeşit, miktar, kullanım süresi, ödeme usul ve esasları) Sosyal Güvenlik Kurumu'na (m.63), bu hizmetlere ödenecek bedelleri belirleme yetkisini ise 72. maddede oluşturduğu "Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu"na bırakılmıştır. Komisyon 7 üyeden oluşmaktadır. Kurum 2, ÇSGB 1, Sağlık Bakanlığı 1, Maliye Bakanlığı 1, DPT Müsteşarlığı 1, Hazine Müsteşarlığı 1 üye göndermektedir. Gerektiğinde alt komisyonlar oluşturulabilecek, sekreteryaya işlemini Kurum yürütecektir. Kurum fiyatlandırma konusunda ayrıca ilgili kamu ku-

rumları, dernek, vakıf, federasyon, konfederasyon ve meslek kuruluşlarının görüşlerine de başvurabilecektir.

Komisyonun görevi gündelik, yol, yatak ve yemek giderleri yanında (m.65), 63. maddede sayılan diğer sağlık hizmet bedellerini de saptamaktır. Maddede bu saptama sırasında dikkate alınacak kıstaslar, hizmetin sunulduğu il, sunulduğu basamak, devlet katkısı, hizmetin hayati önemi, kanıta dayalı uygulamalar, maliyet-etkililik, genel sağlık sigortası bütçesi olarak sıralanmıştır. Komisyon bu belirlemede, sunucuları gruplara veya sınıflara da ayırabilecektir.

b) Değerlendirme

Bu düzenlemenin son derece yetersiz ve karmaşık olduğu bellidir. Nerdeyse sonsuz sayıdaki hastalıklar 81 ile ve basamaklara göre belirlenecektir. Yasada önerilen kıstaslar, hizmetin sunulduğu il, sunulduğu basamak, devlet katkısı, hizmetin hayati önemi, maliyet-etkililik, sağlık bütçesidir. Kıstaslar son derece belirsizdir, hizmetler nerdeyse hem çeşit, hem özellik, hem etkinlik açısından son derece değişkendir. Temel değişken 81 il ve 3 basamak, yani $3 \times 81 = 243$ 'dür. Bunlara diğer değişkenleri ve değişiklikleri de eklerseniz, 7 kişilik bir komisyonun (üstelik de bu konuda uzman olmayan bürokratlardan oluşan bir komisyonun) bu yükün altından kalkması imkansızdır. Her ne kadar komisyon, gerektiğinde diğer ilgili kurum ve kuruluşlara başvurabilecek ise, bu düzenleme ile sistemin sağlıklı, hızlı, adil çalışması mümkün değildir. En azından 7 kişilik komisyona Eczacılar Odası, Tabipler Odası, Özel-Kamu-Üniversite Hastaneleri, temsilcileri de katılmalıydı. Yine de Komisyonun yeterli etkinliğe kavuşması çok güçtür. Yeni ve etkin bir farklı yapı düşünülmelidir.

6. Sağlık Hizmetlerinin Sunumu

a) Yasal düzenleme

Kanun 73. maddesinde sağlık hizmetlerinin, Sosyal Güvenlik Kurumunun sözleşme yapacağı, yurtiçindeki ve yurtdışındaki özel veya kamu sağlık kurumları kanalıyla gerçekleştirileceğini belirt-

mektedir. Bunun dışında sözleşmesiz sağlık hizmet sunucularından da acil hallerde hizmet alınabilir ve Kurum yasaya uygunsu bu hizmet bedellerini öder.

Kanun, sunucuların özelliklerine göre bazı farklılıklar yapılmasını da kabul etmektedir.

- Özel sağlık sunucuları açısından (72/II)

Özel sağlık sunucuları açısından (Vakıf Üniversite Hastaneleri dahil), 72. maddeye göre belirlenecek bedeller, maliyet ve sübvansiyonlar dikkate alınarak bir katına kadar Bakanlar Kurulu kararı ile artırılabilir. Bu tavan dahilinde alınacak ilave ücretler Kurum tarafından belirlenecektir. Ancak bu ilave ücret 60/I,4,6,8 kapsamındaki kişilerden alınmayacaktır. Bunlar:

- 1005 s.K. gereğince şeref aylığı alanlar (4),
- 2330 s.K. gereğince aylık bağlananlar (6),
- Harp malullüğü aylığı veya terörle mücadele aylığı alanlardır (6).
- Kamu sağlık sunucuları açısından (73/III)

Özel sağlık sunucularından farklı olarak Kamu Sağlık Sunucularının ilave ücret alması kabul edilmemiştir. Ancak burada da ilave ücret yerine otelcilik hizmetleri, öğretim üyesi farkı, istisnai sağlık hizmetleri farkı alınabilecektir. Kamu sağlık kuruluşları, sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiden otelcilik hizmeti farkı, öğretim üyesi farkı, istisnai sağlık hizmeti farkı adı altında ilave ücretler alabilecektir.

b) Değerlendirme

Görülüyor ki sistem, her an ayrıcalık ve istisnalarla deforme edilmektedir. 72. maddeye göre saptanan bedeller dışında fark ödemez derken hemen arkasında özel sağlık sunucuları için ilave ücret kavramı devreye sokulmakta, kamu sağlık sunucularına ilave ücret yasaklanmakta ancak orada da otelcilik ücreti, öğretim üyesi farkı ve istisnai hizmet farkı ile karşılaşmaktayız.

- Otelcilik ücreti. Kanunda otelcilik ücreti tanımlanmamıştır. GSS İşlemleri Yönetmeliği 4/z maddesinde, otelcilik hizmetini “yatarak tedavilerde hasta ve refakatçisine Kurumca belirlenen standartların üzerinde sunulan, yatak, yemek, temizlik vb. hizmetler” olarak tanımlamıştır. Standartlar objektif ölçülere göre değil, Kurumca belirlenecektir. Buna göre Kurum, standartlarla oynayarak, sıcak su, klima, özel aydınlatma, müzik, kuru temizleme-sulu temizleme- şampuanlı temizleme nedeniyle ücreti farklılaştırabilecektir.
- Öğretim üyesi farkı! Yine bir ihtisas veya üniversite hastanesinde tedaviyi, pratisyen hekim, uzman hekim, yardımcı doçent, doçent veya profesörün yapmasına göre farklı ücretler istenebilecektir. Kurum, öğretim üyeleri için alınacak ilave ücret için bir tavan belirleyebilecektir. Böyle bir tavan belirleyip belirlememe yetkisi tümüyle Kuruma bırakılmıştır. Bu düzenlemenin sağlık hakkı ve hekim seçme hakkı ile bağdaştırılması mümkün değildir.
- İstisnai sağlık hizmeti. İstisnai sağlık hizmeti Kanuna 5754 değişikliği ile girmiştir. İstisnai sağlık hizmetleri, hayati önem, alternatif tedavi bulunup bulunmama kıstasları dikkate alınarak “Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu” tarafından belirlenecek ve bunlar için normal hizmet fiyatının üç katına kadar ilave ücret istenebilecektir. Bu düzenleme de belirsizliklerle doludur. İstisnai sağlık hizmetlerini belirleme yetkisi, bu konuda hiçbir uzmanlığı olmayan Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu’na bırakılmıştır. Komisyon hem hizmetin istisnai sağlık hizmeti olduğunu, hem de fiyatını belirleyecektir. Komisyonun bu görevi sağlıklı ve ihtiyacı giderecek biçimde yerine getirmesi beklenemez.

7. Katılım Payı

Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak 72 ve 73. maddelerdeki bedeller dışında 68. ve 69. maddelerde bir de katılım payından söz edilmektedir.

a) Yasal düzenleme

- Katılım payı 68. maddede muayene başına 2 TL olarak saptanmıştır. 2008 SUT ise 6. maddesinde daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre aile hekimi muayenelerinde katılım payı alınmaz. Katılım payı ayakta tedavide hekim ve diş hekimi muayenesi için;

İkinci basamak resmi sağlık kurumlarında	3 TL,
Eğitim ve araştırma hastanelerinde	4 TL,
Üniversite hastanelerinde	6 TL,
Özel sağlık kurumlarında	10 TL,

olarak uygulanır.

- Ayakta tedavide sağlanan ilaçlarda katılım payı gelir ve aylık alanlar için % 10, diğerleri için % 20,
- Tıbbi malzeme katılım payı gelir ve aylık alanlar için % 10, diğerleri için % 20,
- Yardımcı üreme yönteminde katılım payı
1. denemede % 30,
2. denemede % 25,

Embriyo freezing işlemi için % 30'dur.

- Katılım payı alınmayacak haller: iş kazası ile meslek hastalığı; askeri tatbikat ve manevralar; afet ve savaş halleridir.
- Katılım payı alınmayacak sağlık hizmetleri; koruyucu sağlık hizmetleri; aile hekimi muayeneleri; organ doku ve hücre nakli; hayati önemdeki orteز, protez, iyileştirme araç ve gereçleri; kronik hastalıklar, kontrol muayeneleri.
- Katılım payı alınmayacak kişiler: şeref aylığı bağlananlar, vatani hizmet tertibinden aylık alanlar, nakdi tazminat ve aylık alanlar, harp malullüğü aylığı alanlar, Terörle mücadele mağduru olarak aylık alanlar.

b) Değerlendirme

Görüldüğü gibi katılım payı konusunda oldukça ayrıntılı bir düzenleme vardır. Hekim muayenesi için yasada saptanan 2 TL, Tebliğ ile 3,4,6,10 TL olarak saptanmıştır. 68. maddede bu bedelin artırılıp indirilmesi konusunda bazı kıstaslar öngörülmüş ve karar Kuruma bırakılmıştır. Bu bedellerin 3,4,6,10 TL olarak saptanmasında Kurumun hangi ölçüleri kullandığı belli değildir. % 10, % 20, yeniden değerlendirme oranı (VUK) kullanılmadan bu bedeller saptanmıştır. Bedeller oldukça düşüktür. Bu nedenle sigortalıları bununla uğraştırmaya değer mi, düşünülebilir. Genel Sağlık Sigortası için zaten prim ödendiğine göre, ayrıca katılım payına gerek var mıydı? Prim oranı biraz artırılarak katılım payı bazı alanlarda tümüyle kaldırılabilir.

Kanun, düşük gelirliler, vatansız ve sığınmacılar, 65 yaş aylığı alanlar konusunda ilginç ve dolaylı bir düzenleme öngörmüştür. Bunlar ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler önce katılım bedellerini ödeyecek, daha sonra da bunu 3294 sayılı Kanun hükümlerine göre geri alacaklardır (Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, RG. 14.6.1986). Bunlar zaten düşük gelirli muhtaç kişilerdir. Bunlara katılım payını önce ödetip sonra iade etmek gibi bir mekanizmanın nedeni anlaşılammamaktadır. Ödemeler doğrudan 3294 sayılı Yasaya göre yapılırsa bu yoksul ve muhtaç kişiler gereksiz yere zorlanmamış olacaklardır.

8. Hizmet Basamakları ve Sevk Zinciri

a) Yasal düzenleme

Kanun 70. maddesinde sağlık hizmet sunucularının 1., 2., ve 3., basamak olarak Sağlık Bakanlığı tarafından basamaklandırılmasını öngörmüştür. Bu basamaklar ve sağlık hizmet sunucuları arasındaki sevk zinciri ise tanı, ön tanı, hekimlerin ve diş hekimlerinin uzmanlıkları dikkate alınarak yurt çapında, il veya ilçe çapında Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenecek, aile hekimleri 1.basamak hizmet sunucuları arasında yer alacaktır. Sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için basamak ve sevk zincirine uyulması gerekmektedir (70/II).

Kanun basamaklandırma işini Sağlık Bakanlığına, sevk zinciri düzenlemesini ise Kuruma bırakmıştır.

Basamaklar birbirine paralel biçimde 2008 yılında iki ayrı tebliğ tarafından düzenlenmiştir:

- 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama tebliği (RG.29.9.2008, 27012 M). (m.2.1.).
- Maliye Bakanlığı Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği (RG.23.20.2008, 27033) (m.2.2.).
- aa) 1.basamak resmi sağlık kuruluşları=Kurum hekimlikleri, sağlık ocağı, verem savaş dispanseri, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması merkezi, sağlık merkezi, 112 acil hizmet, üniversitelerin medikososyal birimleri, TSK 1. basamak sağlık üniteleri.
- bb) 1.basamak özel sağlık kuruluşları: Özel poliklinikler, ağız ve diş sağlığı kuruluşları.
- cc) Serbest eczaneler.
- dd) 2.basamak resmi sağlık kurumları: devlet hastaneleri, dal hastaneleri, semt poliklinikleri, ilçe hastaneleri, tıp merkezleri, dal merkezleri.
- ee) 2. basamak özel sağlık kurumları: özel hastaneler, tıp merkezleri, dal merkezleri.
- ff) 3. basamak resmi sağlık kurumları: eğitim ve araştırma hastaneleri, Üniversite hastaneleri, semt poliklinikleri, diş hekimliği fakülteleri, TSK eğitim ve araştırma hastaneleri.
- gg) Basamaklandırılmayan kurum/kuruluşlar: diyaliz merkezleri, özelleşmiş tedavi merkezleri, Refik Saydam Hıfzısıhha Laboratuvarları, muayenehaneler, işyeri hekimleri.

b) Değerlendirme

Basamaklandırma ve sevk zinciri konusunda da yasa tutarlı değildir.

Basamaklandırmayı Sağlık Bakanlığı, sevk sistemini Kurum yapacaktır.

Bu ikilemin nedeni anlaşılammamaktadır. Her iki görevin de Kurum tarafından gerçekleştirilmesi daha tutarlı olurdu.

Basamakların saptanması, sağlık hizmet sunucuları ile basamaklar ve sigortalılar arasındaki bağlantı, genel sağlık sisteminin özünü ve temelini oluşturmaktadır. Bunun için ülke koşullarına uygun, alt yapısı sağlam bir basamak ve sevk sistemine ihtiyaç vardır. Önce ülkenin sağlık envanteri çıkarılmalı, oldukça kapsamlı sağlık mevzuatı dikkate alınmalı (54 K, 1 KHK, 21 Tüzük, 74 Yönetmelik, 8 Tebliğ), buradan hareketle en uygun basamak ve sevk sistemi düzenlenmelidir.

SONUÇ

İlk defa 5510 s.Kanunla düzenlenen Genel Sağlık Sigortası Türkiye için gerçekten çok önemli bir adımdır, gerçek bir reformdur. Ancak yıllardır büyük özlem ve umutlarla beklenen bu düzenleme hala yerine oturmamıştır. Sistem sürekli değişim ve revizyon içindedir. Gerekli ve yeterli ön hazırlıklar, sosyolojik, ekonomik ve hukuki araştırmalar yapılmadan yetersiz bir kadroyla çıkarılan 5510 sayılı Kanun ihtiyacı gidermekten çok uzak kalmıştır. Yasanın yetersiz kaldığı noktaları düzeltmek amacıyla büyük gayretler harcanmış, 2006'da çıkarılan 109 maddelik yasanın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 23 maddesini ve diğer aksaklıkları düzeltmek amacıyla 2008 yılında 5754 sayılı yasayla 262, 5763 s. Yasayla 4 ve 5797 s. Yasayla da 6 olmak üzere toplam 272 değişiklik yapılmış, ancak bu değişiklikler ölü doğmuş bu yasayı canlandıramamıştır. Bunun üzerine ikincil düzenlemelerle Yasa onarılmaya çalışılmış 28.08.2008'de, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ve Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği çıkarılmış ancak bunlar da yetersiz kalınca, 29.09.2008'de 2008 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, 23.10.2008'de de Maliye Bakanlığı tarafından Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği (Sıra No:6) çıkarılmış, böylece 506 ve 5434 sayılı yasalar dönemindeki uygulamaya dönülmüştür. Oysa

2007’de herkes için (işçi, memur, bağımsız) tek Sağlık Uygulama Tebliği çıkarılmıştı. Ayrıca bu genel düzenlemeler dışında belirli konulara ilişkin başka tebliğler de çıkarılmıştır. Şimdi sıra genelgelere gelmiştir. Ard arda onlarca Genelge çıkarılmaktadır. İlginç olan çıkarılan Yönetmelik, Tebliğ ve Genelgeler birbirini tekrarlamakla yetinmekte fazla bir düzeltme de yapılamamaktadır. Bu genel tespitten sonra 5510 sayılı Yasanın gerek tümüne, gerekse 60-78. maddelerde düzenlenen Genel Sağlık Sigortasına ilişkin şu saptamaları vurgulayabiliriz:

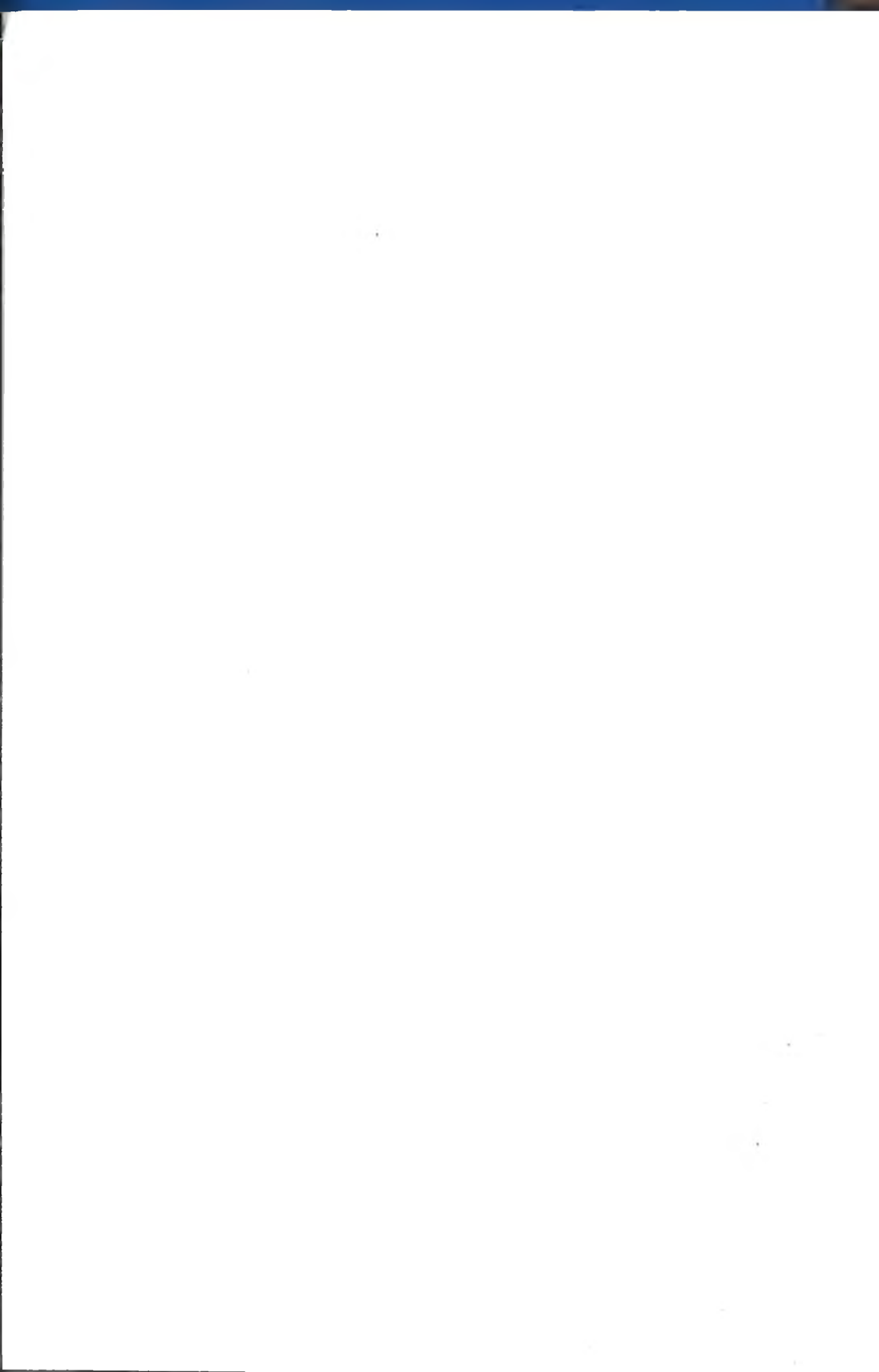
Türkçe açısından: Yasanın Türkçesi bozuktur. Maddeler ve cümleler çok uzundur. 4-5 sayfalık maddeler, 5-6 satırlık cümleler yasayı anlaşılabilir hale getirmektedir: Cümleler bozuk ve özensizdir. Terimler rastgele kullanılmıştır. Aylık asgari ücret yerine, sadece asgari ücret ifadesi kullanılmıştır. Aylık asgari ücret yerine “günlük asgari ücretin otuz katı” denmektedir. Ve /veya bağlaçları rastgele kullanılmış, cümleler altüst edilmiştir. Aynı anlama gelen kelimeler yan yana kullanılmıştır, “birlikte müteselsilen sorumludur” gibi.

Sistematik açıdan: Yasa makro ve mikro sistematikten yoksundur. Maddelerde fıkra, bent sıralaması karmakarışıktır. Bazı maddelerde a,b,c bazılarında 1,2,3 bazılarında ikisi birden kullanılmıştır.

Tek çatı tek yasa amacı: Reformun çıkış noktası lafta kalmıştır. Norm ve standart birliği açısından tam bir karmaşa hakimdir. Eskiden üç ayrı yasa, kendi içinde tutarlı iken şimdi tek yasa, ama her maddede üç ayrı çözüm getirilmiştir. Üçten bire inilmiş ama birden de üçe ayrılmıştır.

İç atıflar: Yasada yoğun bir iç atıf trafiği vardır. Konuyu izleyebilmek için iki bazen üç kanunu aynı anda kullanmak gerekmektedir.

Sonuç olarak, bu reformdan kurtulmak için yeni bir reforma ihtiyaç her geçen gün kendini daha yoğun hissettirmektedir. Bu yasa ölü doğmuştur, düzeltilemez, canlandırılmaz. Tek çare yeni bir düzenleme.



TÜRKİYE'DE SAĞLIK HUKUKU – TIP HUKUKU¹

Prof. Dr. Hakan HAKERİ²

1. KAVRAM

“*Tıp Hukuku*”, sağlık hukukunun bir alt dalı olarak, tıbbın uygulanmasından kaynaklanan sağlık personelinin hak ve yükümlülükleri, yasal sorumluluğu, hasta hakları, ilaç hukuku, medikal hukuk gibi konuları ele alan hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının temel özelliği disiplinler arası bir hukuk dalı olması olup, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku ve medeni hukuku ilgilendiren yönleri bulunmaktadır.

Ülkemizde tıp hukuku kavramının yeni yeni kullanılmaya başlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kavrama nazaran daha yaygın olarak kullanılan kavramın “*sağlık hukuku*” olduğunu görmekteyiz. Ancak son zamanlarda tıp hukuku kavramının kullanılma-ya başlandığı görülmektedir. Bunun dışında, hekim hukuku kavramı da zaman zaman dillendirilmektedir.

Acaba bu kavramlardan hangisini seçmek gerekmektedir? Öncelikle tıp hukuku dışındaki kavramların anlamına işaret etmekte yarar görüyorum. Bu bakımdan kolay olanı ile başlayacak olursam, “hekim hukuku” terimi çok dar bir terimdir ve bu nedenle, çalışma konumuzu ifade etmek bakımından çok yetersizdir. Buna karşılık sağlık hukuku kavramı ise çok geniş bir kavramdır. Nitekim geniş

1 Ayrıntılı bilgi ve atıflar için bkz., Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007; Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2009.

2 Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

anlamda tıp hukuku diyebileceğimiz hususlar, sağlık hukuku içinde ele alınmaktadır. Bu kapsamda, sağlık hizmeti, hastalık sigortası, hastanelerin hukuksal yapısı, tıp eğitimi, hekimlik ve diğer sağlık personeli mesleklerinin hukuksal yapısı, sağlık harcamaları, sağlık bakanlığının görev ve yetkileri, teşkilatı gibi konular düşünülmektedir. Dolayısıyla “sağlık hukuku” kavramı çok geniş bir kavramdır. “Tıp hukuku” kavramı ise daha sınırlı bir içeriğe sahiptir ve elbette daha üst kavram olan “sağlık hukuku”nun içinde yer almaktadır. Tıp hukukunun içeriği üç ana başlığa ayrılabilir:

- Hekim Hukuku
- İlaç Hukuku
- Medikal Hukuk

Hekim hukuku denildiğinde, sadece hekim değil, diğer sağlık personelinin hukuku da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Keza diş hekimi, hatta veteriner hekim de bu noktada kapsam dâhilindedir. İlaç hukuku ise, ilaç kavramından, ilaçların bulunmasından, piyasaya verilmesine kadar olan aşamada ve kullanımından ortaya çıkan hukuksal problemleri ele almaktadır. Bu çerçevede insan deney ve denemeleri de ilaç hukuku veya hekim hukuku kapsamında incelenebilir. Son olarak medikal hukuk, daha doğru ifadeyle tıbbi malzeme ve cihaz hukuku da tıp hukukunun bir alt dalıdır.

2. MEVZUAT SORUNU

Tıp hukukunun kaynaklarına tek tek değinmeden belirtmek gerekir ki, uygulamada tıp hukuku esas itibarıyla özel hukuk tarafından şekillendirilmiştir. Gerek ceza ve gerekse idare hukuku alanından ziyade özel hukuk alanında hekim hukukuna ilişkin daha fazla karar verildiğini görmekteyiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, modern hekim sorumluluğu hukukunun büyük bölümü içtihatlardan oluşmaktadır. Ancak ülkemiz açısından içtihat sayısının azlığı büyük bir problem oluşturmaktadır. Birçok konuda mahkemeler önüne gelmiş olaylar ve mahkemelerin bu konuya ilişkin verdiği kararlar, yüksek mahkemelerin de geliştirdiği içtihatlar bulunmamaktadır. Bu durum,

mevzuat eksikliği de göz önünde bulundurulduğunda sağlık personeli açısından çok güvensiz bir durum oluşturmaktadır.

Mevzuat açısından en önemli sorun ise, mevzuatın çok eski olmasıdır. 1927, 1928 ve 1929 yılında yapılmış birçok kanun hala uygulanmaktadır.

Tıp hukukuna ilişkin temel nitelikli uluslar arası belge ve sözleşme olarak şunlara işaret etmek gerekir:

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşme

İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Bunların dışında birçok bildirge de bulunmaktadır. Bunların başlıcaları, Lizbon, Bali, Amsterdam bildireleridir. Ayrıca Hasta Hakları Avrupa Statüsü'ne de değinilmelidir.

Tıp hukukunun iç hukukumuzdaki en temel hukuksal kaynağı anayasadır. Anayasamızın 17/1. maddesine göre, "*herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*".

Tıp hukukunu ilgilendiren diğer mevzuatın çok fazla sayıda olduğuna işaret etmek gerekir. Bugün birçok değişik kanunda, tüzükte, yönetmelikte tıp hukukuna ilişkin birçok konunun düzenlendiğini ve hatta zaman zaman bir birine zıt hükümlerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Çoğu eski olan bu mevzuattan önemli olanlar şöylece sıralanabilir:

Kanunlar:

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun³,

Hemşirelik Kanunu⁴,

3 04.04.1928 tarih ve 1219 sayılı, RG 04.04.1928, 863.

4 25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı, RG 02.03.1954, 8647.

- Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun⁵,
 Hususi Hastaneler Kanunu⁶,
 Umumi Hıfzıssıhha Kanunu⁷,
 Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun⁸,
 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁹,
 Türk Tabipleri Birliği Kanunu¹⁰,
 İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu¹¹,
 Kan ve Kan Ürünleri Kanunu¹².
 Tüzükler:
 Tıbbi Deontoloji Tüzüğü¹³,
 Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü¹⁴
 Özel Hastaneler Tüzüğü¹⁵,
 Tıpta Uzmanlık Tüzüğü¹⁶,
 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi
 ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük¹⁷.

-
- 5 18.12.1953 tarih ve 6197 sayılı, RG 24.12.1953, 8591.
 6 24.5.1933 tarih ve 2219 sayılı, RG 5.6.1933.
 7 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı, RG 06.05.1930, 1489.
 8 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı; RG 03.06.1979, 16655.
 9 27.05.1983 tarih ve 2827 sayılı, RG 27.05.1983, 18059.
 10 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı, RG 31.01.1953, 8323.
 11 14.05.1928 tarih ve 1262 sayılı, RG 26.5.1928, 898.
 12 11.04.2007 tarih ve 5624 sayılı, RG 02.05.2007, 26510.
 13 RG 19.02.1960, 10436.
 14 RG 27.07.1968, 12961.
 15 RG 01.10.1983, 17924.
 16 RG 19.06.2002, 24790.
 17 RG 18.12.1983, 510.

Yönetmelikler:

Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁸,

Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁹,

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği²⁰,

Tababet Uzmanlık Yönetmeliği²¹,

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği²²,

Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliği²³,

Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği²⁴,

Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²⁵,

Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği²⁶,

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği²⁷,

Kan Ürünlerinin Ruhsatlandırılmasına Dair Yönetmelik²⁸,

Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbî Cihazlar Yönetmeliği²⁹,

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik³⁰,

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendi-

-
- 18 RG 01.08.1998, 23420
19 RG 27.03.2002, 24708
20 RG 13.01.1983, 17927.
21 RG 22.03.1974, 14993.
22 RG 01.06.2000, 24066.
23 RG 08.07.2005, 25869.
24 RG 05.07.2005, 26866.
25 RG 12.05.2003, 25106.
26 RG 10.06.1998, 23368.
27 RG 11.05.2000, 24046.
28 RG 20.05.2002, 24760.
29 RG 12.03.2002, 24693.
30 RG. 23.12.2008, 27089.

rilmesi Hakkında Yönetmelik³¹,

Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği³²,

Tanı ve Tedavi Protokolleri Etik Kurulu Hakkında Yönetmelik³³,

Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik³⁴,

Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelik³⁵,

Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği³⁶,

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik³⁷,

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik³⁸,

Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği³⁹,

Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği⁴⁰.

Ayrıca Türk Tabipleri Birliği tarafından çıkarılan 01.02.1999 tarihli "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları" da tıp hukukunun önemli yazılı kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Keza Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan genelge, yönerge ve tebliğlerin de doğrudan kaynak niteliğinde olduğunda şüphe yoktur⁴¹.

31 RG 22.03.2005, 25763.

32 RG 23.10.2003, 25268.

33 RG 30.07.2000, 24125.

34 RG 26.04.2005, 25797.

35 RG 08.05.2005, 25809.

36 RG 07.12.2006, 26369.

37 RG 13.10.1992, 21374.

38 RG 15.02.2008, 26788.

39 RG, 16.02.2004, 25375.

40 RG, 28.04.2004, 25446.

41 08.08.2006 tarihi itibarıyla www.saglik.gov.tr internet adresinde toplam 552 genelge, 72 yönerge ve 93 tebliğ yer almaktadır.

3. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU VE SAĞLIK BAKANLIĞI'NIN TIP HUKUKU'NUN ŞEKİLLENMESİNDE ROLÜ

Tıp hukuku esas itibarıyla Sağlık Bakanlığı'nın ilgi ve düzenleme alanında olması gerekirken, bu alan çok büyük ölçüde SGK tarafından şekillendirilmektedir. Sağlık hizmeti alan bireylerinin çok büyük bir çoğunluğunun SGK kapsamında olması nedeniyle, söz konusu kurumun ödeme tebliğleri uygulamada büyük öneme sahip olmakta ve tıp hukukunu şekillendirmektedir. Hekimler aslında zorunlu olmamakla beraber, tıbbi uygulamalarını bu tebliğleri göz önünde bulundurarak yapmaktadır. Dolayısıyla sağlık ile ilgili bir alan, ana kurum olan Sağlık Bakanlığı'ndan ziyade, bir sosyal güvenlik kuruluşu olan SGK tarafından belirlenmektedir. SGK'nın belirlemelerinin zaman zaman tıp hukukunun veya tıp biliminin esaslarına uymaması da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmamaktadır.

4. HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Türk Tıp Hukuku'nda hasta ile hekim arasındaki ilişki belki de karşılaştırmalı hukukta başka hiçbir ülkede görülmeyecek kadar karmaşıktır:

Öncelikle, bağımsız çalışan bir hekim ile hastası arasındaki hukuksal ilişki üç ayrı şekilde söz konusu olabilir. Bunlar “sözleşme ilişkisi”, “vekâletsiz iş görme ilişkisi” ve “haksız fiil ilişkisi”dir. Somut olayın özelliklerine göre “culpa in contrahendo” (sözleşme öncesi sorumluluk; sözleşme öncesi kusur) esasına dayalı bir sorumluluğun ortaya çıkması da mümkündür.

Tedavi için hastaneye başvurulması durumunda hastanenin niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekir:

Hastane özel hastane niteliğinde ise, sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmuş olur. Tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı personel sözleşmenin tarafı olmazlar. Dolayısıyla hasta doğrudan doğruya hekim ile değil, hastane ile muhatap olur. Hekim ise hastane adına hastaneye tedavi hizmeti sunan kişi (BK 100 anla-

mında ifa yardımcısı) durumundadır. Haksız fiilden dolayı meydana gelen zararlardan ötürü ise ilgili hekim veya personel sorumlu olur.

Özel hastanede hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olur ve bu sözleşmeye “hastaneye kabul sözleşmesi” adı verilmektedir.

Kamu hastanesine müracaat eden hasta ile hastane arasındaki ilişki ise sözleşme ilişkisi değildir. Burada hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. O bakımdan kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan zararlar bakımından sorumluluk özel hukuk kurallarına değil, kamu hukuku esaslarına göre belirlenmelidir. Kamu hastanelerinde ise sözleşme ilişkisi değil, idare hukuku ilişkisi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk durumu idare hukuku kurallarına göre çözümlenir. Buna karşılık öğretide, hekim kamu kuruluşunda çalışıyor olsa bile, ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğu, idareye dava açılması gereğinin anayasada öngörülmüş olmasının bazı istisnai durumlar hariç ilişkinin özel hukuk ilişkisi olarak değerlendirilmesini engellemeyeceği de savunulmaktadır. Yargıtay da ister hizmet kusuru, ister şahsi kusur olsun, davanın idare aleyhine açılabileceğini içtihat etmekle beraber, bu kuralın istisnası olarak da, görev yetkisi ile bağdaşmayan adam dövme, yargı kararlarını yerine getirmeme gibi hallerde kamu görevlisi aleyhine dava açılabilmesine karar vermiştir. Böylece, hekimin görev yetkisini ciddi bir şekilde aşarak hareket etmesi halinde hukuk mahkemesinde aleyhinde dava açılabilmesi belirtilmektedir. Keza kamu görevlisi olan hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken kamu görevini yerine getirmediği hallerde de dava kamu görevlisi aleyhine açılmalıdır. Örneğin, kaymakamlık tarafından düzenlenen sünnet şöleninde hekim olarak hazır bulunan kamu görevlisinin sünnet sırasında gerekli özeni göstermemesi sonucu doğan zararların tazmini doğrudan kendisinden talep edilecektir.

Hizmet kusuru, “idarenin herhangi bir kamu hizmetini kurmasında veya işletmesinde meydana gelen kusurdur”. Bunun dışında bizzat kamu personelinin kusuru da söz konusu olabilir ki, bu kusur, görevle ilişkili olmayan veya dolaylı biçimde görevle ilişkili olan kusurdur. Bu kusur türüne ise “kişisel kusur” adı verilmektedir.

1933 tarih ve 2219 sayılı “Hususi Hastaneler Kanunu”nun 1. maddesinde özel hastanelerin tarifi yapılmıştır. 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, tahlil, tetkik, tıbbî müdahale, ameliyat, tıbbî bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan tedavi kuruluşları*” (m. 4/f). Bu tanımlara dayanılarak kamu hastaneleri belirlenebilir: Devletin resmi hastaneleri ve belediye hastaneleri kamu hastaneleridir. Esasen üniversite hastaneleri ile askeri hastaneler de aynı niteliktedir. Nitekim öğretilerde yapılan bir tanım şöyledir: “Kamu hastaneleri, devlet veya diğer bir kamu tüzel kişisi tarafından kurulup işletilen sağlık yurtlarıdır (teşekkülleridir)”. Bu hastaneler kamu yönetiminin bir parçası olup, kuruluş ve işleyişi bakımından kamu hukuku kurallarına tabidirler. Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliği’nin 6. maddesine göre, “genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, özel idarelere ve belediyelere, Tıp Fakültelerine bağlı yataklı veya yataksız tedavi kurumlarına “resmi sağlık kurumu”, hükümet, sağlık ocağı, belediye ve kurum tabipliklerine de “resmi sağlık kuruluşu” denir”.

Vakıf hastanelerinde vakıf yönetimi bir devlet kurumuna verilmiş ise, bu hastaneler de kamu hastanesi statüsündedir. Buna karşılık tesis ve idaresi devlet teşkilatından başkasına verilmiş, yani vakıf senedi ile mütevellî heyeti teşkil edilmiş vakıf hastaneleri özel hastane sayılmaktadırlar.

Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerden dolayı sorumluluk, kural olarak tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinindedir. Ancak ayrıca hastanenin sorumluluğu da söz konusu olabilir. Ceza hukuku açısından ise şahsi sorumluluk geçerlidir.

Özel hastanelerde gerçekleşen kusurlu tıbbî müdahaleler bakımından devletin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak devletin bu kuruluşları denetim ve gözetim yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesinden kaynaklanan bir zarar varsa, devlet de bu zarardan dolayı sorumlu tutulabilecektir.

Kamu hastanelerinde çalışan personelin çoğu da kamu görevlisi statüsündedir. Bu nedenle, kamu hastanesine müracaat eden bir hasta ile hastane ve/veya sağlık personeli arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmamaktadır. Hastane ile hasta arasında bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, tıbbi müdahaleden doğan zararlarla ilgili olarak idare hukuku kuralları uygulanacaktır. Nitekim Anayasa'nın 129/5. maddesine göre,

“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”.

Keza Anayasa'nın 40/3. maddesine göre,

“kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumluluğu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”.

Görüldüğü üzere, özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı, hastane işleticisinin sorumluluğu gibi, kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı da tazminat sorumluluğu devlete aittir. Bu itibarla, tazminat davası idareye karşı açılacak, ancak idare sorumlu olan hekime veya diğer sağlık personeline rücu edebilecektir. Bütün bunlar, hekim veya diğer sağlık personelinin şahsi sorumluluğunu engelleyici nitelikte değildir. Ceza hukuku açısından ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, suç oluşturan eylemi gerçekleştiren sağlık personeli bizzat sorumlu tutulacaktır. Ancak bu açıdan da, idarenin kusuru bulunduğu takdirde, hastane yöneticilerinin de cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43. maddesinde de konu düzenlenmiştir.

Yargıtay da belirtilen esaslara uygun kararlar vermektedir: “Davacının yakınlarının doğum için ... hastanesine yattığı ve durumun doktor müdahalesini gerektirdiği ve bu yüzden davalı doktora haber verildiği halde hastaneye gelmemesi sonucu müdahale edil-

meyen hastanın ölümü üzerine davacılar davalı doktordan maddi ve manevi tazminat talep etmişler ve mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Davalı, devlet hastanesi doktoru ve kamu görevlisidir. Davanın kanunun açık hükmü karşısında ona yöneltilmesi mümkün değildir. Davalı doktorun ceza mahkemesinde mahkûm edilmiş olması da sonuca etkili olamaz”. Üniversite hastaneleri kamu hastanesi niteliğinde olduğundan sorumlu üniversitedir: “Üniversite bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle davalı üniversiteye bağlı bir sağlık kuruluşu olan tıp fakültesinde görülen hizmet, bir kamu hizmeti niteliğindedir. Davacının iddiasına göre, hizmet iyi işlememiş ve kendisi bu yüzden zarar görmüştür. Olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemek ve davacının tazminat talebi hakkında karar vermek görevi ise idari yargı yerine aittir. Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği kararlarda, bir kamu kurumunun kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında kişiye verdiği zararın tazmini istemine ilişkin davanın incelenmesi ve kamu hizmetinin yöntemine göre yapıлып yapılmadığının tespitinin idari yargı görevine girdiğini açıklamaktadır⁴².

Buna karşılık Yargıtay, hekimin tıbbi müdahalede geciktiği ve uygulanan antibiyotik tedavisinin yetersiz kaldığı bir olayda hekim hakkında açılan ceza davasında mahkûm olduğu ve karara esas alınan Yüksek Sağlık Şurası kararına göre, “yaranın depritmanında gecikilmekle birlikte, antibiyotik tedavisinde de geç kalındığı, bu nedenle 2/8 kusurlu olduğu” belirtildiğine göre, “davalı hekimin salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkûmiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen **salt kişisel kusuru** ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır” gerekçesiyle, davanın idareye karşı açılması yönündeki direnme kararını bozmuştur. Kanımca

42 Karara konu olayda, devlet hastanesinde görevli hekimin yanlış teşhis ve tedavisi sonucu uğranılan zararın tazmini istenmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa'nın 129/5. maddesi ve 657 sayılı kanunun 13. maddesine göre, kamu hukukuna tabi bir görevli ile ilgili olarak uğranılan zarar söz konusu olduğundan, uyuşmazlığın çözümünün idari yargıya ait olması gerektiğine hükmetmiştir, 14.10.1991, 28/28.

bu istisnai karar hatalıdır. Burada hekimin diğer hatalı tıbbi müdahalelerde söz konusu olan kusurundan farklı bir kusuru söz konusu değildir. Bu şekilde benimsenecek olursa, kamu görevlisi hekimlerin tıbbi müdahalelerindeki hatalarının esasen kişisel nitelikli olduğu da unutulmamak gerekir. Bu nedenle, Yargıtay'ın burada "salt kişisel kusur" kavramını yanlış yorumladığı kanaatindeyim. Yargıtay yukarıda belirttiğim Hukuk Genel Kurulu kararında ayrıca şöyle bir belirleme yapmıştır: "Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır". Bu şekilde kabul edilecek olursa, hekimin öncelikle ceza mahkemesi tarafından mahkûm edildiği bütün hallerde kişisel kusurun bulunduğunu kabul etmek gerekecektir ki, kanımca bu Anayasa'ya uygun bir yorum şekli değildir. Kaldı ki, Yargıtay 4. HD'nin 1992 tarihli bir kararında aksi yönde görüş belirttiğini yukarıda ifade etmiştim.

Olması gereken hukuk açısından kanımca şahsi kusur ve organizasyon kusuru ayırımı yapılmalıdır. Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde kusur sağlık personelinin şahsi kusuruna dayanıyorsa, bizzat bu personel dava edilebilmeli; buna karşılık organizasyon kusurunun bulunduğu hallerde idare dava edilmelidir.

Belirtelim ki, her ne kadar özel hastaneler bakımından daha yüksek bir standart aranmaktaysa da, hekim kusuru bakımından, kamu görevlisi olan hekimler hakkında idari yargıda açılan davada Danıştay'ın tıp mesleğinin içinde riziko barındırması nedeniyle, ancak ağır kusur halinde sorumluluğun kabul edileceğine ilişkin birçok kararı karşısında, özel hekimler tarafından yapılan kusurlu tıbbi müdahaleler bakımından Yargıtay'ın hafif kusuru yeterli görmesi, adaletsiz bir uygulamadır.

Özel hastanelerde daha yüksek bir standart aranmakta olması, kamu hastanelerinin sağlamak zorunda buldukları standart ve özen yükümlülüğü noktasında o ülkede geçerli tıbbi standardın gerisine düşmesini haklı kılmaz.

Bu konuda son olarak iki sorun üzerinde durmak gerekir. İlkin, kamu hastanelerinde özel ücret karşılığında yapılan tıbbi müdahalelerde sorumluluğun kime ait olacağıdır. Burada da genel kurallara gereğince, sorumluluğun yöneltileceği hukuk süjesi bizzat hekim değil, idare olacaktır. Hekim ise ancak kişisel kusuru halinde sorumlu olacaktır. Sonuçta ücret karşılığında da olsa bir kamu hizmetinden yararlanma söz konusu olduğundan, burada söz konusu olan farklı bir hukuksal ilişki değildir.

İkinci sorun ise, son dönemde aslında kamu hastanelerinde tıbbi müdahale hakkına sahip olan hastaların, özel hastanelere de başvurmaları olanağı tanınmasıyla, özel hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan zararlar bakımından idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Esasen bu takdirde genel kurallara göre, tıbbi müdahaleyi yapan hekimin kamu görevlisi olmaması ve hastanenin de özel hastane niteliğinde olması dolayısıyla özel hastanenin sorumlu olacağı söylenebilir. Ancak İdare Hukuku Öğretisi'nde hizmetin asıl sahibinin idare olması ve idarenin özel hukuk kişilerinden sadece hizmet satın alması nedeniyle esasen kamu hizmeti ile idare arasındaki ilişkinin devam ettiği, özel hastanedeki personelin de idare adına faaliyette bulunduğu, bu durumda sorumluluğun yine idareye ait olacağı da savunulmaktadır.

Askeri hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı oluşan zararlar dolayısıyla görevli yargı yeri, esasen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Ancak, bunun için dava konusu tıbbi müdahalenin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması gerekir. Buna karşılık tıbbi müdahalenin, asker kişinin çocuğuna yönelik olması halinde görev Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne değil, genel idari yargı yerine aittir. Keza tıbbi müdahale asker kişiyi ilgilendirse bile, askeri hizmete ilişkin değilse, yargı yeri Askeri Yüksek İdare Mahkemesi değildir. Böylece hastanın rahatsızlığının artarak sürmesine rağmen hastaneye sevkini yapmayan ve ölümle sonuçlanan olayda kişisel kusuru bulunan askeri hekim ile ilgili tazminat davasına askeri yargı bakmayacaktır.

Tıbbi müdahalenin yapıldığı hastane, hekimi istihdam eden hastane olmasa bile, hastane meydana gelen zararlardan sorumlu

olur. Uygulamada, hamilelik döneminde hekim gözetiminde olan hastanın doğumunun, aynı hekimin önerisi doğrultusunda bir özel hastanede sezaryenle gerçekleştiği olayda, hekimin kusurlu tıbbi müdahalesinden hastanenin de sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Yüksek mahkemeye göre, hasta ile hekim arasında doğrudan doğruya; sağlık tesisi ile de hekim vasıtasıyla vekâlet ilişkisi kurulmuştur. Hastanın hastanenin olanaklarını, bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisin de kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla hastane, hekimin yapacağı tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını, bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda hekimin tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan hastane de hekimle birlikte sorumludur.

5. SONUÇ

Geniş anlamda Sağlık Hukuku, dar anlamda ise Tıp Hukuku olarak isimlendirebileceğimiz alan, bugüne kadar daha çok sağlık personelinin ilgilendiği bir alan olmuş; ülkemizde hukukçular bu alana büyük ilgi göstermemiştir. Ancak son yıllarda bu alanın ilgi görmeye başladığı, bu konularda birçok bilimsel yayın yapıldığı ve bilimsel toplantıların düzenlendiği görülmektedir⁴³. Konu kamuoyunun da ilgisini çekmeye başlamıştır. Özellikle yeni Türk Ceza Kanunu ile birlikte, sağlık personeli konuya eğilme ihtiyacı hissetmiştir.

Henüz müstakil bir hukuk alanı olmamasına rağmen, tıp hukuku alanı özellikle disiplinlerarası yönü itibarıyla uzmanlık gerektiren bir alandır. Bu alanda ülkemizde ana bilim dallarının kurulması, sırf bu alanda üst düzeyde bilimsel çalışmalar yapılması, doktora programları açılması gerekmektedir. Özellikle yargı kararlarının henüz teoriye yol gösterecek nitelikte olmaması büyük bir sorundur ve uygulamacıların da bu alanda bilgilendirilmeye gereksinimi vardır.

43 Alanındaki ilk bilimsel toplantı olan ve ilki 2005'te yapılan Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumlarının yedincisi 2010 yılında yapılacaktır.

Konunun bu kadar sorununun yanında temel sorunu mevzuat sorunudur. Konuya ilişkin birçok bakımdan boşluk olması bir yana, mevcut mevzuat da neredeyse yüz yaşına yaklaşmaktadır. O nedenle Sağlık Bakanlığı'nın temel alanlarda mevzuat çalışması yapması ve önemli konuları yönetmeliklerle düzenlemekten vazgeçmesi gerekmektedir.

Son olarak, tıp hukuku alanında SGK'nın rolü belirginleşmeli ve sağlık politikasının belirlenmesi rolünü üstlenmesine izin verilmemelidir.



HUKUKİ KURUM RIZANIN, TIP CEZA HUKUKUNDA GEÇERLİ OLARAK KURULMASI

Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ, LL.M¹

I. Giriş

Ceza hukukunda rıza², anayasal hakların kullanılarak, bireyin ceza hukukunca korunan hukuki değerlerinin, başkası eliyle zarar görmesine izin vermesi olanağı yaratan; bu anlamda söz konusu suç şekline göre, ya haksızlığın oluşmasını önleyici (tipikliği ortadan kaldıran bir sebep) ya da hukuka aykırı bir eylemi, hukuka uygun hale getirici (hukuka uygunluk sebebi) bir etki gösteren, hukuki bir kurumdur. Bununla birlikte, tıp ceza hukukunda rıza, sadece hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı bir etki göstermesi sebebiyle, bir hukuka uygunluk sebebi olarak genel olarak kabul görmekte, koşulları açısından ceza hukukundaki rıza kurumu ile karşılaştırıldığında ise, kendine özgü niteliklerinin olduğu saptanmaktadır.

Bu çalışma, tıp ceza hukukunda rızanın hukuken geçerli bir şe-

- 1 Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku ve Türk Hukuk Dili dersi araştırma görevlisi; Bielefeld Üniversitesi Hukuk Fakültesi ceza hukuku doktora öğrencisi.
- 2 Rıza, Arapça kökenli bir kelime olup, istemek, izin vermek, olur bildirmek ve onamak anlamına gelmektedir. Bkz. Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, s. 1457; TDK, Türkçe Sözlük, s. 1657. Rıza kavramı yerine aslında, kavramın Türkçe karşılığı olan, onama ve olur verme kavramlarının kullanılması, daha yerinde olurdu. Ancak, Türk hukuk bilimsel çevrelerinde ve TCK'nın bizzat içerisinde, rıza kavramının alışlagelmiş kullanımı ve bu kullanımın oturmuş olması sebebiyle, yeni bir kavram kargaşasına sebep olmamak adına, bu çalışma çerçevesinde de rıza kavramı kullanılacaktır.

kilde kurulması ve buna ilişkin koşulların belirlenmesi ile sınırlandırılmış olup; konu Almanya, Avusturya ve Türkiye ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Söz konusu ülkeler arasında, koşullara ilişkin esaslı farklılıklar bulunmamakla birlikte, rıza geçerlilik koşullarının içeriklerine ilişkin, hiç de önemsiz olmayan ayrılıkların olduğu göze çarpmaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak, hukuki kurum rızanın, söz konusu ülkeler “ceza hukukundaki” varoluş sebepleri karşılaştırmalı olarak ele alınacak, arkasından, bu ülkelerde “tıbbi müdahalelerin” ceza hukuku açısından nasıl değerlendirildiklerine değinilecektir. Bunun sonrasında, yine ülkeler açısından karşılaştırmalı olarak, “tıp ceza hukukunda” rızanın geçerli bir şekilde kurulması koşulları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Sonuç olarak, çalışmanın amacına uygun olarak, tartışmalı noktalara ilişkin, kişisel çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

II. Hukuki kurum rızanın varoluş gerekçesi

Avrupa’da kökleri, eski Roma hukukundaki “volanti non fit iniuria” (kişi zarara rıza gösterdiğinde, haksızlık oluşmaz) ilkesine³ dayanan rıza, bugün Almanya, Avusturya ve İsviçre’de, ceza hukukunda açıkça “genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmemiş”⁴ olsa da, hem bilimsel çevrelerde, hem de yargı içtihatlarında, hukuka aykırılığı ya da tipikliği kaldıran bir sebep olarak, kabul bulmuştur. Bununla birlikte, Almanya ve Avusturya’da, Ceza Kanunu Özel Hükümler içerisinde, sadece “vücut bütünlüğü hukuki değeri” üzerinde gösterilebilecek rızaya özgü, “özel bir hüküm” yer almaktadır. Alman CK 228. ve Avusturya CK 90. maddesinde, ilginin rızasıyla etkili eylemde bulunan kişinin, bu eylem ahlaka aykırı olmadığı sürece, hukuka aykırı hareket etmiş olmayacağı belirtilmektedir.

3 Krş. Jescheck/Weigend, AT, § 34 II 2; Kühl, AT, § 9 Sn. 20; Köhler, AT, § 5 II 1.3; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 453.

4 Bkz. Kühl, AT, § 9 Sn. 20; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Sn. 3; Kindhäuser, AT, § 15 Sn. 10; Gropp, AT, § 6 Sn. 37; Köhler, AT, § 5 II 1.3; BGHSt 11, 241 (244); Avusturya için bkz. Wiener-Kommentar-Burgsteller/Schütz, § 90 Sn. 1; İsviçre için yine Wiener-Kommentar-Burgsteller/Schütz, § 90 Sn. 4.

Rızanın, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebi ya da tipikliği ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul görmesi hususu, Türkiye için de geçerlidir. İslam ceza hukukunun geçerli olduğu yıllarda dahi, ilgilinin üzerlerinde kullanma yetkisinin bulunduğu bir hakkının, üçüncü kişiler eliyle zarar görmesine olanak tanıyan rızası, failin cezalandırılmasını ortadan kaldıracak bir etkiye sahipti.⁵ Yeni Ceza Kanunu'nunda⁶ rızanın genel hükümlerde bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmesinden önce de rıza, hem bilimsel çevrelerde⁷, hem de yargı içtihatlarında⁸, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görmekteydi. Bugünkü TCK'nın 26 II maddesine göre rıza, fiilin hukuka uygunluğunu ortadan kaldıran, "genel" bir "hukuka uygunluk sebebidir"⁹. Söz konusu maddeye göre, kişinin üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin bulunduğu bir hukuki değerinin (hakkının) zarar görmesine yönelik verdiği rızasına dayanarak hareket eden kişi, bu eyleminden dolayı cezalandırılmayacaktır.

Bugün bu ülkelerde oturmuş genel kaniya göre, rıza gösterme yoluyla hak sahibi, bireysel özerklik (otonomi) hakkını -Türkiye'de sıklıkla kullanılan tabiriyle "kendi geleceğini belirleme hakkını-kullanmaktadır. Keza, bireysel özerklik kavramı bireyin, kendi özgür iradesiyle, kendi hukuki değerleri üzerinde, özgürce tasarrufta

- 5 Bkz. Avcı, s. 67, 69, 173, 222, 242; rıza malvarlığına karşı suçlarda, tipikliği ortadan kaldıran bir etkiye sahipti.
- 6 Bir hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, 2000 yılına ait TCK Tasarısı madde 29 II'de; 2004 yılına ait TCK Tasarısı madde 26 II'de de öngörülmüştür.
- 7 Krş. eski ders kitaplarından sadece Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH, S. 496.
- 8 Krş. YCGK 1999/5-59, 1999/64; YCGK 1999/6-302, 1999/313, Özbek, TCK Anlamı I, § 26 s. 370 içinde.
- 9 Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, TCK Şerhi, § 26 s. 385; aynı görüşteki Yargıtay kararları için krş. YCGK, 11.03.2008, 200/5-253-2008/52, YKD Kasım 2008, s. 2225 içinde; 5. CD, 30.01.2006, 2005/18695-2006/361, www.adalet.org sitesinde, 10.04.2009 tarihinde erişim. Bununla birlikte, rızasızlığın suçun maddi öğeleri içerisinde açıkça ya da örtülü olarak anıldığı bazı suçlar açısından rıza, bir hukuka uygunluk sebebi değil, tersine, "tipikliği ortadan kaldıran bir sebep" olma özelliği göstermektedir. Örn. bkz. TCK m. 99 I, 101 I, 116 I, 132 III, 133 II, 141 I, 163 II, 245 I ve örtülü olarak iradesi dışında kavramının suçun maddi öğesi içine dahil edilmesi gereken cinsel saldırı suçu TCK m. 102, 103. Tıbbi müdahalelerdeki rıza, girişte de belirtildiği üzere, tipikliği değil, hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir.

bulunabilme imkanına sahip olması anlamında olup, bireye ayrıca hukuk alemince korunan hukuki değerlerine zarar vermeyi, üçüncü bir kişiye devretmeyi bizzat belirleme olanağını da vermektedir.

Bu anlamda rıza, anayasal temelini, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına dayanan, “bireysel özerklik (kendi geleceğini belirleme hakkı) hakkında” (Alman Anayasası m. 2 I; Avusturya Anayasası m. 5 ve 6; Türk Anayasası m. 17 I) ve buna bağlı olarak da, insan öz saygınlığının (insan onuru) dokunulmazlığı ilkesinde (Alman Anayasası m. 1, Türk Anayasası m. 17 III) bulunmaktadır. Yani tüm ülkelerde belirleme özerkliği hakkı, anayasal temelde, insan öz saygınlığının (onuru) dokunulmazlığı ile sıkı sıkıya ilişkilendirilmekte ve bu hakkın, insan öz saygınlığının korunmasına doğrudan hizmet ettiğine açıkça vurgu yapılmaktadır.¹⁰ Ayrıca kendi geleceğini belirleme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da, özellikle yaşam hakkı, insanı olmayan ya da küçültücü muamelelerden koruma, özgürlüklerin ve özel hayatın korunması hakkından (AİHS 2., 3., 5., 8. madde) çıkarılarak korunmaktadır.¹¹

Açıklamalara göre rıza, hukuka aykırı bir eylemi hukuka uygun kılacak, kökleri anayasal korunan temel haklara dayanan, hukuki bir kurumdur. Bu durumda, rızanın hukuka uygunluk yaratacak şekilde etki göstermesi, öncelikle ortada hukuka aykırı bir eylemin var olmasına bağlıdır. Şimdi bu durumda, haklı olarak, tıp ceza hukukunun da ana konusunu oluşturan, tıbbi müdahaleler açısından, şu soru sorulacaktır: Tıbbi müdahaleler hukuka aykırı eylemler midir ki, rıza bu eylemleri hukuka uygun hale getirecek bir etkiye sahip olsun? Bu durumda, bu soruya yanıt verebilmek için, söz konusu hukuk sistemlerinin, bu eylemleri nasıl değerlendirdiğine kısaca bir bakmak gerekir.

10 Bu konuda çok açık ifadelerle Almanya ve Avusturya açısından krş. Barta/Kalchschmid-Gannar, S. 136 vd.

11 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Barta/Kalchschmid-Gannar, s. 138.

III. Tıbbi müdahalelerin ceza hukuku açısından değerlendirilmesi

Tıbbi müdahale (der ärztliche Eingriff) kavramı, içinde, hem iyileştirme amaçlı (Heilbehandlung; sağlık bilimleri dilinde daha çok tıbbi gerekliliği olan –endikasyon–), hem de iyileştirme amacı olmayan müdahaleleri barındıran, geniş bir kavramdır. İyileştirme amaçlı olan tıbbi müdahalelerden, yeniden sağlığa kavuşturmaya, hastalıkların iyileştirilmesine, hastalıklara bağlı neticelerin önlenmesi veya azaltılmasına, hastalıkların önlenmesi ve kötüleşmelerinin engellenmesine yönelik olan, tüm tedavisel tedbirler anlaşılmaktadır.¹² Bu anlamda iyileştirme amaçlı tıbbi müdahalelerin belirleyici niteliği, tıp sanatı kurallarına uygunluk, tıbbi gereklilik (endikasyon) ve sağlık çalışanının iyileştirme iradesidir.¹³ Ancak her tıbbi müdahale, iyileştirme amacı taşımamaktadır (örneğin, somut olaya göre, estetik ameliyatlar, organ nakli, istenmeyen çocuğun aldırılması).

Her ne kadar “Alman ceza hukuku bilimsel çevrelerinde”¹⁴, hukuka aykırı addedilmese de, çok yerinde olarak bugün Alman¹⁵,

12 Krş. Posselt-Wenzel, s. 23; Wiener-Kommentar-Bertel, § 110 Sn. 2.

13 Kröger, s. 12.

14 Bkz. sadece Otto, GK, § 15 Sn. 11, 12 başarılı, iyileştirmeyi amaçlayan, tıp sanat kurallarına uyarak yapılan müdahaleleri, yaralama olarak görmemekte; neticeye dayanan farklı bir kuram için bkz. S/S/C-Eser, § 223, Sn. 31. Ancak Alman özel hukuk bilimsel çevreleri, ceza hukuku bilimsel çevrelerinden farklı olarak, baskın bir şekilde, tıbbi müdahaleleri, etkili eylem olarak değerlendirmektedir.

15 Bkz. İmparatorluk Mahkemesi kararı RGSt 38, 34 (34); Yargıtay (Almanya Federal Mahkemesi) kararları BGH NJW 1956, 1106 (1106); NStZ 1996, 34 (34); NJW 1971, 1887 (1887); Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararı Hamburg NJW 1975, 603 (603); aynı şekilde özel hukuk yargılamasında da krş. BGHZ NJW 1971, 1887 (1887); Köln NJW 1978, 1690 (1690); bilimsel çevrelerde aynı şekilde Krş. Baumann, NJW 1958, s. 2093; Kröger, a.e., s. 12; buna karşılık, tıbbi sanat kurallarına uymanın, tipikliği ortadan kaldıracığına ilişkin eskilerden Engisch, ZStW 58 (1939), s. 5; Welzel, s. 37; neticeye göre, yani müdahalenin başarıyla ya da başarısız sonlanmasına göre ayırarak tipikliği kaldırmayı ele alan Beling, ZStW 44 (1924), s. 225; Bockelmann, s. 66; tıbbi müdahaleleri mesleki hakka dayandırarak hukuka uygun kılmaya çalışan eskilerden v. Liszt, s. 148; Binding, s. 802, 803.

Avusturya¹⁶ ve Türkiye¹⁷ yargısı, iyileştirme amaçlı olsun olmasın, tüm tıbbi müdahaleleri, şekil veya neticelerine bakmaksızın, “suç tipine uygun etkili eylem (yaralama)” olarak değerlendirmektedir. Bu anlayışa göre, hekimin hasta üzerine neşteri vurmasıyla, yaralama eylemi son bulmaktadır.¹⁸

İlk olarak belirtmek gerekir ki, tıbbi müdahalelerin, iyileştirme amaçlı, sanat kurallarına uygun ve başarılı oldukları sürece, hastanın rızasına gerek duyulmaksızın, etkili eylem suçunun maddi öğelerini oluşturmadığına ilişkin, Alman ceza hukukunda yaygın olan görüşün kabul edilmesi söz konusu olamaz. Keza, görüş, kendi içinde sonuçları açısından aşırı belirsizlikler taşıyan ve başarılı-başarısız ayrımını yaparak, eşitliğe aykırı neticelere sebep olacak, bir çelişkiler yumağıdır. Görüşü reddin en önemli diğer bir sebebi ise, bu görüşü kabulün, bugün bireysel özerklik hakkının korunmasına ve insan öz saygınlığının dokunulmazlığına ilişkin Avrupa’da gelmiş olan tüm hukuki süreci geriye doğru işletme anlamına, gelecek olmasıdır.

Bu durumda, hekimin, hastanın vücut bütünlüğünü iyileştirme amaçlı olsa dahi, bozmaya yönelik tıbbi müdahalesi, hukuka aykırı bir eylem niteliği taşımaktadır. Bu eylemin hukuka uygunluğu, ancak bir hukuka uygunluk sebebinin varlığıyla mümkün olabilecektir. Bu hukuka uygunluk sebebinin ne olacağı sorusuna ilişkin görüşler arasında ise, hekimin genel olarak “mesleğini yerine getirme hakkı” (TCK m. 24 kapsamında, kanun emrine dayalı, görevin yerine getirilmesi) olduğuna ilişkin değerlendirmeler, artık bugün Almanya’da

16 Krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Scütz, § 90 Sn. 87; Wiener Kommentar-Bertel, § 110 Sn. 5.

17 Burda özel hukuk yargılamasından bazı kararlar anılabilir. krş. Yargıtay, 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750, Yargıtay’ın resmi sitesi, 12.04.2009 tarihli erişim; Yargıtay 4. HD, 7.3.1977, 6297/2541, YKD, 1978, S. 907, 909 içinde. Türk yargısı, her ne kadar kararlarında konuyu doğmatik açıdan ayrıntılı olarak ele almamış olsa da (özellikle ceza hukukuna ilişkin kararlarda), mevcut yasal düzenlemeler ve uluslararası sözleşmeler ile uyumlu olarak ve diğer Avrupa ülkeleri yargı mercileriyle uyum içinde karar vermektedir. Ayrıca, buradaki görüşün aksine de bir kararı bulunmamaktadır.

18 Krş. İmparatorluk Mahkemesi kararı RGSt 25, 375 (383).

anılmamakta, Türkiye’de¹⁹ ise hala yer yer savunulmaktadır.

Bu görüş eleştirilmelidir. Keza, hekimin mesleğini yerine getirmesi hakkı, öncelikle hastanın iyileşmeyi “talep etmesinin”²⁰ bir neticesi olarak doğmaktadır. Yani, hekimin bilinci yerinde olan hasta bir bireye, “kendiliğinden” müdahale hakkı bulunmamaktadır. Neticede, insan öz saygınlığına dokunulmamasına da dayanan, bireysel özerklik hakkının, hekimin mesleğini icra hakkıyla karşılaştığında, elbette ki ona üstün geleceğinden, hiç kuşku yoktur. Ayrıca bu çıkarım, Türkiye tarafından da imzalanmış olan, hastaların öz saygınlıklarını koruma amacına hizmet eden, Biyotıp Sözleşmesi’ne de uygun düşecektir. Netice olarak belirtilmelidir ki, hekimin mesleğini gerçekleştirme hakkını, her türlü tıbbi işleme yayararak, her tıbbi müdahale için bir hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli kabul etmek, “keyfilik kapılarını”²¹ açarak, hastaları tıbbi müdahalelerin nesnesi haline getirecek olan, kabulü demokratik bir ülkede mümkün olmayan, son derece tehlikeli bir düşüncedir.

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirecek, hukuka uygunluk sebebi öncelikle olarak, hastanın rızasıdır. Keza, anayasal bir hak olan bireysel özerklik hakkı, ceza hukukunda “rıza” kurumunda

19 Örneğin Soyaslan, GH, S. 354; Yenisey, TBB, s. 870; buna yönelik eleştiri bkz. Hakeri, TH, s. 286; Soyaslan, GH, s. 354 tek başına “tıbbi müdahaleyi” bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmektedir. Ona göre hekim, tıbbi müdahalede bulunarak, “meslek hakkını” icra etmektedir. Cezalandırmamak için önemli olan ise, tıbbi sanat kurallarına uygun ve iyileştirme amacıyla hareket etmektir; benzer şekilde Centel/Zafer/Çakmut, KKIS I, s. 131 vd.; Yenisey, TBB, s. 870 ise, sanat kurallarına uyularak yapılan tıbbi müdahaleyi hekimin meslek icrası olarak görmekte ve hukuka aykırı bulmamaktadır; ayrıca burada kabul görmeyecek başka farklı görüşler de savunulmaktadır. Hakeri, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu üç koşulun gerçekleşmesine bağlamaktadır: Tıbbi gereklilik, müdahaleyi yapanın hekim olması ve rıza; aynı şekilde Erman, s. 77; İslam ceza hukuku zamanında ise, tıbbi müdahale, ilgilinin izni ve tıbbi hata olmaması koşuluyla, tek başına bir hukuka uygunluk sebebiydi bkz. Avcı, s. 69.

20 Kröger, s. 12.

21 Öztürk, TBB, s. 106’ün, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunlarının tartışıldığı, Tıp Ceza Hukuku Sempozyumu’nda, hukukçuların hasta-hekim ilişkisinde yerlerinin olmadığına dair, istediği keyfi kararları uygulamakta hekimin özgür olduğunu belirten bir hekimin, korkunç iddialarına yönelik verdiği örneği burada anmak, tek başına yeterlidir.

vücut bulmakta, ceza hukuku da bu kuruma geçerlilik tanıma yoluyla, bu hakkı güvence altına almaktadır. Bu sebeple, çok yerinde olarak, gerek Yargı içtihatlarında²² gerekse uluslararası belgelere dayanılarak yapılan iç hukuk düzenlemelerinde²³, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayacak kurumun, öncelikle hastanın “rızası” olduğu açıkça anılmaktadır. Hastanın rızasının bulunmadığı her tıbbi müdahale, eğer ortada başka bir hukuka uygunluk sebebi, sırasıyla “varsayılan rıza, zorunluluk hali ya da rızanın aranmayacağına ilişkin kanuni bir düzenleme” bulunmadığı sürece, ister tıp sanatı kurallarına uygun, ister başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiş olsun, hukuka aykırı olacaktır.

Rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak etki gösteremediği durumlar için, kısaca şu açıklama yapılabilir: Bilinci yerinde olmayan hastalar açısından, varsayılan rıza kurumu, hekimin mesleğini yerine getirme hakkından önce gelecek olan, bir hukuka uygunluk sebebi olarak devreye girecektir. Keza bunun da altında yatan sebep, biraz önce de anıldığı gibi, bireysel özerklik hakkının ve insan öz saygınlığının dokunulmazlığının, hekimin mesleğini yerine getirme hakkından üstün olmasıdır. Zorunluluk sebebiyle müdahalede bulunmak durumunda kalan hekim ise, yine TCK'nın 25. maddesinde düzenlenmiş olan, zorunluluk hali sebebiyle hastaya müdahale edecektir. Yine burda hekim, mesleki bir hakkı gerçekleştirmekten ziyade, her birey gibi, sosyal dayanışmaya dayanan “bir başkasının tehlikeye uğrayacak haklarını, bu tehlikeden koruma yükümlülüğünü” yerine getirmektedir. Hekimin kanun hükmünü yerine getirmek amacıyla gerçekleştirdiği bir eylem, “yalnızca”, ilgilinin rızasına aykırı hareket edilmesinin, kamu yararı, suçların aydınlatılması vs.

22 Bkz. sadece Yargıtay kararı BGH NStZ 2004, 442 (442); krş. ayrıca Kröger, s. 98, 99.

23 Biyotıp Sözleşmesi'nin 5 I. maddesinde açıkça, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin yapılabilmesi, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak onay vermesine bağlıdır. Bu durum ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde de yansımıştır, mesela Avusturya Ceza Kanunu 110. maddesi rızasız tıbbi müdahaleyi ayrıca bir suç türü olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Türkiye'de ise, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, tıbbi müdahalede bulunma, rızanın varlığına bağlanmıştır.

amacı ile kanunen zorunlu kılındığı, “zorlayıcı tıbbi müdahaleler” için söz konusu olabilir.²⁴ Bunlara örnek olarak, CMUK m. 75; 76; 78; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 57. maddesi gösterilebilir. Böyle bir düzenleye dayanarak, mesleğinin ve kanun emrinin gereklerini yerine getiren hekimin eylemi, TCK’nın 24. maddesinde belirtilen koşullara uygun olduğu sürece, cezai bir yaptırımla karşılanmayacaktır.

Sonuç olarak, tüm açıklanan gerekçelerle ortaya konulmuştur ki rıza, hukuk aleminde, özünde yaralama suçu kabul edilen tıbbi müdahaleyi, hukuka uygun hale getirme etkisi olan, bu sebeple de tıp ceza hukukunda, çok önemli bir yeri olan, bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu durumda, rızanın koşullarının geçerli bir şekilde kurulması da, bir o kadar vazgeçilmez olmaktadır.

III. Hukuka uygunluk sebebi rızanın, tıp ceza hukukunda geçerli olarak kurulması

Tıp ceza hukukunda rızanın hukuken geçerli bir şekilde kurulmasına ilişkin koşullar, Türkiye, Almanya ve Avusturya’da, temelde büyük farklılıklar göstermemekte; farklılıklar çoğunlukla, koşulların içeriğine ilişkin olmaktadır.

Bu anlamda, tıp ceza hukukunda rızanın geçerli bir şekilde kurulması²⁵, rızanın nesnel ve öznel geçerlilik koşullarının, mevcut rızada bulunmasına bağlıdır. Rızanın nesnel geçerlilik koşullarından, tüm ülkelerde anılan ilk geçerlilik koşulu, kişinin üzerinde kullanım yetkisinin olduğu bir hukuki değer üzerinde rıza gösterebilecek olmasıdır. Hak sahibi, tıp hukukunun temel konusunu oluşturan, yaşama ve vücut bütünlüğünün korunması hukuki değeri (hakkı) açısından, kendisine tanınan sınırlar dahilinde kullanımda bulunabilir. Tıp ceza hukuku açısından söz konusu ülkelerle, Türkiye arasındaki en

24 Özgenç, TCK Şerhi, § 24 s. 355, ise varsayılan rıza ve zorunluluk hali sebebiyle hukuka uygun hale gelebilecek tıbbi müdahalelerde, bu kurumlar yerine, görevin yerine getirilmesi kurumunun işlerlik kazanacağını savunmaktadır.

25 Almanya’da rızanın koşullarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rönnau, JURA 2002, s. 665 vd.; Amelung/Eyman, JuS 2001, s. 937 vd.

önemli farklılık, özellikle yaşam hakkının kullanım sınırlarının belirlenmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Rızanın ikinci geçerlilik koşulu, hak sahibinin rıza ehliyetine sahip olmasıdır ki, bunun belirlenmesi görevi de, kural olarak müdahalede bulunacak sağlık çalışanına (hekime) düşmektedir. Rıza ehliyeti bulunan küçüklerde, onların kararlarının göz önünde bulundurulması gerekliliği açısından, yine Türkiye ile söz konusu ülkeler arasında, farklılıklar bulunmaktadır. Rızanın hukuken geçerli bir şekilde kurulması açısından tıp hukukunda esaslı bir ağırlığı olan diğer bir koşul ise, “aydınlatmadır”. Hekimin, rıza ehliyetinin sağlıklı bir şekilde oluşmasını sağlanmasına hizmet edecek olan “aydınlatma yükümlüğüne” uygun hareket etmesi gerekecektir. Buna ilaveten, rızayı yaratan iradenin, sağlıklı doğması, yani sakatlanmamış olması gerekir. Rıza, herhangi bir şekilde tabi olmamakla birlikte, müdahaleden önce mutlaka açıklanmış ve geri alınmamış olmalıdır. Son olarak, rızanın öznel geçerlilik koşulu olarak, rızanın varlığının, hekim tarafından bilinmesi gerekir.

1. Rızanın nesnel geçerlilik koşulları

1) Hukuken korunan bireysel hukuki değerler üzerinde kullanım yetkisi

Biraz önce de belirtildiği gibi, rızanın hukuken geçerli bir şekilde kurulabilmesinin ilk koşulu, saldırıya uğrayacak hukuki değer üzerinde, rıza verenin kullanım (tasarruf) hakkına sahip olmasının gerekmesidir.²⁶ Bu gereklilik, TCK m. 26 II’de açıkça belirtilmiştir.

26 Türkiye’de, üzerinde tasarrufta bulunacak hukuki değer belirlenmesini, kurumsal varoluş amacı farklı olan şikayet kurumuyla karıştırarak, takibi şikayete bağlı suçlarla açıklamaya çalışan görüşler bulunmaktadır. Bkz. örn. Özbek, YTCK Anlamı I, § 26 s. 368; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Şen, YTCK Yorumu I, § 26 s. 74 . Ancak, rızaya ehil olan hukuki değerlerin ve bunların kullanımına ilişkin sınırların belirlenmesinde, rızanın varoluş sebepleri göz önünde bulundurulmalıdır. Şikayet hakkıyla rızaya ehil hukuki değerleri belirlemeye çalışan görüşlere yönelik farklı eleştiriler için bkz. Ünver, YÜHFD, Sayı 2, 2006, s. 252 vd.; temelde karşı çıkmasa da, sorunlu yanlara dikkat çeken Koca/Üzülmez, GH, s. 249.

Şimdi tıp ceza hukukunda önemli bir yere sahip olan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilme hususu, sırasıyla incelenecektir.

a) Bireysel hukuki değer “yaşam” üzerinde kullanım

Almanya’da kabul gören baskın görüş, kişinin, kendi hayatı üzerinde, kullanma yetkisinin olmadığı yönündedir.²⁷ Ancak, burada özellikle, “bir başka kişiye yaşama hakkı üzerinde hakimiyet kuracak şekilde devretmeyi sağlayacak bir kullanmanın”²⁸ olmadığına vurgu yapılmaktadır. Yaşama hakkının bu şekilde bir kullanıma ehil olmadığına gerekçe olarak, Alman CK’sının 216., Avusturya CK’sının 77. maddesine göre, kişinin talebi üzerine öldürülmesinin, normal öldürmeye göre hafifletilmiş bile olsa, cezalandırılıyor olması gösterilmektedir.²⁹

Türkiye’de de genel kanı³⁰, kişinin yaşama hakkı üzerinde bir kullanma hakkının olmadığı yönündedir.³¹ Türkiye’de buna gerekçe olarak ise, talep üzerine öldürmeye, doğrudan adam öldürme hü-

27 Krş. Sternberg-Lieben, s. 84; Göbel, s. 29, 30; yaşam hakkının tasarrufa ehil olmadığına dair ayrıca krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 372; Frister, AT, § 15 Sn. 26; Köhler, AT, § 5 II 2 2.1; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, Öndeğerlendirme (ÖD) § 32 Sn. 37; Roxin, AT I, § 13 Sn. 37; Jescheck/Weigend, AT, § 34 III 2; Kühl, AT, § 9 Sn. 28; Gropp, AT, § 6 Sn. 39; Jakobs, AT, § 14 Sn. 5; BGH NJW 05, 1876; hayat üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığına ilişkin ayrıntılı kuramlar için bkz. Göbel, s. 31 vd.

28 Bkz. Rieger, s. 34.

29 Bu gerekçe için krş. Sternberg-Lieben, s. 84; Göbel, s. 29, 30.

30 Krş. Yenisey, TBB 2008, s. 869; Soyaslan, GH, s. 364; Özgenç, TCK Şerhi, § 26 s. 393; aynıysı Özgenç, GH, s. 306; Centel/Zafer/Çakmut, TCH Giriş, s. 325; Şen, YTCK Yorumu, § 26 s. 74; Özbek, YTCK Anlamı, § 26 s. 367; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 503; Koca, CHD 2006 Sayı. 1, s. 144; aynıysı Koca/Üzülmez, GH, s. 249; Demirbaş, GH, s. 304; Soyaslan, GH, s. 364; Hakeri, TH, s. 303; Erman, s. 126; Yenerer-Çakmut, s. 153; buna karşın sınırsız kullanım hakkını savunan Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, § 5 s. 136, 137.

31 Bu durum, diğer yasal düzenlemelere de yansımıştır. Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddesi.

kümlerinin uygulanıyor olması³² ve TCK'da intihara yardımın 84. maddeye göre (müstakil suç-delictum sui generis), tıpkı Avusturya CK 78. ve İsviçre CK 115. maddesinde olduğu gibi, cezalandırılıyor olması gösterilebilir. Ayrıca bu sonuç, bir hukuka uygunluk sebebi olarak rızanın, Türkiye Anayasası'nın, 17. maddesinde anılan, bir başkasını öldürmeyi hukuka uygun kılacak hukuka uygunluk sebepleri (mesela haklı savunma gibi) arasında sayılmamış olmasından da çıkarılabilir.

İntihara yardım, buna ilişkin Ceza Kanunu'nda bir düzenleme bulunmayan Almanya'da³³ cezalandırılmamakta; İsviçre'de ise, kişisel kötü bir amaca (saik) hizmet etmediği, mesela acıma duygusuyla yapıldığı, sürece cezasız kalmaktadır. Türkiye ve Avusturya'da bulunan intihara yardıma ilişkin kanuni düzenlemelerin, birbiriyle esaslı olarak uyumsuzlukları görülmektedir.

Her iki ülkede de bu eylemin cezalandırılmasına gösterilen gerekenin³⁴, intiharın özünde hukuken, çok da "masum" olmaması noktasında birleşmekte olduğu görülmektedir. TCK 84. maddesinin gerekçesinde³⁵ de açıkça belirtildiği gibi, intihar eylemi toplumda "ahlaken" doğru karşılanmayan bir eylemdir, bu sebeple de sosyal ahlak anlamında, kınanmaktadır.³⁶ Bu sosyal ahlaki kınama, intihara yardımın hukuka aykırılığını yaratmaktadır.³⁷ Bu nedenle de Avus-

32 Buna karşılık TCK 1997 Tasarısı'nın 137. maddesinde; 2001 Tasarısı'nın 138. maddesinde, 2003 Tasarısı'nın 140. maddesinde, belirli hastalar için talep üzerinde öldürme için, hafifletici bir cezalandırma öngörülmüştü.

33 Cezalandırılmayan intihara yardım ile cezalandırılan talep üzerine öldürme suçu arasındaki sınırlandırmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dreier, JZ 2007, s. 320.

34 Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 3.

35 Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, TCK Şerhi, § 84 s. 791.

36 İntiharın, ahlaka ve kamu düzenine aykırı bir eylem olduğu yönünde bkz. Meran, TCK, § 27 s. 161; buna karşılık yaşama hakkının toplumsal bir değer olduğu yönünde bkz. Centel/Zafer/Çakmut, KKIS I, s. 79; bunun aksine suçun valığı, kişinin yaşamasında ailenin ve toplumun menfaatleri olduğuna, kişinin topluma ve ailesine karşı yükümlülükleri olması sebebiyle de yaşaması zorunluğu olduğuna bağlayanlar için bkz. Soyaslan, ÖH, s. 116; Artuç, KKS, § 84 s. 228.

37 Bu aynı şekilde Avusturya'da da kabul edilmektedir. Krş. Wiener Kommentar-

turya³⁸ ve Türkiye’de, intihara yardımın suç olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde yer alan, “sosyal ahlakın korunması için demokratik bir toplumda gerekli bulunan bir sınırlama” olarak kabul edilmektedir.³⁹

Buraya kadar Türkiye ile Avusturya’daki ceza hukukunda rıza kurumu arasında bir fark yoktur. Ancak tıp ceza hukukunda, bu genel kabulün sınırlarına ilişkin istisnalar söz konusudur ki, bu bir taraftan tıp ceza hukukunda rızanın özellikli bir yapısı olduğunu açıkça ortaya koymakta, diğer taraftan da Türkiye ile birçok Avrupa ülkesi arasındaki, buna ilişkin temel farklılığı yaratmaktadır.

Buanlamda, intihara yardımı suç sayan Avusturya ve Türkiye’nin, tıp ceza hukuklarındaki, hukuken korunan (hukuki) değerler üzerinde tasarrufta bulunabilme koşuluna yönelik en önemli farklılık, yaşam hakkıyla, kişinin bireysel özerklik hakkının (kendi geleceğini belirleme hakkı) birbirleri karşısındaki önceliklendirilmelerinde bulunmaktadır. Avusturya (Almanya ve İsviçre) tıp ceza hukukunda, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı (ölüme etken yardım-aktif ötenazi durumları hariç), yaşam hakkının üzerinde tutulurken, Türkiye tıp ceza hukukunda, bunun tam tersi, yaşam hakkı, her halükarda kendi geleceğini belirleme hakkından önce gelmektedir.

Bu önceliklendirmeye gerekçe ise, Avusturya⁴⁰ ve Almanya’da⁴¹, bir hastanın özgür iradesiyle, doğal yollardan ölüme terk edilmeyi istemesi ya da hayati tehlike yaratacak bile olsa, koşulsuz olarak “tedaviyi reddetme hakkını kullanılması (tıbbi veto)”, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına bağlı “tıbbi müdahaleler üzerinde

Moos, § 78 Sn. 3.

38 Bkz. Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 3.

39 Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, bu gerekçeyi destekler, farklı somut olaylar için verdiği kararları için ayrıntılı bkz. İnceoğlu, YÜHFD, Sayı. 2, 2006, s. 300 vd.

40 Wiener Kommentar-Bertel, § 110 Sn. 33; Wiener Kommentar-Moos, ÖD § 75-79 Sn. 32; aynıys Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 9.

41 Bkz. Rieger, S. 22, 43; Kröger, S. 107, 108; ölüme yardımın güncel anayasa hukuku ile ilgili sorunlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Lorenz, JZ 2009, s. 57 vd.

özgürce tasarrufta bulunma⁴² veya “acılardan arındırılma⁴³ hakkına ve temelde de “insan öz saygınlığının dokunulmazlığı ilkesine⁴⁴ dayandırılmakta, modern, liberal bir hukuk sisteminde bu haklara saygı duyulması gerektiğine dikkat çekilmektedir.

Türkiye’de ise, biraz önce de anıldığı gibi, tıp ceza hukukunda, yaşam hakkı, bireysel özerklik hakkından üstün tutulmaktadır. Bu konuda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin⁴⁵, kişinin yaşam hakkını, kendi geleceğini belirleme hakkının üzerinde tutma konusundaki tavrının da, belirleyici olduğunu söylemek, hiç de yanlış olmayacaktır.

Ancak, Türk tıp ceza hukukunda, yaşam hakkının, özellikle hayati tehlike doğuracak durumlarda tedaviyi red ve rızayı geri alma hususlarını da kapsar şekilde, yani mutlak olarak kullanıma ehil olmadığı yönündeki bu genişletilmiş kanaat eleştirilmelidir. İlk olarak şuna dikkat çekmek gerekir ki, AİHM’nin kararları, çoğunlukla “ölüme etken yardıma” -Türkiye’de yaygın kullanımıyla “aktif ötanaziye⁴⁶- ilişkin olup, Mahkeme, intihara yardımcı cezalandırmanın da, AİHS’nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan, yaşama hakkını ihlal anlamına gelmeyeceğine de özellikle vurgu yapmaktadır.⁴⁷ Bu noktada Mahkeme, Avrupa ülkelerine bir hareket serbestisi ta-

42 Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 9.

43 Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 9; Rieger, S. 35, 41; Kröger, s. 107, 108.

44 Bkz. Rieger, s. 35, 41; Kröger, s. 107, 108; Yargıtay’da hekimin hastanın acılarını dindirmesini, hekimin yükümlülüğü ve hastanın hakkı olarak görmektedir. Bkz. BGHSt, 11, 114 (114) “Bu hak ve bu yükümlülük, hastanın temel olarak, kendi özgür iradesiyle verdiği, bireysel özerklik hakkı içinde sınırlarını bulmaktadır. Hekimin, tıbbi gerekliliklerden bahisle, kendi kararıyla ve kendi egemenliğinde, bir hastada başka bir ameliyata, hastanın görüşlerini önceden almaksızın, müdahaleye girişmesi, hastanın özgürlüklerine ve insan öz saygınlığına yapılmış, hukuka aykırı bir saldırı oluşturur. Çünkü, ağır bir ölümcül hasta da, sayesinde ve hatta sadece bunun sayesinde acılarından kurutulacak olsa bile, bir ameliyatı reddetmek için, insani ve ahlaki sebeplere sahip olabilir.”

45 AİHM’nin ölüme etken yardım konusundaki kararları için bkz. İnceoğlu, YÜHFD, Sayı. 2 2006, s. 299; Erman, s. 131, 132, 133.

46 Bkz. bir önceki dip notu.

47 Bkz. Pretty-İngiltere kararı, İnceoğlu, YÜHFD, Sayı. 2 2006, s. 299 içinde.

nınmıştır. Bunun bir neticesi olarak da, bugün Avrupa’da, ölüme yardımın etken veya edilgen (aktif ve pasif) olarak gerçekleştirilmesi konusunda, farklı yoğunlukta düzenlemeler ya da uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, 2002’den beri Hollanda ve Belçika’da, Ocak 2009’dan beri Lüksemburg’da, ölüme etken (aktif ötanazi) yardım, belli koşullarla yasallaşmış; hastanın tedaviyi reddetmesi kapsamında değerlendirilen “ölüme edilgen yardıma” (pasif ötanazi) ise, Polonya, Yunanistan ve Türkiye haricinde, Almanya, Avusturya, Lüksemburg, İngiltere, Fransa, Belçika, İtalya ve İsviçre’de, farklı koşullar altında izin verilmiş, hatta Hollanda’da doğal bir ölüm türü olarak kabul edilmiştir.⁴⁸ Sonuçta, Türkiye, Polonya ve Yunanistan, ölüme edilgen yardımı bile hala “tabu” görürken, diğer Avrupa ülkeleri, ölüme ilişkin “hasta vasiyetnamelerinin” geçerlilik koşullarını tartışmaktadır. Birlik içindeki ülkelerin, hasta hak ve özgürlüklerini, özellikle ölüme edilgen yardım hususundaki genişletici eğilimlerinin, diğer ülkelere de yansiyacak olması, kaçınılamayacak bir durumdur. Keza, aksine bir tutum, Türkiye’nin de taraf olduğu, tıbbi müdahalelerde insan öz saygınlığının ve bireysel özerklik hakkının korunmasını hedef alan, Avrupa Konseyi tarafından çıkarılmış olan Biyotıp Sözleşmesi’ne de aykırılık oluşturacaktır. Nitekim, Sözleşme, birey menfaatlerinin, toplumun “basit-saf” menfaatlerinden üstün tutulması gerektiğini, müdahalenin “ancak bilgilendirilmiş rızayla” mümkün olabileceğini ve verilen rızanın “her zaman serbestçe” geri alınabileceğini ve aynı şekilde hastanın tedaviyi red hakkının da bulunduğunu öngörmektedir. Bu anlamda, Türkiye’deki hastaların tedaviyi reddetme, verilmiş rızalarını geri alma haklarına yönelik çıkarılmış olan, tüm iç kanun düzenlemelerinin, bireysel özerklik, yani kendi geleceğini belirleme hakkı ve insan öz saygınlığının korunması ilkesi gözlüğü takılarak okunması gerekmektedir.⁴⁹ Ayrıca bu, anayasal da bir zorunluluktur.

48 Bu konuda kısıtlı bir veri için bkz. Wernstedt, s. 160.

49 Burda özellikle, son derece hatalı bir şekilde, temel haklara ilişkin bir düzenlemenin, bir kanun tarafından düzenlenmesi yerine, yönetmelikle gerçekleştirilmiş olduğu, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinin IV ve VI fıkrasını anmak gerekir. Aslında anılan sebeple, bu maddelerin ne Anayasa’ya, ne de Biyotıp Sözleşmesi’ne aykırılığını tartışmaya gerek vardır. Keza, madde bireyin anayasal koruma altına alınmış olan kişilik haklarına (başta kişi öz saygınlığı olmak

Keza, Anayasa'nın 90 V maddesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşmenin, bir iç hukuk düzenlemesiyle çatışması halinde, bu sözleşmelere üstünlük tanınmasını öngörmektedir. Ancak, buna rağmen, hukuki belirliliğin ve güvenliğin sağlanması açısından, mevzuatın Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık yaratan tüm hükümlerden arındırılması, ayrıca, ölüme yardım türlerine göre de, yasal bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.⁵⁰

Bu durumda, sonuç olarak, söylemek gerekir ki, tıp ceza hukukunda, hastanın hayatı üzerinde, bireysel özerkliği kapsamında, "müdahaleyi reddetme ya da verdiği rızayı geri alma" şeklinde kullanılabileceği, belirli bir tasarruf yetkisi olduğunu söylemek, kesinlikle yanlış olmayacaktır. Ancak, hastaların, başkasına etken bir eylemde bulunarak (aktif ötanazi) kendi hayatlarına son verilmesini talep ederek, bireysel özerklik haklarını kullanmasının söz konusu olmayacağı, Avusturya, Türkiye ve Almanya'da, haklı olarak, hukuken kabul edilmekte, bireysel özerklik hakkının kullanılması bu durumlar için "sınırlanılmakta", bu yolla hastanın talebini gerçekleştiren hekimin eylemi cezalandırılmaktadır.

Şimdi haklı olarak yöneltilecek, hastanın, neticesi ölümüne yol

üzere, vücut bütünlüğünün korunması ve bireysel özerklik hakkı) saldırıda bulunmak anlamına gelen, "zorla tıbbi müdahaleyi" yasallaştırmaktadır ki, bu bir hakkın sınırlanmasıdır, "ancak bir kanun eliyle yapılması" emrini veren, Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. Bu konuda ayrıntılı farklı tartışmalar için ayrıca bkz. Hakeri, TH, s. 219, 220: tıbbi müdahaleyi koşulsuz red ve rızanın geri alınması hakkını savunmakta, HHY'nin 24. maddesini Anayasa'ya aykırı bulmaktadır; ayrıca Atladı, s. 417: HKY'nin 24. maddesini doğrudan Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı görmekte, haklı olarak, Anayasa 90. maddesi gereği, bu Sözleşme'nin geçerliliğine vurgu yapmaktadır; Erman, s. 170 ise, tedaviyi red hakkını temelde kabul etmekte, ancak bu hakkın kullanılabilirliğini, akut müdahalelerde, tedaviye ara verilmesinin, hasta açısından yakın, açık, geri dönüşümsüz bir sakıncaya yol açmamasına bağlamaktadır.

- 50 Bu görüşün ilk savunucularından Dönmezer, KMKC, s. 38; Güven'in tasarı önerisi için bkz. Hakeri, TH, s. 307; ayrıca yenilerde Atladı, s. 430; Erman, s. 134; tedaviyi red hakkının, hayatı tehlike bile doğuracak olsa, kullanılması gerektiğine işaret eden Özgenç, TCK Şerhi, § 24, s. 359; Öztürk, TTB, s. 106, 107 ise, TCK m. 26'da düzenlenmiş olan ilgilinin rızasına ilişkin hükmün, ölüme edilgen yardıma yasal zemin hazırladığını iddia etmekte, bunun hukuki gerekçelendirilmesini de, yaşam hakkı üzerinde bireyin dilediği gibi kullanım hakkı olduğuna dayandırmaktadır, aynı şekilde Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, § 5 s. 136, 137.

açabilecek olan, tedaviyi reddetme ya da başta verdiği rızayı sonradan geri alma eylemine (somut olaya göre bunun edilgen bir şekilde, ölümüne yardım olarak görülebileceği) dayanarak, hastaya müdahale etmeyerek, hukuken edilgen kalan, yani ihmalkarlık gösteren hekimin, günümüz Türk mevzuatına göre “cezalandırılması” söz konusu olacak mıdır, sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan hekim, artık hastaya müdahale edemez.⁵¹ Bu şekilde, müdahalede bulunamayacak hekimin, “garantörlük konumu” ortadan kalktığından⁵², hekimin TCK 83. maddesine göre ihmal suretiyle öldürmeden; yine hastanın yardımı reddederek, zararlı neticeyi bizzat istemesinden dolayı 98. maddeden dolayı, cezai bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Tedaviyi reddeden veya tedaviye verdiği baştaki rızasını geri alan (yine bu şekilde de “doğal yollardan ölmeyi” tercih eden) bir hastaya, kayıtsız kalan hekimin davranışı, TCK 84. madde kapsamında “intihara yardım” olarak da değerlendirilemeyecektir, keza, doğal yollardan ölmeyi isteyen hastada, yapay yollardan ölmeyi isteme iradesi yoktur, burada özellikle intihar iradesi ile, doğal yollardan ölüm iradesinin farklı kavramlar olduklarına dikkat çekmek gerekir.

Bu açıklamalardan sonra, kişinin vücut bütünlüğü hakkı üzerindeki kullanma yetkisi ve bunun sınırları konusuna kısaca değinilecektir.

51 Aynı görüşte Hakeri, TH, s. 217, 238.

52 Bu konudaki görüşler ve kararlar hakkında Avusturya için bkz. Wiener Kommentar-Moos, § 78 Sn. 9; Almanya için bkz. Rieger, s. 53, 54; garantörlük yükümlülüğünün kalktığı hususunda bkz. S/S/C-Eser, ÖD §§ 211 Sn. 29 vd.; S/S/C-Stree, ÖD § 13, Sn. 154; S/S/C-Cramer, § 323c, Sn. 26; intihar değil, ölüm iradesinin olduğu durumlarda garantörlük yükümlülüğünün kalktığı konusunda bkz. Yargıtay kararı BGH NJW 1960, 1821; bu karara dayanarak BAM kararları için bkz. LG Bonn, MDR 1968, 66; Düsseldorf NJW 1973, 2215; böylelikle edilgen ölüme yardım cezalandırılmamaktadır bkz. BGHSt 40, 257; BGHSt 32, 367; OLG Münih, NJW 1987, 2940; BGH NSTZ 1983, 117; bununla birlikte Yargıtay’ın intihar iradesi değerlendirmesine ilişkin eleştiriler için bkz. Kröger, s. 116.

b) Bireysel hukuki değer “vücut bütünlüğü” üzerinde kul- lanım

Türkiye’de⁵³ olduğu gibi, bugün Almanya ve diğer Avrupa ülkelerinde, kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkının, bazı sınırlamalarla üzerinde tasarrufta bulunabilecek bir hak olduğu kabul edilmektedir. Alman CK 228. ve Avusturya CK 90. maddesi, bu sınırlamayı, eylemin “ahlaka aykırı” olmaması kavramıyla sağlamışlardır. Türkiye’de ise, rızayı düzenleyen TCK 26 II maddesinde, sınırlamaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar Türkiye’de de, vücut bütünlüğüne yönelik rızada, eylemin ahlaka uygunluğunun madde yorumuna ilave edilmesi gerektiğini iddia eden yazarlar⁵⁴ olsa da, burda bu konu hakkında ayrıntılı bir tartışmaya girilmeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tıp ceza hukukunda, ahlaka aykırılık kavramı, aslında çok da esaslı bir yere sahip değildir. Nitekim, Almanya ve Avusturya’da da kabul gördüğü gibi, iyileştirme amaçlı tıbbi müdahaleler, zaten yapıları, daha doğrusu amaçları gereği, ahlaka aykırılığı doğrudan ortadan kaldırmaktadır.⁵⁵ Tıbbi gerekliliğin olmadığı müdahaleler için ise, ağırlıklı görüş⁵⁶, varsa bu gibi saldırılar için getirilen yasal düzenlemelerin göz önünde bulundurulması gerektiği, bu nedenle de 228. maddenin geniş bir uygulama alanı bulamayacağı yönündedir. Aynı durum mevcut ya-

53 Bkz. Özbek, YTCK Anlamı I, § 26 s. 367; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 502; Özgenç, GH, s. 306; aynıys Özgenç, TCK Şerhi, § 26 s. 393; Demirbaş, GH, s. 304; Koca, CHD, 2006 Sayı. 1, s. 144; Meran, TCK, § 26 s. 161; Centel/Zafer/Çakmut, TCH Giriş, s. 322; Koca/Üzülmez, GH, s. 249; Hakeri, TH, s. 287; Toroslu, GH, s. 163; buna karşın Soyaslan, ÖH, s. 127 vücut bütünlüğü hukuki değeri açısından tasarruf yetkisi olmadığı görüşünde, bunu da kişinin topluma ve aileye olan görevlerine, bağlamaktadır. Ancak, arkasından çelişkili olarak bazı haller için tasarruf yetkisi kamu düzeni ve ahlaka aykırı olmama koşuluyla tanımlanmaktadır; aynıys Soyaslan, GH, s. 364.

54 Bkz. Yenerer-Çakmut, s. 218 vd.; Erman, s. 135 vd.; Hakeri, TH, s. 164, 165; Toroslu, GH, s. 167; bu görüşe ilişkin eleştiriler için bkz. Ünver, YÜHFD, 2006 Sayı. 2, s. 254 vd.

55 Almanya için krş. Kröger, s. 181; Niedermair, s. 122; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 45; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 87.

56 Krş. Roxin, AT I, § 13 Sn. 67; Niedermair, s. 99 vd.; Kröger, s. 230, 241’a göre, ancak kastrasyon ve organ nakli için 228. maddenin bir uygulama alanı bulacağı görüşünde.

sal düzenlemeler⁵⁷ karşısında Türkiye için de geçerli olduğundan, hekim, bu gibi yasalarca (örneğin Organ Nakli, Klinik Araştırmalar) kendisine tanınmış sınırlarda kalarak ve ağırlaştırılmış koşullara tamamiyle uyarak tıbbi müdahalede bulunduğu sürece, eyleminin “hukuka” aykırılığı söz konusu olmayacaktır. Hiç bir tıbbi gerekliliğin olmadığı ve haklarında da yasal bir düzenlemenin bulunmadığı (birçok estetik ameliyatı gibi) müdahaleler için ise, (Almanya ve Avusturya’da yapıldığı gibi ve Türkiye’de de madde metni yorumuna dahil edilmesinin önerildiği gibi) son derece belirsiz bir kavram olan, “ahlaka uygunluk” kavramı yerine, Türk Anayasası’nın 13. maddesinde açıkça anılmış olan, “demokratik toplum düzeni” ve “ölçülülük ilkesi”ne uygun bir eylem kavramının madde yorumuna dahil edilmesi, en yerinde çözüm şekli olacaktır. Keza, kişinin belirli durumlarda, tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkının sınırlandırılıyor olması, Anayasa’nın 17 I. maddesinde korunma altına alınan, bireysel özerklik hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu yolla, ceza hukukuna ilişkin olan rızanın gösterilmesine, madde kapsamında getirilecek sınırlandırma hususu, Anayasa ile doğrudan ilişkilendirilmekte, böylelikle, anayasaya uygunluk anlamında, en yerinde ve doğrudan çözüm bulunmuş olmaktadır.

Netice olarak belirtilmelidir ki, Alman ve Avusturya tıp ceza hukukunda, ahlaka aykırılık dar bir uygulama alanı bulmakta; Türkiye’de ise, bu hukuka aykırılığın devreye girebileceği dar alanda, Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen yukarıda anılan ilkeler uygulama alanı bulmaktadır. Sonuçta genel olarak tespit edilmiştir ki, hem ahlaka aykırılığın, hem de hukuka aykırılığın tıbbi müdahaleler açısından, normal ceza hukukuna göre kısıtlı bir uygulama alanı bulması, yine tıp ceza hukukunda rızanın başka bir özellikli hali olarak, ortaya çıkmaktadır.

57 Anayasa’nın 14. maddesi, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 13., Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. maddesi, tedavi için tıbbi gerekliliğin bulunmasından bahsetmektedir.

2) Rızaya ehliyet

Rızanın hukuken geçerli bir şekilde kurulmasının diğer bir koşulu da, rıza veren kişide, rıza ehliyetinin bulunmasıdır. Rıza ehliyetinden anlaşılması gereken, rıza veren kişinin, ahlaki ve zihinsel anlamda belirli bir olgunluğa, yeterli bir kavrama ve değerlendirme yeteneğine sahip olarak, saldırıya uğrayacak hukuki değerini yani hayat ya da vücut bütünlüğünün korunması hakkının anlamını, kendisine yapılacak müdahalenin tabiatını, çerçevesini, olumlu olumsuz tüm etkilerini, uygun bir düşünme sürecinden geçirerek, tanıyabilecek ve somut olaya uygun değerlendirme yapabilecek bir yeteneğe sahip olmasıdır.⁵⁸ Yani kişi, yapılacak saldırının yanında getirebileceği ya da sonradan oluşturabileceği yan etkilere yönelik olarak, yeterli tasavvurda bulunabilecek yeteneğe sahip olabilmelidir.

Rıza ehliyetinin değerlendirilmesini yapmak da, kural olarak müdahalede bulunacak hekime düşmektedir.⁵⁹ Burada da, bu ehliyete etki edebilecek tüm etkenlerin, göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu etken, rıza verenin yaşı olabileceği gibi, fiziksel ya da ruhsal kökeni olan diğer etkenler de olabilir.

Bir kanun eliyle, rıza ehliyetine belirli bir yaş sınırı getirilmediği sürece,⁶⁰ rıza ehliyetinde belirli bir yaş sınırlandırılmasının ya-

58 Almanya için krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 374; S/S/C-Cramer/Heine, Lenc-kner, ÖD § 32 Sn. 40; Kindhäuser, AT, § 12 Sn. 11; Jescheck/Weigend, § 34 IV 4; Köhl, AT, § 9 Sn. 33; Gropp, AT, § 6 Sn. 40; Frister, AT, § 15 Sn. 8; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 456, 466; Köhler, AT, § 5 II 2 2.4; SK-Joecks, ÖD § 32 Sn. 22; Tröndle/Fischer, StGB, ÖD § 32 Sn. 3b; Otto, GK, § 15 Sn. 18; Alman Yargıtay içtihatları için krş. BGH NStZ 2000, 87 (87); BGH NJW 1978, 1206; BGHSt 4, 88 (90); BGH NStZ 2000, 87 (88); Avusturya için krş. Wiener-Kommentar-Burgstaller, § 90 Sn. 32; Türkiye için krş. Hakeri, TH, s. 152; Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 319; Soyaslan, GH, s. 366; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Toroslu, GK, s. 167.

59 Krş. Wachenhausen, s. 67; Hakeri, TH, s. 153.

60 Bazı ağır ve özel saldırılar için, kanunlarda özel yaş sınırlandırılmaları getirilmiş olabilir. Mesela, Alman Kastrasyon Yasası'na (m. 2 I, 3) göre kastrasyon için 25; Türkiye'de 18 (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4 II maddesi); organ nakli için her iki ülkede 18 (Alman ONK 8 I a maddesi, Türk ONK 5. maddesi); cinsiyet değişiklikleri için Türkiye'de 18 yaşın (MK 40. maddesi) dolması gerekir. Bu durumda, bu özel düzenlemelere uyulması, kanun gereğidir.

pılamayacağı, Almanya, Avusturya ve Türkiye’de genel kabul gören görüştür. Keza, yapılacak her tıbbi müdahaleye göre, rıza ehliyetinin varlığı da, değişkenlik göstermektedir. O nedenle burada önemli olan, özel hukuktaki fiil ehliyeti ya da ceza hukukundaki ceza ehliyetinden bağımsız olarak, “kişinin doğal kavrama ve değerlendirme yeteneğinin gelişmişliği”⁶¹ olmalıdır. Gerçekten de, kişinin bireysel özerklik hakkını kullanmasının dışı vurumu olan rızada, ne özel hukuk anlamında bir “hukuki işlem”, ne de ceza hukuku anlamında bir başkasının hukuken korunan değerini korumaya yönelik bir “yasak normunun ihlali” söz konusu olduğundan, baskın görüş oldukça yerindedir.

Bu çıkarımın doğal neticesi, rıza ehliyetinin, her somut olayda, tüm özel durumlar ve küçüğün bireysel olgunluk derecesi göz önünde bulundurularak, özenli bir incelemeyle tespit edilmesi olacaktır.⁶² Rıza gösterenin yaşı azaldıkça ve saldırının yoğunluğu arttıkça, hekimin rıza ehliyetini belirleme yönündeki araştırmalarının özenlilik miktarı da artmalıdır.⁶³

61 Bkz. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 374; Roxin, AT I, § 13 Sn. 84, 85; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 1, 4; Kühl, AT, § 9 Sn. 33; Gropp, AT, § 6 Sn. 40; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 24; Frister, AT, § 15 Sn. 8, 9; Jakobs, AT, § 14 Sn. 7; SK-Joecks, ÖD § 32 Sn. 22, 23; Göbel, s. 81; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 466; Köhler, AT, § 5 II 2 2.4; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 38; Wachenhausen, s. 64, 65; Almanya yargı içtihatları için krş. BGH NSTZ 2000, 87; BGH 4 88 (92); NSTZ 04, 205; buna karşılık Roxin, AT I, § 13 Sn. 85 ilke olarak yaş sınırı getirilmeyeceğini belirtse de, kural olarak 14 yaşın altındaki küçükler, ceza ehliyetine sahip olmadıklarından, rıza ehliyetine de sahip değildir görüşündedir; başka bir açıdan S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 39, 40 malvarlığına ilişkin rızaya dayalı işlemlerde, Alman MK m. 107’yi belirleyici görmekte; bunun eleştirisi için bkz. Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 25; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 36; Türkiye için krş. Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Koca, CHD, 2006, Sayı 1, s. 145; Erman, s. 84; Özbek, TCK Şerhi, § 26 s. 368; Yenerer-Çakmut, S. 205, 206; Şen, TCK Yorumu, § 26 s. 74; ayrıca malvarlığında tasarrufa ilişkin rızalarda, özel hukuktaki fiil ehliyetini aramakta Demirbaş, GH, s. 249, 250; yine kısmen, ceza sorumluluk yaşını rıza ehliyeti sınırı olarak gören görüşler için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 319; Soyaslan, GH, s. 366.

62 Krş. S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 40; Frister, AT, § 15 Sn. 8; Gropp, AT, § 6 Sn. 40; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 466; BGH NSTZ 1999, 458.

63 Almanya için krş. S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 40; Frister, AT,

Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi'nin 6 II maddesinde de açıkça belirtildiği gibi, küçüğün kararı, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artarak göz önünde bulundurulmalı, belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır. Avusturya Medeni Kanunu 146 c maddesine ve Almanya'daki, baskın görüşe⁶⁴ göre, çocuk gerekli rıza ehliyetine sahip olduğu sürece, çocuğun rızasına üstünlük tanınmalı, yasal temsilcinin rızasına, ancak, rıza ehliyetinin "bulunmaması" durumunda başvurulmalıdır. Biyotıp Sözleşmesi'nin Türkiye için de bağlayıcı olması dolayısıyla, çocukların rızasına ilişkin tüm hükümlerin, bu maddeyle uyumlu olarak yorumlanması gerekmektedir (özellikle Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun 70. ve HHY'nin 24. maddesi).

Buna karşılık erişkinlerde, rıza ehliyeti, eğer rıza ehliyetini olumsuz yönde etkileyecek bir etmen yoksa (mesela, rıza ehliyetini kaldıracak düzeyde bir ruhsal ya da akılsal hastalık, aşırı yorgunluk, varolan ağır acılara yoğunlaşma⁶⁵, şok hali⁶⁶, uyuşturucu madde ya da alkol etkisi altında olma⁶⁷ hali) kural olarak var kabul edilir.

Kural, hak sahibi kişinin müdahaleye bizzat rıza vermesidir.⁶⁸ Ancak, rıza verende rıza ehliyetinin bulunmadığı tespit edilirse, yasal temsilcisi onu temsilen, rıza açıklamasında bulunacaktır.

Küçüklerde rıza açıklaması yapmaya yetkili olan yasal temsilci, velayet hakkına da sahip olan, çocuğu birlikte temsil eden ana-babadır (Alm. MK 1629 I maddesi; TMK 336, 342 maddesi). Rıza

§ 15 Sn. 8; aynı şekilde Avusturya krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 36; Türkiye'de krş. Hakeri, TH, s. 152.

64 Roxin, AT I, § 13 Sn. 92; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 3; Göbel, s. 82.

65 Krş. S/S/C-Eser, § 223 Sn. 38; krş. BAM kararı Frankfurt MedR 84,194.

66 Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 33.

67 Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 33; Alman mahkeme kararları bkz. Karlsruhe NJW 1967, 2321 (2321); BGH NJW 1953, 912 (913); BGH NStZ 2000, 87 (88); Köhler, AT, § 5 II 2 2.4.1.

68 Krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 373; Köhler, AT, § 5 II 2 2.2; Türkiye'de krş. Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 319; Soyaslan, GH, s. 365; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 505; Yenerer-Çakmut, s. 205, 209.

ehliyetini ortadan kaldıracak bir ruh, fizik ya da akıl hastalığı sebebiyle kısıtlılık altında bulunan ve somut olayda rıza ehliyeti bulunmayan erişkinlerde ise, rıza gösterme yetkisi, bunlara kanuni temsilci olarak atanmış yasal vadedir (Alm. MK 1896, 1901 I, II; 1902 maddesi; TMK 405, 432, 448 maddesi; HHY 24 maddesi).

Kanuni temsilciler, küçüğün ya da kısıtlının sağlığının korunması açısından gerekli olan her türlü tedbiri almakla ve bunlara izin vermekle yükümlüdür. Yasal temsilcinin, bu kişilerin sağlığı üzerinde tasarruf yetkisi, sağlığın korunmasına yönelik olduğundan, temsilcilik hakkını kötüye kullananlar hakkında, özel hukuk hükümlerine göre, temsilciliklerinin ellerinden alınması yaptırımın gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumla karşı karşıya olan hekim, hastanın sağlığının korunması için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, özel zorunluluk hali sebebiyle hastaya derhal müdahale etmeli, gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde ise, özel hukuk mahkemesinin müdahaleye izin verme kararı için beklemelidir.

Son olarak, Biyotıp Sözleşmesi 8. maddesine göre, acil bir durum nedeniyle müdahale için gerekli izin alınmadığında (örn. yasal temsilciye ulaşılamadığında), gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, ilgili kişinin sağlığının korunması için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale, hekim eliyle derhal yapılabilir (özel hukuka uygunluk sebebi olarak zorunluluk hali). Buna uygun düzenleme Almanya Medeni Kanun'unun 1904., Türkiye'de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde yer almaktadır.

3) Rızanın konusu

Rızanın konusunu, hem hukuki değere zarar verecek olan eylem, hem de, tipiklik unsurunun ayrılmaz parçası olan netice oluşturur.⁶⁹ Eyleme yönelik yapılan onaylama, rıza veren, tipe uygunluğun gerçekleşmesinin yaratacağı tehlikeye ilişkin olayı tam öngörebiliyor ve bu tehlike öngörüsü açısından yeterli zihinsel alt

69 Krş. Roxin, AT I, § 13 Sn. 78.

yapıya da sahipse, aynı zamanda, tipikliğin gerçekleşmesine yönelik bir rıza olarak da değerlendirilir.⁷⁰ İşte tam da bu sebepten dolayı, yani hastanın rızanın konusuna hakimiyetinin sağlanması, dolayısıyla neticeyle birlikte, hangi tehlikeyi (risk) de göze aldığını bilmesi açısından, aydınlatılması önemli bir rol oynamaktadır. Keza hasta, bir tedavinin tüm olası neticelerini bilebilecek, uzmanlık bilgisine sahip değildir.

4) Aydınlatma

Aydınlatma, tıp ceza hukukundaki rızanın geçerliliği konusunda, son derece esaslı belirleyici özelliği olan bir ögedir. Bu nedenle, gerek Türkiye, gerekse Avrupa ülkelerinde, tıp ceza hukukundaki rıza kavramı için, “aydınlatılmış ya da bilgilendirilmiş rıza” kavramının kullanılması, hiç de şaşırtıcı olmayan bir durumdur.

Aydınlatmanın (ya da bilgilendirme), tıp ceza hukukundaki temeli, tıpkı ceza hukukundaki rızada olduğu gibi, hastanın öz saygınlığının ve kendi geleceğini en iyi şekilde belirleyebilmesi hakkının korunması ilkesine dayanmaktadır. Bu nedenle de, aydınlatma, özellikle tıp ceza hukukundaki rızada, olmazsa olmaz bir koşuldur.⁷¹

Bu kapsamda, hastanın hatasız bir şekilde değerlendirmede bulunmasını sağlamak için, kural olarak müdahalede bulunacak hekim⁷², hastasını, müdahalenin anlamı, boyutları, olumsuz olumlu etkileri konusunda yeterli şekilde aydınlatmak yükümlülüğü altındadır.⁷³

70 Krş. Frister, AT, § 15 Sn. 12.

71 Krş. Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi; HHY'nin 31. maddesi; Almanya için krş. Gropp, AT, § 6 Sn. 41, 42; Roxin, AT I, § 13, Sn. 85; Jakobs, AT, § 14, Sn. 7; Türkiye'de sadece bkz. Hakeri, TH, s. 104. Aydınlatma konusu, bu çalışma kapsamında derinleştirilmeyecektir. Konuya ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, TH, s. 102 vd.

72 Krş. Hamburg NJW 75, 604 (604); Martis/Winkhart, s. 45; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 38.

73 Özel hukuk yargı içtihatları için krş. Yargıtay, 13. HD, 18.09.2008, 4519/10750; Yargıtay'ın resmi sitesi, 12.04.2009 tarihli erişim; Yargıtay, 4. HD, 07.03.1977, 6297/2541, YKD 1978, s. 905 içinde; HHY 31. madde; TDT 14. madde; Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları 25. madde; Alman yargı içtihatları için bkz. BGH NJW 1956, 1106 (1106); BGH NJW 1995, 2410; krş. ayrıca Martis/

Özellikli müdahaleler için, ilgili kanunlarda ayrıca, ağırlaştırılmış koşullara dikkat edilmesi, aydınlatmanın kapsamının bunlara göre genişletilmesi gerekmektedir.⁷⁴

5) İradenin sakatlanmamış olması

Hekimin, etkili bir rıza kurulmasını sağlamaya hizmet edecek aydınlatmayı, yükümlülüklerine aykırı bir şekilde gerçekleştirmemesi, hastayı hatalı bir rızaya sevk eder. Hastadaki bu hata, onun gerekli “rıza ehliyetine erişmesini”⁷⁵ engellediğinden, rıza geçersiz olacaktır. Bu durumda, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü kasıtlı ya da taksirle ihmal etmesine göre, kasten ya da taksiren sorumluluğu söz konusu olabilecektir.⁷⁶ Bunun dışında, tehdit, zorlama, dolandırma da, somut olaya göre yine rızanın etkisizliği sonucunu doğurabilir.⁷⁷

Winkhart, s. 122; Ehlers/Brogli-Brogli, § 7 Sn. 781; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 43.

74 Bkz. HHY § 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36 maddesi; Türk ve Alman Organ Nakli Kanunu; Alman Hekim İlaçları Kanunu; Türk Klinik Araştırmalar Yönetmeliği; Türk Nüfus Planlaması Kanunu.

75 Krş. Kühl, AT, § 9, Sn. 40; Kindhäuser, AT 12 Sn. 28; Roxin, AT, § 13 Sn. 112; Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 376a; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 46.

76 Almanya’da krş. Roxin, AT I, § 13 Sn. 112.

77 Krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 376; Kühl, AT, § 9 Sn. 35; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 45; BeckOk-Eschelbach, § 228 Sn. 14; Kindhäuser, AT, § 12 Sn. 21, 22; Roxin, AT I, § 13 Sn. 97 vd.; Jescheck/Weigend, § 34 IV 5; Gropp, AT, § 6 Sn. 42, 43; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 25; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 461; Köhler, AT, § 5 II 2 2.5; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 39; mahkeme kararları arasında krş. BGHSt 11, 111 (111); 4, 113 (118); 16, 309 (310); 43, 306 (306); BGH NJW 1978, 1206 (1206); Avusturya’da krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 50 dev.; Türkiye’de Krş. Hakeri, TH, s. 174; Demirbaş, GH, s. 250, 302; Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 320; Yenerer-Çakmut, a.e., s. 213, 214; Soyaslan, GH, s. 367; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Koca, CHD, 2006 Sayı. 1, s. 145; Özbek, TCK Şerhi I, § 26 s. 369; Toroslu, GK, s. 167; bkz. ayrıca HHY 28 madde. Burda mutlaka belirtmek gerekli ki, iradeyi sakatlayan bu hallerin içeriklerine ilişkin çok farklı ve belirleyici görüşler bulunmaktadır. Ancak, bu çalışma kapsamında bu konunun burada derin bir şekilde tartışılması açılması mümkün olmamaktadır.

6) Rızanın şekle uygun verilmesi

Kanunlarda açıkça bir şekil şartı öngörülmediği⁷⁸ sürece, rızanın şekilsizliği kuraldır. Almanya, Avusturya ve Türkiye’de rızanın şekline ilişkin baskın görüş⁷⁹, rızanın, müdahaleden önce, ya açıklanmış olması- yani bir şekilde karşıya bildirilmiş olması- ya da sonuç doğurmaya yönelik (“konkludent”, Türkiye’deki yaygın kullanımıyla örtülü rıza) olarak açığa vurulmuş olması şeklindedir. Ancak, sonuç doğurmaya yönelik olarak açığa vurma, bir irade göstergesinin

78 Alman Hekim İlaçları Kanunu 40 I Nr. 3 maddesi; Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 10. maddesi “ağır ameliyatlarda”; Türk HHY 34. maddesi ve Klinik Araştırmalar Yönetmeliği 5 d maddesine göre, klinik araştırmalarında yazılı; Türk ONK 6. maddesine göre ve HHY 29. maddesine göre, organ-doku naklinde yazılı ve iki tanık önünde rıza.

79 Alman yargı kararları içinde krş. BGH NJW 1956, 1106 (1106), BayObLG NJW 1968, 665 (664); Oldenburg NJW 1966, 2132 (2132); ayrıca krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 378; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 43; BeckOk-Eschelbach, § 228 Sn. 16; S/S/C-Stree, § 228 Sn 3; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 2; Roxin, AT I, § 13 Sn. 75; Kühl, AT, § 9 Sn. 31; aynısı Lackner/Kühl, § 228 Sn. 5; Kindhäuser, AT, § 12 Sn. 13; Gropp, AT, § 6 Sn. 47; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 457; Köhler, AT, § 5 II 2.2.3; Otto, GK, § 15 Sn. 18; Tröndle/Fischer, StGB, ÖD § 32 Sn. 3b; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 30; Türkiye’de krş. Hakeri, TH, s. 150, 151 “burda kullanılan tabiriyle, “sonuç doğurmaya yönelik olan rıza” yerine, zimni-örtülü rıza kavramını kullanmaktadır ve kişinin davranışlarını belileyici görmektedir; aynı şekilde Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 320; Şen, YTCK Yorumu I, s. 74 “açıkça”; Yenerer-Çakmut, s. 210 “şüpheye yer vermemek koşulunu koyarak, örtülü rızaya sınır getirmektedir”; Erman, s. 124 tespiti Borçlar Kanunu’nun rıza beyanına ilişkin hükümlerine dayandırmaktadır; Koca/Üzülmez, GH, s. 250 örtülü rızadan da bahsetmekte, ama sınırlarını açıklamamaktadır; aynı şekilde Koca, CHD, 2006 Sayı. 1, s. 145; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Toroslu, GK, s. 167 tereddüt ve karışıklığa yol açmamak şartını koşmaktadır; buna karşın Soyaslan, GH, s. 367 örtülü rızanın sınırlarını koruyamamakta, varsayılan rıza kurumunu, örtülü rıza kurumu ile karıştırmaktadır; aynı şekilde sorumlu Özbek, YTCK Anlamı I, s. 369; Demirbaş, GH, s. 303 ise, örtülü rızayı (mefruz), örf ve adete göre varsayıldığı durumları anarak, sınırları aşırı genişletmektedir; aynı şekilde Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 505; benzer şekilde örtülü rızanın boyutlarını belirleyemeyen, Meran, TCK, s. 159; varsayılan rızayla, örtülü (zimni, mefruz) rızanın birbirine karıştırılmasına yönelik yerinde eleştiriler için bkz. Ünver, YÜHF, Sayı. 2, 2006, s. 252; buna karşın Almanya’daki azınlıkta kalan ve kabul görmeyen irade kuramı için bkz. Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 14; Frister, § 15 Sn. 7; MK-Schlehofer, ÖD § 32 Sn. 120; SK-Joecks, ÖD § 32 Sn. 21.

dış belirtisine ihtiyaç duyar, bu durumda, kişinin içinden eylemi onaması⁸⁰ ya da edilgen bir şekilde eylemi kabulü, yani eyleme sadece katlanıyor gözükmesi⁸¹ yeterli değildir; bu durumda rıza, “hataya yer bırakmayacak” şekilde “açık” olarak, “dışa vurulmuş olmalıdır”⁸².

7) Rızanın zamanında verilmiş olması ve geri alınmamış olması

Rıza, fiilden önce verilmiş olmalı⁸³ ve müdahale devam ettiği sürece de mevcut⁸⁴ olmalıdır. Sonradan alınan bir rıza, eylemi hukuka uygun hale getirmez.⁸⁵ Ayrıca, rızanın her zaman geri alınması

- 80 Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 30; Alman Yargı kararı içinde krş. BGH NJW 1956, 1106 (1106); BeckOk-Eschelbach, § 228 Sn. 16; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 43; Roxin AT I, § 13 Sn. 77; Gropp, AT, § 6 Sn. 47.
- 81 Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 14.
- 82 Krş. BeckOk-Eschelbach, § 228 Sn. 16; BGHSt 4, 88 (90); BGHSt 17, 359 (360); buna karşı olan Roxin, AT I, § 13 Sn. 75; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 43.
- 83 Krş. Roxin, AT I, § 13 Sn. 79; krş. yine BGHSt 17, 359 (359); S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 44; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 3; Kühl, AT, § 9 Sn. 32; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 459; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 64; Türkiye’de krş. Hakeri, TH, s. 149; Demirbaş, GH, s. 250; Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 320; Soyaslan, GH, s. 367; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Özbek, TCK Şerhi, § 26 s. 368; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, S. 505; Şen, TCK Yorumu, § 26 s. 74; Yenerer-Çakmut, s. 209; bkz. ayrıca Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesi; ayrıca krş. CGK 2007/5-253-2008/52 YKD Kasım-2008 s. 2225 içinde.
- 84 Krş. S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 44; Kühl, AT, § 9 Sn. 32; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 14; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 460; Tröndle/Fischer, StGB, ÖD § 32 Sn. 3b; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 64; Türkiye için krş. Demirbaş, GH, s. 250; Centel/Zafer/Çakmut, TCK Giriş, s. 320; Soyaslan, GH, s. 367; Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 137; Koca, CHD, 2006 Sayı 1, s. 145; Özbek, TCK Şerhi I, § 26 s. 368; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 505; Yenerer-Çakmut, s. 209; Toroslu, GH, s. 167; krş. ayrıca CGK 2007/5-253-2008/52, YKD Kasım-2008 s. 2225 içinde.
- 85 Krş. S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 44; Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 378; Roxin, AT I, § 13 Sn. 79; Kühl, AT, § 9 Sn. 32; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 459; BGHSt 17, 359; 17 359; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 64; Türkiye’de krş. Hakeri, TH, s. 149; Soyaslan,

mümkündür⁸⁶ (bu çalışmada, yaşam hakkının kullanım sınırlarının belirlenmesine ilişkin konunun ele alındığı kısımda da belirtildiği gibi, rızada geri alma için, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında da, hiç bir koşul öngörülmemiştir. Rızanın ancak belirli koşullar altında geri alınabileceğini iddia etmek, rızasız tıbbi müdahalede bulunamayacağına ilişkin sağlanan tüm yasal güvencelerin ve bu yolla korunan tüm hakların, farklı bir yoldan tekrar geri alınması anlamına gelir ki, bu herşeyden önce Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılık yaratacaktır). Geri alma açıklaması da, ciddi ve kesin bir karar olmalıdır, yani ansal bir şok ya da geçici bir korku haline dayanmamalıdır.⁸⁷

2. Öznel hukuka uygunluk sebebi: Rızanın varlığının bilinmesi

Hekimin, rızanın hukuka uygunluk etkisinden yararlanabilmesi için, hastanın eyleme rıza verdiğini bilmesi gerekir.⁸⁸ Hasta eyleme rıza vermiş, ama hekim bunu bilmiyorsa, hekim tamamlanmış suçtan değil, suça kalkışmadan (teşebbüs) yargılanır.⁸⁹

GH, s. 367; Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH I, s. 505; Yenerer-Çakmut, s. 209, 210; krş. CGK 2007/5-253-2008/52, YKD Kasım-2008 s. 2225 içinde.

86 Krş. S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 44; Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 378; Roxin, AT I, § 13 Sn. 79; Jescheck/Weigend, AT, § 34 IV 5; Kühl, AT, § 9 Sn. 32; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 460; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 46; BeckOk-Eschelbach, § 228 Sn. 16; BGH VersR 54, 98; Avusturya için krş. Wiener Kommentar-Burgstaller/Schütz, § 90 Sn. 65; Türkiye'de Hakeri, TH, S. 149, 150; Soyaslan, GH, S. 367; Yenerer-Çakmut, S. 210 belirli koşullar altında bu hakkı kabul etmekte, mesela hayati tehlike olmaması.

87 Krş. BGH NJW 80, 1903; S/S/C-Eser, § 223 Sn. 46.

88 Almanya için krş. Kühl, AT, § 9 Sn. 41; Gropp, AT, § 6 Sn. 49; Roxin, AT I, § 13 Sn. 86; Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 9 Sn. 29, 148; Köhler, AT, § 5 II 2 2.7; Otto, GK, § 15 Sn. 18; Köhler, AT, § 5 II 2 2.7; S/S/C-Cramer/Heine, Lenckner, ÖD § 32 Sn. 51 "sadece bilmek"; buna karşın, bilmenin yanında, "rızaya dayanma saikini" de talep edenler için bkz. Jescheck/Weigend, AT, § 34 V; Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 379; Heinrich, AT I, § 16 Sn. 462; Tröndle/Fischer, StGB, ÖD § 32 Sn. 3b; bu şekilde Türkiye'de Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, s. 139; nesnellik kuramı (objektiflik) konusunda bkz. ayrıntılı Demirbaş GH, s. 253.

89 Krş. Wessels/Beulke, AT, § 9 I Sn. 379; Jescheck/Weigend, AT, § 34 V; Kühl,

IV. Sonuç değerlendirmesi

Sonuç olarak öncelikle belirtmek gerekir ki, tıp ceza hukukunda rıza, ayrıcalıklı ve özellikli bir yapıya sahiptir. Ayrıca çalışmada, tıp ceza hukukunda rıza kurumunun varoluş gerekçesi ve hukuken geçerli bir şekilde kurulmasına ilişkin tüm koşulların, Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türkiye’de temelde ortak oldukları; ülkeler arasında, koşulların içeriklerine ilişkin farklılıkların bulunduğu saptanmıştır. Farklılıklar ve özellikli yapı kendisini en iyi, rızanın ilk geçerlilik koşulu olan, zedelenecek hukuki değer üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının belirlenmesi üzerinde göstermektedir. Keza, burada hastanın, bireysel özerklik hakkı ön plana çıkarılmakta, hastaya, hayatı tehlike doğuracak bile olsa, tedaviyi reddetme ya da rızasını geri alma hakkı tanınmaktadır. Hastanın bireysel özerklik hakkının sınırının, söz konusu tüm ülkelerde, ölüme etken yardımın talep edilemeyeceği hususu ile belirlendiği görülmektedir.

Ayrıca, vücut bütünlüğü üzerinde sınırlama getiren ahlaka aykırılık kavramı, tıp ceza hukukunda, tıbbi müdahalelerin iyileştirme amaçlarının bulunması sebebiyle, esaslı bir uygulama alanı bulamamakta; Türkiye’de ise, bu konuda Anayasa’nın temel haklara sınırlandırma getirilmesine yönelik olan, 13. maddesinin temel ilkelerinin, belirleyici olması gerektiğine, bu çalışmada vurgu yapılmaktadır. Bu sebeple, Türkiye’de, yasal düzenlemelerdeki sınırlamalara ve ölçülülük ilkesine uyulduğu sürece, “hukuka aykırılıktan” söz etmek mümkün olmayacaktır.

Rızanın hukuken geçerli olarak kurulmasının ayrıca, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü, dikkat ve özen kurallarına uygun olarak yerine getirmesine bağlı olduğunun, tüm ülkelerde aynı şekilde kabul gördüğü saptanmıştır. Aydınlatma, bu sebepten dolayı, tıp ceza hukukunda rıza açısından “kurucu” özelliği olan, vazgeçilmez bir etkiye sahiptir. Tıp ceza hukukunda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ağır kuralların geçerli olması ve hatta buradaki rızaya “aydınlatılmış

AT, § 9 Sn. 41; Kindhäuser, AT, § 29 Sn. 8; Türkiye’de de bu durumda, hekimin cezalandırılmayacağı hakim görüşüdür. Ancak, burada teşebbüs anılmamaktadır. Bkz. Yenerer-Çakmut, s. 200. Ayrıca, nesnellik kuramı (objektiflik) konusunda bkz. Demirbaş GH, s. 253.

ya da bilgilendirilmiş rıza” denilmesi, yine bu alandaki rızaya ait olan belirleyici bir özelliktir.

Rızaya ait olan, bu koşullar dışındaki, tüm ülkelerde geçerli olan diğer geçerlilik koşulları, genel bir hukuka uygunluk sebebi olan rıza ile kural olarak uyuşmaktadır.

Böylelikle iyice açığa çıkmıştır ki, tıp ceza hukukunda rıza, temeli söz konusu ülkelerin anayasalarından, Biyotıp Sözleşmesi’ne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne kadar uzanan, vazgeçilmesi mümkün olmayacak, hukuki bir kurumdur. İçeriğinin temel haklarla ve insan öz saygınlığının dokunulmazlığı ilkesi ile sıkı bir bağlantı içinde olması, rızanın tıp ceza hukukunda da, hukuken geçerli bir şekilde kurulmasına, esaslı bir anlam yüklemektedir. Bu anlamda, açıklanan nesnel ve öznel koşulların verilmiş rızada bulunmaması, hastanın haklarına saldırı oluşturacak ve bu şekildeki rızalar, hukuken geçersiz kabul edilecektir. Bu durumda, ortaya çıkan hukuki değer, yani hak zedelenmesinin, hekime nesnel olarak yüklenmesi de söz konusu olabiliyorsa, hekimin meslek sanat kurallarına uygun ya da başarıyla sonuçlanmış tıbbi müdahalesi dahi, hukuka aykırı olacaktır. Bu da, bir hukuka uygunluk sebebi olan rızanın varlığının somut olayda, ne denli vazgeçilmez bir yapı taşı olduğunu, bir kez daha çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Amelung, Knut / Eymann, Frieder, “Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht”, *Juristische Schulung Dergisi* içinde, 2001 Basım, s. 937-946 arasında, Atıf: Amelung/Eymann, *JuS* 2001, Sayfa.

Artuç, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara 2008, TCK Yorumu. Atıf: Artuç, KKS, § Kanun Maddesi, Sayfa.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. kitap, 3. Baskı, Ankara 2002, ders kitabı, Atıf: Artuk/Gökçen/Yenidünya, GH, Sayfa.

Atladı, Barış, “Türk Ceza Hukuku ve Aktif Ötanazi”, 1. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sunum, Atıf: Atladı, Sayfa.

Avcı, Mustafa, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, 1. Baskı, İstanbul 2004, Atıf: Avcı, Sayfa.

Bartam, Heinz / Kalchschmid, Gertrud, “Die Patientenverfügung – Zwischen Selbstbestimmung und Paternalismus”, Viyana, 2005, Atıf: Bartam/Kalchschmid-Kısım yazarının adı, Sayfa.

Baumann, Jürgen, “Körperverletzung oder Freiheitsdelikt?”, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* içerisinde, 1958 yılı, sayfa 2092-2094 arasında, makale, Atıf: Baumann, *NJW* 1958, Sayfa.

Beling, Ernst, “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* içerisinde, 44. sayı, 1924, sayfa 220-244 arasında, makale, Atıf: Beling, *ZStW* 44 (1924), Sayfa.

Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, cilt 1, Leipzig 1885, Atıf: Binding *Handbuch* I, Sayfa.

Bockelmann, Paul, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968, Atıf: Bockelmann, Sayfa.

Centel, Nur / Zafer, Hamidi / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, İstanbul 2006, ders kitabı, Atıf: Centel/Zafer/Çakmut, TCH Giriş, Sayfa.

Centel, Nur / Zafer, Hamidi / Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2007, ders kitabı, Atıf: Centel/Zafer/Çakmut, KKIS, Sayfa.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı, Ankara 2006, Atıf: Demirbaş, GH, Sayfa.

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. baskı, İstanbul 2001, ders kitabı, Atıf: Dönmezer, KMKC, Sayfa.

Dreier, Horst, “Grenzen des Tötungsverbotes, Teil II”, Juristen Zeitung Dergisi içinde, 2007 basım, S. 317-372 arasında, Atıf: Dreier, JZ 2007, Sayfa.

Ehlers, Alexander P.F. Ehlers / Broglie, Maximilian, Arztaftungsrecht, 4. baskı, Münih 2008, Atıf: Ehlers/Broglie-Yorum yapının adı, § Başlık num., Satır num.

Engisch, Karl, “Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft içerisinde, 58. sayı, 1939, sayfa: 1-52 arasında, makale, Atıf: Engisch, ZStW 58 (1939), Sayfa.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tibbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, Ankara 2003, yüksek lisans tezi, Atıf: Erman, Sayfa.

Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Baskı, Münih 2006, ders kitabı, Atıf: Frister, AT, § Kısım num., Satır num.

Göbel, Alfred, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main, 1992, Atıf: Göbel, Sayfa.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Baskı, Berlin 2001, ders kitabı, Atıf: Gropp, AT, § Kısım num., Satır num.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 1. baskı, Ankara 2007, Atıf: Hakeri, TH, Sayfa.

Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1. baskı, Stuttgart 2005, ders kitabı, Atıf: Heinrich, AT I, § Kısım num., Satır num.

Heintschel-Heinegg, Bernd von, Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Münih, 2008, kanun yorumu, Atıf: BeckOk-Yorum yapanın adı, § Madde num., Satır num.

Heintschel-Heinegg, Bernd von, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, cilt 1, Münih, 2003, kanun yorumu, Atıf: MK-Yorum yapanın adı, § Madde num., Satır num.

Höpfel, Frank / Ratz, Eckart, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 75-79. madde ön değerlendirme kısmı, 33. baskı, Viyana 2001, yorum yapan: Moos, Reinhard, 78. madde kısmı 35. baskı, Viyana 2002, yorum yapan: Moos, Reinhard, 90. madde kısmı 50. baskı, Viyana 2004, yorum yapan: Burgstaller, Manfred, Schütz, Hannes, 110. madde kısmı, 17. baskı, Viyana 2000, yorum yapan: Bertel, Christian, Atıf: Wiener-Kommentar-Yorum yapanın adı, § Madde num. Satır num.

İnceoğlu, Sibel, "İnsan Hakları Bakımından Ötanazi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt. 3, sayı. 2, yıl. 2006, sayfa. 289-306 arasında, makale, Atıf: YÜHFD, Sayı 2 2006, Sayfa.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. baskı, Berlin 1993, ders kitabı, Atıf: Jakobs, AT, § Kısım num., Sayfa num.

Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. baskı, Berlin 1996, ders kitabı, Atıf: Jescheck/Weigend, AT, Kısım ve Başlık num.

Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch, 6. baskı, Münih 2005, kanun yorumu, Atıf: SK-Joecks, Ön Değerlendirme (ÖD) § Madde num., Satır num.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. baskı, Baden Baden 2006, ders Kitabı, Atıf: Kindhäuser, AT, § Kısım num., Satır num.

Koca, Mahmut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ceza Hukuku Dergisi, Sayı. 1, Ekim 2006, Ankara 2006, makale, Atıf: Koca, CHD 2006 Sayı. 1, Sayfa.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel

Hükümler, 1. baskı, Ankara 2008, ders kitabı, Atıf: Koca/Üzülmez, GH, Sayfa.

Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. baskı, Berlin 1997, ders kitabı, Atıf: Köhler, AT, § 5 Kısım num., Başlık num.

Kröger, Tina Marie, Die Rechtfertigung des ärztlichen Heileingriffs sowie die juristische Bewertung sonstiger ärztlicher Behandlungsmaßnahmen, Göttingen 2004, doktora, Atıf: Kröger, Sayfa.

Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. baskı, Münih 2008, ders kitabı, Atıf: Kühl, AT, § Kısım num., Satır num.

Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 25. baskı, Münih 2004, kanun yorumu, Atıf: Lackner/Kühl, § Madde num., Satır num.

Liszt, Franz von, Lehrbuch, des deutschen Strafrechts", 9. baskı, Berlin 1899, ders kitabı, Atıf: v. Liszt, Lehrbuch, Sayfa.

Lorenz, Dieter, "Aktuelle Verfassungsfragen des Euthanasie", Juristen Zeitung Dergisi içinde, 2009 basım, S. 57-112 arasında, Atıf: Lorenz, JZ 2009, Sayfa.

Martis, Rüdiger / Winkhart, Martina, Arzthaftungsrecht, Köln 2003, Atıf: Martis/Winkhart, Sayfa.

Meran, Necati, Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. baskı, Ankara 2007, kanun yorumu, Atıf: Meran, TCK, § Madde num., Sayfa.

Niedermair, Harald, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1. baskı, Münih 1999, Doktora, Atıf: Niedermair, Sayfa.

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht, 6. baskı, Berlin 2002, ders kitabı, Atıf: Otto, GK, § Kısım num., Satır num.

Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, cilt 2, 1. baskı, Ankara 2008, kanun yorumu, Atıf: Özbek, TCK Şerhi II, § Madde num., Sayfa.

Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, cilt 1, 3. baskı, Ankara 2006, kanun yorumu, Atıf: Özbek, TCK Anlamı I, § Madde num., Sayfa.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. baskı, Ankara 2006, ders kitabı, Atıf: Özgenç, GH, Sayfa.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2. baskı, Ankara 2005, kanun yorumu, Atıf: Özgenç, TCK Şerhi, § Madde num., Sayfa.

Öztürk, Bahri, "Ötanazi", Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyum Kitabı, Ankara 2008, S. 104-108 arasında, Atıf: Öztürk, TTB, Sayfa.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, 5. baskı, Ankara 2007, ders kitabı, Atıf: Öztürk/Erdem, GH ve ÖH, Sayfa.

Posselt-Wenzel, Helly, Medizinische Eingriffe bei geistig behinderten Menschen, Frankfurt Am Main 2004, doktora, Atıf: Posselt-Wenzel, Sayfa.

Püsküllüoğlu, Ali, Türkçe Sözlük, 6. baskı, İstanbul 2007, Alıntı: Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, Sayfa.

Rieger, Gregor, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Berlin, 1997, doktora, Atıf: Rieger, Sayfa.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, cilt 1, 4. baskı Münih 2006, Atıf: Roxin, AT I, § Kısım num., Satır num.

Rönnau, Thomas, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Juristische Ausbildung Dergisi içinde, 2002 baskı, S. 665-675 arasında, Atıf: Rönnau, JURA 2002, Sayfa.

Schönke, Adolf / Schröde, Horst / Cramer, Peter, Strafgesetzbuch, 27. baskı, Münih 2006, kanun yorumu, Atıf: S/S/C-Maddeyi yorumlayanın adı, § Madde num., Satır num.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. baskı, Ankara 2005, ders kitabı, Atıf: Soyaslan, GH, Sayfa.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. baskı, Ankara 2006, ders kitabı, Atıf: Soyaslan, ÖH, Sayfa.

Sternberg-Lieben, Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997, doçentlik tezi, Atıf: Sternberg-Lieben, Sayfa.

Stratenwerth, Günter / Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. baskı, Köln 2004, ders kitabı, Atıf: Stratenwehrt/ Kuhlen, AT, § Kısım num., Satır num.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, cilt 1, 1. baskı, İstanbul 2006, kanun yorumu, Atıf: Şen, YTCK Yorumu, § Madde num. Sayfa.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007, ders kitabı, Atıf: Toroslu, GH, Sayfa.

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, Beckische Kurz Kommentare Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. baskı, Münih 2007, konun yorumu, Atıf: Tröndle/Fischer, StGB, Ön Değerlendirme (ÖD) § Madde num., Satır num.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. baskı, Ankara 2005, Alıntı: TDK, Türkçe Sözlük, Sayfa.

Ünver, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, içinde, cilt 3, sayı 2, Yıl 2006, sayfa 227-288 arasında, Atıf: Ünver, YÜHFD, 2006 Sayı 2, Sayfa.

Wachenhausen, Heike, Medizinische Versuche und klinische Prüfung an Einwilligungsunfähigen, Frankfurt am Main, 2001, doktora, Atıf: Wachenhausen, Sayfa.

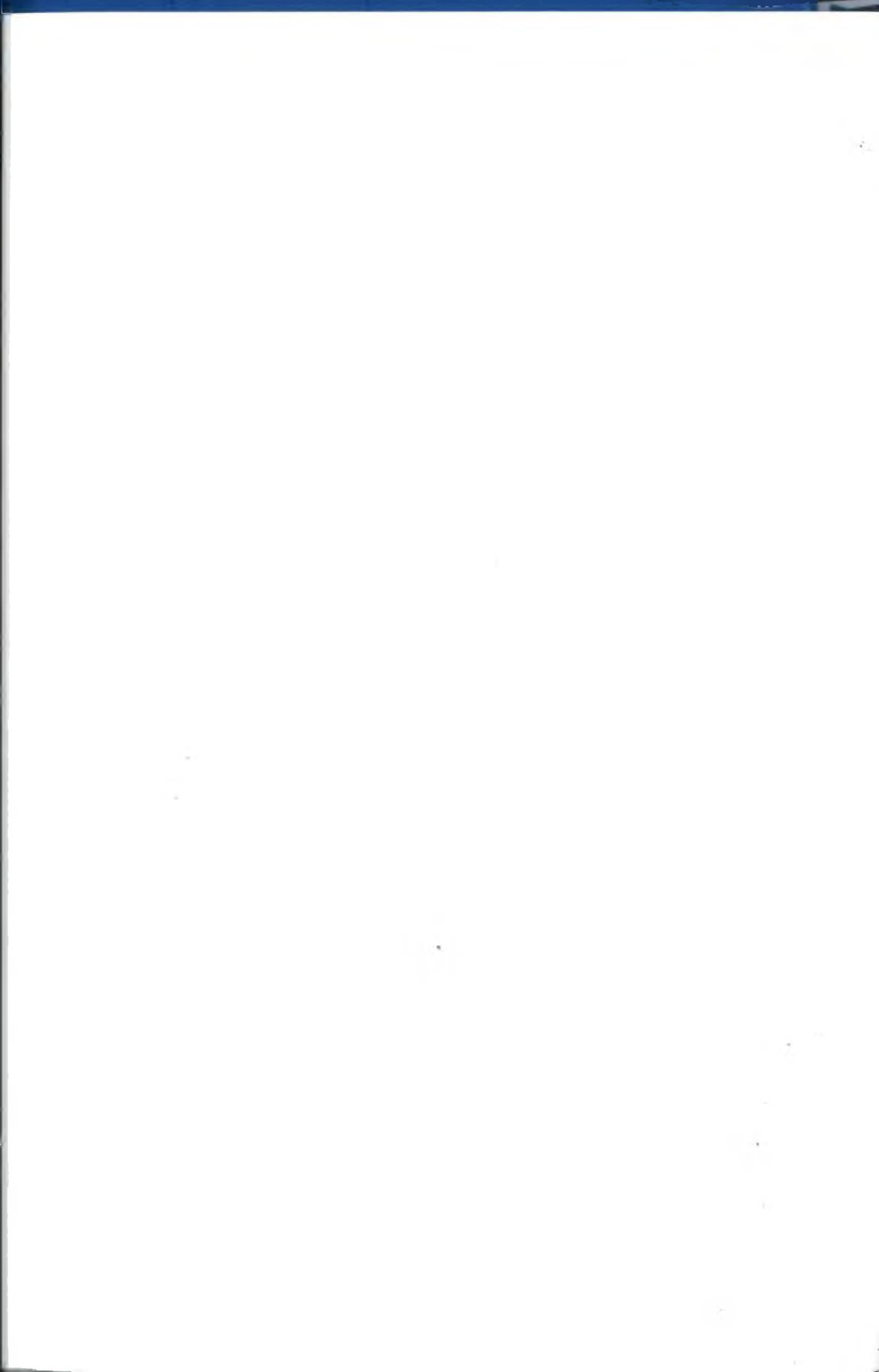
Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. baskı, Berlin 1949, Atıf: Welzel, Sayfa.

Wernstedt, Thela, Sterbehilfe in Europa, Frankfurt am Main, 2004, doktora, Atıf: Weenstedt, Sayfa.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. baskı, Heidelberg, 2006, ders kitabı, Atıf: Wessels/Beulke, AT, § Madde num., Satır num.

Yenerer Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın, Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1. baskı, İstanbul 2003, doçentlik tezi, Atıf: Yenerer-Çakmut, Sayfa.

Yenisey, Ferudun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukuku Güncel Sorunları, 2008 Ankara, Sayfa 868-880 arasında, sunum, Atıf: Yenisey, TBB, Sayfa.



TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇLARI

Prof. Dr. Yener ÜNVER¹

I - ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

TCK. m. 99 (Çocuk düşürtme).

(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurma-

1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

miş olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükümlenir.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir².

- 2 **Gerekçe:** “Çocuk düşürme ve düşürtme suçları açısından 24. 5. 1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümler göz önünde bulundurulmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır. Bu kanunun öngördüğü hükümler, bugünkü toplumsal ihtiyaçları karşıladığı kanaatinde bulunduğundan, madde metninin düzenlenmesinde esas alınmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, hukuken geçerli rızası olmaksızın bir kadının çocuğunun düşürülmesi suç olarak tanımlanmıştır. Kadının rızasıyla çocuk düşürme halinde ise, gebeliğin on haftayı aşmamış bulunması koşulu ile fil suç oluşturmayacaktır.

İkinci fıkraya göre, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürülmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında da ceza öngörülmüştür. Buna karşılık, tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde on haftayı aşan gebelik halinde çocuğun alınmış bulunması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir.

Maddenin üç ve dördüncü fıkralarında, çocuk düşürtme suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir.

Beşinci fıkrada; rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların gebeliği sona erdirmeye konusuna meslek olarak yetkili olmayan kişiler tarafından işlenmesi, bu suçlardan dolayı verilecek cezanın artırılması sebebinin oluşturulmaktadır.

Altıncı fıkraya göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

A. SUÇLA KORUNMASI AMAÇLANAN HUKUKSAL DEĞER

Bu suçla korunması amaçlanan hukuksal değer, doktrinde farklı biçimde tespit edilmiştir. Bir görüşe göre, burada korunması amaçlanan hukuksal değer, ceninin yaşama hakkıdır. Bir diğer görüşe göre ise, korunması amaçlanan hukuksal değer, hamile kadının sağlığıdır. Bir üçüncü görüşe göre ise, ırkın devamlılığının sağlanması ve devletin nüfus politikasının sekteye uğramaması korunan hukuksal menfaattir³.

Kanımcıca, bu suçla korunması amaçlanan hukuksal değer tek olmayıp, birden fazladır. Öncelikle ceninin yaşam hakkı ve ayrıca çocuğu düşürülen ve bazı koşullarla rızası eylemi hukuka uygun hale getiren gebe annenin vücut bütünlüğü, nüfus planlamasındaki bireysel ve toplumsal yararlar, çocuk ve annenin sağlık hakkı ve üreme-soyunu devam ettirme hakkıdır⁴. Doktrinde bu suçla esasında gelecekteki yaşamın korunduğu ve ikinci derecede ise annenin sağlığının korunduğu belirtilmekte⁵, başka yazarlara göre ise korunan değer insan yaşamı, doğru bir ifadeyle ceninin yaşamı olup, cenin anne vücudunda olup serbestçe çıkarılabilecek bir organ değil, yaşama ümidini taşıyan bir varlıktır⁶. Kanun koyucumuz bu hukuksal değerlerden annenin vücut bütünlüğü ve hamileliğin durdurulmasını-

3 Bu görüşler için bkz. **ERMAN**, Sahir-**ÖZEK**, Çetin. Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar., İstanbul 1994, sh: 187 vd.; **HAKERİ**, Hakan. Tıp Hukuku, Ankara 2007, sh: 444; **DÖNMEZER**, Sulhi. Kişilere ve Mala Karşı Suçlar., 16. Bası, İstanbul 2001, sh: 200; **KATOĞLU**, Tuğrul. Ceza Hukuku Bakımından Çoğul Gebeliklerin Kısmi Sonlandırılması., GÜHFD, C. II, 2004, sh: 280; **KANBUR**, Mehmet Nihat. Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezaî sorumluluğu., in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, sh: 1231.

4 Karş. **YURTCAN**, Erdener. Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985, sh: 45.

5 **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, sh: 269.

6 Belirtelim ki, bu görüş cenini insan ile özdeşleştirmekte ve hatta cenin ile annenin bir bütün olarak görülebileceğini ve bu suçla sadece ceninin değil, aynı zamanda annenin de korunduğunu kabul etmektedir (Bkz. **HAKERİ**, Hakan. Tıp Ceza Hukuku, Ankara 2008, sh: 443).

daki iradesine hepsinden daha çok önem vererek, bunu kişiye karşı suçlar arasında düzenlemiş ve bazı koşullarla anneye tercih hakkı tanımıştır. **Ancak annenin buradaki müdahaleyi yönelik tercihi sınırsız olmadığı gibi mutlak da değildir. Esasen madde metninde annenin tercih ve yararı on haftayı doldurmamış gebelik halleri ve tıbbi zorunluluklarla sınırlıdır.** Esasen imzalanıp onaylanmakla iç hukuk normlarımızdan olan Avrupa Bio-Hukuk Sözleşmesi'nin gerekleri yerine getirildiğinde, klonlama, suni döllenme, embriyonun korunması v.s. açılarından bu müdahalelerdeki irade beyanının kapsamı, süresi, konusu ve amacı konusunda değişikliğe ve hukuksal korumanın genişlemesi suretiyle annenin tercih alanının pozitif normlarımızla (özellikle Kanunlarla) daraltılması kaçınılmazdır; hatta bu yöndeki düzenlemelerin yapılmasında geç dahi kalınmaktadır.

B. TERMİNOLOJİ SORUNU

Suç tipine ilişkin maddenin “çocuk düşürtme” biçimindeki başlığı yerinde değildir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun bunun yerine daha yerinde olarak “*gebeliğin sona erdirilmesi*” ifadesini (m. 5 ve 6) kullanmıştır. Oysa suçun konusu ancak ana rahmine yerleşmiş cenin olabilir⁷. Kaldı ki gerek TCK (m. 6/b), ÇKK ve CMK (örneğin ÇÇK. m. 3/1-a; CMK. m. 150/2) açısından gerek Çocuk Hakları Sözleşmesi açısından *çocuk* deyimini doğmuş ve yaşayan bir çocuğun 18 yaşının tamamlanmasına kadarki zaman dilimi için kullanılmakta olup, cenin (fötüs) için kullanılmamaktadır.

Ülkemiz açısından **Embriyonun Korunması Kanunu bulunmadığı** gibi, embriyo, kök hücre üzerindeki tıbbi müdahalelere ilişkin başkaca özel bir düzenleme, örneğin **Kök Hücre araştırmaları hakkında bir Kanun da bulunmamaktadır** ve bunların vakit geçirilmeksizin düzenlenmeleri gerekmektedir.

Türkiye, **Biyo-Tıp Sözleşmesi**'ni kabul edip onaylamakla birlikte ek protokolleri ve bu bağlamda Ovedio Ek Protokolünü de

7 Aynı yönde: **HAKERİ**, Tıp Ceza Hukuku, sh: 444; **TEZCAN**, Durmuş-**ERDEM**, Mustafa Ruhan-**ÖNOK**, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku., 6. Bası, Ankara 2008, sh: 270, ve aynı sahife dipnot: 6.

onaylamadığı için, halen embriyo, kök hücre, embriyo üzerindeki müdahalelerin canlı veya ölü gerçek kişinin organ ve dokularının korunmasına ilişkin organ ve doku nakli kanunu ile TCK'nun 91-93. maddelerinin uygulanmasıyla yetinmek uluslararası standartta uygun düşmemektedir.

C. SUÇUN FAİLİ

Birinci ve ikinci fıkradaki suçun faili gerçek herkes olabilir. Özgü bir suç değildir. Hamileliğe son vermek müdahalesinin üzerinde gerçekleştiği kadının asli fail olduğu durumlarda bu kadın bu maddedeki suçu değil, 100. maddedeki çocuk düşürme suçunun faili olacaktır. Yani bu 99. maddedeki suçun faili, anne dışında herkes olabilir. Rızaya dayalı dahi olsa, fiilin yetkili olmayan bir kimse tarafından icrası cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak düzenlenmiştir (m. 99/5).

Ancak, bu suç tipiyle ilgili olarak TCK'nda özel bir düzenlemeye yer verilmediği için, bu suçun faili tüzel kişi olamaz.

Belirtelim ki, doktrinde bazı yazarların⁸ çocuğun hastanede bir uzman tarafından alınması ve rıza dışında alındığına ilişkin kadın üzerinde bir belirtinin bulunmamasının çocuğun rıza ile düşürüldüğünün kanıtı olarak kabul edilebileceğine 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 oluş-

8 Bkz. MERAN, Necati. Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2005, sh: 230.

turmak 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.

Başka bir husus ise, 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 yararlanır 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 alınır veya tıbbi müdahale önce verilen ilaçların annenin direncini ve çoğu kez de annenin bilincini (geçici olarak) ortadan kaldırdığı dikkate alınır, önerilen ve kanımızca hem hatalı hem de mevzuatımıza aykırı görüş dikkate alındığında, annenin üzerinde bir boğuşma, zörlama 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.

TCK.nun 99/5. fıkrasının ilk cümlesinde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocu-

ğunun **yetkili olmayan bir kişi** tarafından düşürtülmesini özel olarak düzenlemiş ve sırf eylemin yetkili olmayan bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Burada, aynı maddenin 1-4. fıkralarındaki suçlardan (korunan hukuksal değer ve suçun maddi konusu aynı olmakla birlikte) unsur olarak tamamen ayrı ve bağımsız unsurlar içeren bir suça yer verilmiştir. Bazı yazarlar buradaki “yetkili olmayan kişiden, jinekolog ihtisası olmayan herhangi bir kişinin anlaşılması gerektiğini ifadeyle, jinekolog olmayan bir doktorun veya jinekolog olmakla birlikte tabi olduğu mesleki mevzuat gereğince henüz yetkili kılınmayan kişilerin de “yetkili olmayan kişi” sayılması gerektiği düşüncesindedirler⁹.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılan 1983 tarih ve 7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3/2. maddesi hükmüne göre, hamileliğin sona erdirilmesine yönelik olan rahim tahliyesi fiilleri “*kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca*” yapılır. Aynı Tüzük’ün 3/3. maddesinde ise; Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde *menstrüel regülasyon* yöntemiyle rahim tahliyesi yapabileceği hükme alınmıştır.

Burada ise, 99. maddenin 1-4. fıkralarına atıfla, bu fıkralardaki eylemlerin **yetkili olmayan kimseler** tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, ilgili fıkralara göre belirlenecek cezaların yarı oranında artırılarak hükmedileceği ifade edilmiştir. Çocuğu düşürtme eyleminin yetkili olmayan kimse tarafından düşürtülmesi 99/5. maddenin ilk cümlesinde suçun önemli bir unsuru, aynı maddenin 1-4. fıkralarında düzenlenen suçlar açısından ise **cezayı ağırlatıcı bir nedendir**. Bu bağlamda, örneğin 3. veya 4. fıkralardaki durumlar gerçekleştiğinde, önce bu fıkraların bizatihi kendilerinin ağırlatıcı nedenleri düzenlemesi dolayısıyla bu ilgili fıkralar uygulanarak temel ceza artırılacak ve elde edilen bu ceza tür ve miktarı daha sonra ise 5. fıkranın son cümlesi uygulanarak yeniden (bu fıkra uyarınca) artı-

9 DONAY-KAŞIKÇI. Türk Ceza Kanunu, 2. Bası İstanbul 2005, sh: 154. Karş. KANBUR, age, sh:1234-1236.

rılacaktır. Belki de, bu son cümlelerin dördüncü fıkra veya mevcut 4. ve 5. fıkralar arasında aynı bir fıkra olarak yer alması kanun koyma tekniği açısından daha yerinde bir tutum olurdu. Çünkü, 5. fıkranın ilk cümlesi, bir sonraki cümleden farklı ve bağımsız olarak, belirli koşullarla, yetkili olmayan kimsenin çocuk düşürtme eylemini önceki fıkralardan bağımsız bir suç olarak düzenlemektedir. Oysa, 5. fıkranın son cümlesi ise, bu 5. fıkraya ilişkin olmayıp, aynı maddenin 1-4. fıkralarına ilişkin ortak bir cezayı ağırlatıcı nedeni düzenlemektedir. Ancak, her iki olasılık açısından da, “yetkili olmayan” kimse- nin tespiti, TCK.nun 99. maddesi hükmüne dayanılarak saptanamaz. Madde metninde bu konuda bir atıf veya açıklık bulunmamaktadır. Zorunlu olarak, çocuk düşürtme eylemine ilişkin diğer (yan) mevzu- ata bakarak bu saptamayı yapmak gereklidir.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 5. maddesi, asıl olarak on haftayı ge- çen gebeliklerde rahim tahliyesini yasaklamakta ve on haftayı geçen gebeliklerde ancak bu Tüzük’e ekli (2) numaralı listede sayılan hasta- lıkların bulunması halinde belirli özelliklerini belirttiği bir raporun alın- ması kaydı ile bu ameliyenin yapılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Tüzük’ün 7/2. maddesi, bu rahim tahliyesinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılacağını hüküm altına almıştır.

Bu belirtilen uzmanlıklara sahip olma yanında, bu kişinin ayrı- ca yetkilendirilmiş olması gerektiği de dikkate alınmalıdır. Zira, Sağ- lık Bakanlığınca açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzma- nının denetim ve gözetiminde menstrüel yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilir. Dikkat edilirse, burada TCK açısından önemli olan çocuğu düşürtme eylemini yapacak olanın yetkili olmasıdır. Gerçekte, yet- kili olan her kişinin uzman olduğu söylenemez; bu yüzden TCK’nın düzenlemesi sakıncalıdır. Özellikle ülkemizde zaman zaman çıkarı- lan Kanun veya diğer düzenlemelerle doktorların tabi tutuldukları kısa süreli kurslar sonrasında kendilerine birçok yetki ve görevin dağıtımının yapıldığı bir gerçektir. Bu uygulama o kişilerin gerçek- ten uzman oldukları ve tıbbın o andaki seviyesinin aradığı standarda uygun oldukları anlamına gelmemektedir ve çoğu kez de siyasetçi-

ler veya diğer guruplarca hem suiistimal edilmekte hem de fiiliyatta insanların sağlıkları açısından sakıncalı sonuçlara yol açılmaktadır. Öncelikle TCK'nun hem yetkili kimse hem de uzmanlık koşulunu aranması gerekliliğini getirecek bir içeriğin madde metnine eklenmesi yönünde değiştirilmesi gerekmektedir. Çünkü, mevcut hüküm karşısında, uzman olmadığı ve sağlık güvencesi açısından yeterli olmadığı halde kendisine yetki verilen kimse bu işlemi yapamayacağı gibi, bu konuda ne kadar uzman olursa olsun kendisine yetki (kanuni izin) verilmeyen bir kimse de bu müdahaleyi yapamayacaktır. Buna karşılık, halen mevcut norm karşısında, diğer Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklerin bu müdahaleyi yapmak için aradığı bilimsel ve hukuksal koşullar yanında, o kişilerin bu müdahaleleri yapmak açısından da ayrıca yetkilendirilmeleri gerekmektedir.

D. SUÇUN MAĞDURU

Erkekler bu maddede düzenlenen **suçun mağduru** olamaz: Bu suç bir **kadına** karşı işlenebilir. Kadının evli olup olmaması açısından bir fark bulunmamaktadır. Korunan hukuksal değer ne olduğuna göre bu suçun mağdurunun kim olduğu sorusunun cevabı da değişmekle birlikte, kanımca, çocuk düşürtme suçunun mağduru TCK'na göre, hamile kadındır.

Ancak rıza açısından rıza beyanında kadının bulunması aranmakla birlikte, kanuni veya iradi temsilcisinin bu kadın adına rıza açıklamaya hakkı bulunup bulunmadığı ve keza kadının akli veya kendini idareden aciz durumuna sokacak bir bedeni rahatsızlığının bulunması durumunda veyahut 18 yaşından küçük kadın ile kanuni veya iradi temsilcisinin iradelerinin çelişmesi durumunda hangisinin iradesinin geçerli kabul edileceği ve nihayet kadının evli olup olmamasının bu açıdan bir öneminin bulunup bulunmadığı madde metninde açıklığa kavuşturulmamıştır. Her ne kadar doktrinde, çocuk düşürtmeden gebeliği sona erdirmeye amacıyla cenine yönelik her türlü müdahale olarak tanımlamakta¹⁰ iseler de, çoğu kez bu müdahale anneye yönelik olup, bazen de hem cenin hem anneye yönelik gerçekleştirilir.

10 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, sh: 271.

E. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, gebe kadının bedeni ve düşürülen çocuğun yaşam ve bedenidir. Şüphesiz ceninin canlı olması ve eylem öncesinde anne karnında yaşıyor olması gerekmektedir. Yapılan eylem öncelikle annenin vücut ve yaşam hakkına ikincil planda ise anne karnındaki ceninin yaşam hakkına saldırı oluşturacaktır. Yaşamayan (ölmüş) cenini düşürmeye yönelik eylemler bu suça vücut vermeyecek olmakla birlikte, döllenenmemiş olmak kaydı ile hastalıklı bir yumurtanın ceninden çıkarılması da bu suça vücut vermez. Ancak döllenenmiş bir embriyonun çıkarılmasına yönelik müdahalenin, **sırf hastalıklı diye bu suçu oluşturmadığı söylenemez; aksine bu olasılık tıbbi zorunluluk (ıztırar hali) gerekçesiyle hamileliğin sona erdirilmesine bir örnek teşkil edecektir.**

TCK 99. maddesinde tanımlanan çocuk düşürtme suçunun gerçekleşebilmesi için, anne karnında canlı bir ceninin bulunması gerekir. Çocuk düşürtme suçlarında ön koşul kadının gebe olmasıdır. Kadın gebe değilse, çocuk düşürtme suçunun veya bu suça teşebbüs içeren hareketlerin gerçekleştirilmesi olanaksızdır. Gebeliğin doğal ya da yapay dölllenme yoluyla oluşması önemli olmadığı gibi gebe kadının tüp bebek taşıması da sonucu değiştiremez. Önemli olan kadının gebe olmasıdır. Başka bir ifadeyle, çocuk düşürtme suçunun ön şartı, annenin fiil anında hamile olmasıdır. Gebeliğin tabii ya da suni dölllenme sonucu gerçekleşmesi önem arz etmemektedir. Hatta ceninin dış gebelik durumunda yaşama şansı, doğma ümidi varsa ön şart yine gerçekleşmiş sayılır. Bu hamilelik koşulu, çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerin yapıldığı anda aranmalıdır. Kadın gebe değilken failce öyle sanılması durumunda ön şart gerçekleşmediğinden çocuk düşürtme suçunun da gerçekleşmeyeceği açıktır. Ancak, kadın gebe olmadığı halde, hamile zannedilerek failin hareketleri sonucunda meydana gelen neticeye göre, TCK. m. 87/4veya m. 862, m. 87/1-2-3, m. 88/1 maddeleri uygulanacaktır.

Cenin canlı doğduktan sonra bir süre sonra ceninin ölmesi durumunda, hem yaşama süresinin kısalığı hem de çıkarma eylemi nedeniyle zarar gördüğü için ölmesi durumunda bu suçun oluştuğu ve fakat ceninin canlı doğduktan ve/veya yaşama şansı

olduğu halde sonradan yapılan müdahaleler nedeniyle ölmesi durumunda adam öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

F. SUÇUN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURU

Bu suçun manevi unsuru **kasttır**; tipe uygun eylem taksirle gerçekleştirildiğinde suç teşkil etmediğinden cezalandırılmayacaktır. Herhangi bir biçimde formüle edilecek özel kastın suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır. Suçun birinci dereceden ve ikinci dereceden kastla işlenmesi mümkün olduğu gibi, **olası kastla** (doğrusu *belirsiz kastla*) işlenmesi de mümkündür. Çünkü, kişi üzerinde yapılan bir tıbbi müdahale sonucunda çocuğunun düşmesi ihtimalini görmesine karşın neticenin meydana gelmemesi için hiçbir önlem almadığı gibi, davranışlarına “ne olursa olsun” mantığıyla devam eden kişi burada olası kastla hareket etmiş olacaktır ve TCK.nun 21/2. maddesi uyarınca suçun cezası indirilerek verilecektir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, çocuğun düşürülmesi bu biçimde belirsiz kastla değil de, başka suçlar işlenirken meydana getirilirse, bu neticeyi ayrıca düzenleyen suç tiplerine ilişkin hükümler öncelikle uygulama alanı bulacaklardır. Örneğin, çocuk düşürtme bu veya benzeri biçimde değil de, hamile olduğu bilinen kadının öldürülmesi söz konusu olursa fail hakkında 82/1-f, hamile kadına karşı müessir fiil suçu işlenmesi sonucunda meydana getirilirse TCK.nun 87/2-e, taksirle müessir fiil sonucunda hamile kadının çocuğunun düşürülmesine neden olunmuşsa faile TCK.nun 98-3-e maddesi uyarınca ve keza işkence suçu işlenmesi suretiyle hamile kadının çocuğunun düşmesine neden olunmuşsa TCK.nun 95/2-e maddesi uyarınca ceza verilecektir. Gerek madde metni gerek madde kenar başlığında “**düşürtme**” ifadesi kullanıldığı ve keza 100. maddenin “düşürme” suçunu düzenlemesi dolayısıyla, bu maddedeki suç, tipik eylemin hamile kadın dışındaki bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi haline ilişkindir. Yalnızca, eylemi başkası yapmakla birlikte, hamile kadının rıza göstermesi, 99. maddenin 2. fıkrasında tıbbi zorunluluk bulunmayan hallerde 10 haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürülmesi haline ve 4. fıkrasında ise bir cezayı ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.

Failin kastı ceninin düşürülmesine ilişkin olmalıdır. Fiil annenin yaralanması veya ölmesine yönelik olup, netice itibarıyla cenin de düşmüş ise, adam öldürme kastıyla hareket edilen ve ceninin öldüğü durumlarda sadece adam öldürme suçunun varlığı, yaralama kastıyla hareket edilen durumlarda ceninin ölmesi durumunda ise failin cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli yaralama suçunun (TCK. m. 87/2-e) oluştuğunun kabul edilmesi gerekir¹¹.

Bu suçun **taksirle** işlenmesi mümkün değildir. Taksirle hamile kadının çocuğunun düşmesine neden olmak, **taksirle müessir fiil suçuna** vücut verebilir¹².

Bu suç, yukarıda belirtilen ve çocuğun düşmesini cezaya etkili hal olarak düzenleyen suçlardan ayırmada, failin kastı en belirleyici rolü oynayacaktır. Şüphesiz suçun diğer (farklı) unsurları da değerlendirilecektir; ancak, her iki suç dahi genel kastla işlendiğinde, bu genel kastın kapsamında olan neticenin saptanması ile işlenen veya işlenmeye teşebbüs edilen suçun hangi suç olduğu kolaylıkla saptanacaktır. Çocuk düşürtme suçu ile diğer suçlar arasında bu ölçütler sorunu halletmeye elverişlidir; bununla birlikte, çocuk düşürtme suçu dışındaki, çocuğun düşmesini cezaya etkili hal olarak düzenleyen suçlar arasındaki ayırım, bu belirttiklerimiz yanında, suça ilişkin diğer objektif unsurların saptanması ve netice nedeniyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kuralların birlikte uygulanması ile belirlenmelidir.

G. SUÇUN TİPE UYGUN EYLEM UNSURU

Buradaki “**çocuk düşürtme**” ifadesi, “**kürtaj**” olarak anlaşılmalıdır. Kürtaj çocuk düşürtmenin sadece rahmin kazınması suretiyle yapılan bir biçimdir. *Küretajın* kelime anlamı kazımdır. ama burada adı geçen kürtaj halk arasında, küçük hamileliklerde rahim içerisindeki ceninin tıbbi müdahale ile alınması kastedilmektedir. kürtaj ayrıca teşhis amaçlı da yapılabilir. yani rahim iç duvarından kazınarak örnek alınıp incelenmesi de kürtaj olarak adlandırılır. Ço-

11 Aksi bir görüş ve uygulama için bkz. 3. CD. 29. 11. 2006., E. 2128, K. 9059.

12 Aynı yönde: **HAKERİ**, Tıp Ceza Hukuku, sh: 444.

cuğun tıbbi-bilimsel veya tıp dışı-bilime aykırı yöntemlerden hangisi olursa olsun, her tür çocuk düşürtme eylemi madde kapsamında-
dır. Çocuk düşürtme terimi, kürtajı da içine alan çok daha geniş bir kavramdır. Madde metninde “çocuk düşürtme” terimi kullanılarak **serbest hareketli bir suç tipi** yaratılmıştır. Önemli olan, hareket ve araçların çocuk düşürmeye elverişli olmasıdır¹³. Tek veya çok hareketle yapılması suçun oluşumu için fark etmediği gibi, kullanılan araç ve yöntem de, eylemin yapıldığı yer ve zaman da (son fıkraya ilişkin yerin özelliği koşulu hariç) önemsizdir¹⁴.

Ancak belirtelim ki, (azaltıcı çocuk düşürme diye adlandırılan **fetal redüksiyon** eylemleri de çocuk düşürtme suçuna vücut verir. bu konuda TCK’nda özel bir hüküm bulunmadığı için, sadece çoğul gebeliğe son vermek ve ceninlerden bir veya ikisi dışındakileri rahimden tahliye etmek, anne açısından zorda kalış (ıztırar) hali yoksa çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır..

Çocuk düşürtme, herhangi bir yöntemle çocuğu taşıyan kadın dışında bir başka kişi tarafından gerçekleştirilen ve hamilelik sırasında, yani doğumdan önce gebeliğe son vermek amacıyla cenine yönelik her türlü müdahaledir. Şüphesiz burada, **ceninin erken doğumu sağlanarak hamleliğe son vermek değil, ceninin yaşatılmaması için** öldürerek cenini anne rahminden çıkarmak veya çıkarırken öleceğini bilerek rahimden tahliyesini sağlayıcı bir hareket yapmaktır.

Çocuğun anne veya taşıyıcı anne dışında bir kişi tarafından düşürtülmesi gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, çocuğun anne veya taşıyıcı anne tarafından gerçekleştirilmesi açısından, TCK.nun 100. maddesinde özel bir düzenleme mevcuttur. Çocuğu taşıyan kimse açısından öncelikli norm TCK.nun 100. maddesi hükmüdür.

Asli fail (TCK’na göre fail) olmamak kaydı ile diğer şeriklik hallerinden azmettiren, yardım eden ve birlikte fail (TCK’nın ifadesiyle müşterek fail) anne de bu kendisi dışındaki kişinin iştirak edebilir. Tüzel kişiler açısından özel bir düzenleme olmadığı için,

13 AYDIN, Nurullah. Türk Suç ve Ceza Hukuku., Genel Hükümler-Özel Hükümler, Güncellenmiş 2. Bası, Ankara 2009, sh: 205.

14 Aynı yönde: KANBUR, age, sh: 1238.

her hangi bir bağlantı nedeniyle tüzel kişi hakkında güvenlik önlemi uygulanamayacaktır.

Çocuğu düşürten kimsenin bu konuda uzman veya yetkili kimse olup olmamasının suçun oluşumu açısından esasta önemi bulunmamaktadır. Bu husus yalnızca 5. ve 6. fıkraların uygulanması açısından bir önem arz etmektedir.

Bu suç koca tarafından da, tek başına veya başkalarıyla birlikte (ve hatta bizatihi cebir ve tehditle gebe annenin rızasını alarak veya yardıma zorlayarak dahi), kendi eşine karşı işlenebilir. Korunan hukuksal değerın sahibi/sahipleri, karı-koca ortak olmayıp, cenin ve anne cenindir.

Suç çocuğun düşürtülmesi neticesinin doğması ile tamamlanır; suçun tamamlandığı an ve yer ceninin düşürtüldüğü yer ve andır.

Suç teşkil eden eylemin gebeliğin hangi anında yapıldığı bu açıdan önemsizdir. Bu süre miktarı, sadece annenin on haftayı doldurmayan zaman diliminde rızasıyla eylemi hukuka uygun kılması açısından önem taşımaktadır.

Çocuğun erken doğumu ile düşürtülmesi farklı kavramlar olup, bu suçun oluşabilmesi için çocuğun erken doğumu değil, düşürme ameliyesiyle öldürülmesi de gereklidir. Bunun için çocuğun düşürtme eylemi gerçekleşmeden önce anne rahminde yaşıyor olması ve müdahale sırasında, müdahale nedeniyle öldürülmesi gereklidir. Çocuk erken doğrulur veya tam doğum zamanında düşürtülür ve sonradan (çok kısa süre sonra da olsa) öldürülürse, bu suç değil, adam öldürme suçu işlenmiş olur. Ancak ceninin (çocuğun) düşürtülmeden önce anne rahminde bir araç veya ilaç vasıtasıyla öldürülüp düşürtülmesi ile düşürtme yöntemi veya araç dolayısıyla düşürtülürken öldürülmesi arasında fark bulunmamaktadır. Eylemin adam öldürme suçu yerine bu suçu oluşturabilmesi için, çocuğun doğduğu anda yaşamıyor olması gerekmektedir. Suçun oluşup oluşmadığının saptanması açısından, düşürtülen ceninin/çocuğun düşürtülme eylemi sırasında canlı olması yeterli olup, düşürtülmeseydi ve normal doğum veya erken doğum veya canlı düşürtülme sonrasında yaşama şansının bulunup bulunmaması bu suçun oluşumu açısından önemsizdir.

Düşürtme eyleminin suça vücut vermesi için, **eylemin gebelik sırasında ve ceninin anne rahminde canlı iken yapılması suçu oluşturacaktır**. Esasen ölmüş bir ceninin anne rahminden çıkartılması bu suçu oluşturmaz¹⁵.

Buna karşılık, **ağır özürlü de olsa, canlı doğmuş bir çocuğun ölüme terk edilmesi** halinde hekim ihmali bir hareketle kasten adam öldürme suçunu işlemiş olacaktır¹⁶.

Doktrinde TCK.nun 99-101. maddelerindeki suçlara ilişkin hükümlerle, Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzük'teki hükümler arasında uygulamada "kanunlar çatışması" sorunlarının ortaya çıkacağı belirtilmekte ve dolaylı olarak bu yeni hükümlerin özensiz ve konuyla ilgili tüm mevzuatın göz önünde tutulması suretiyle düzenlenmesi yerine, acele ve hatalı düzenlemeler yapıldığı vurgulanmaktadır¹⁷.

TCK düzenlemelerine göre, on hafta içinde olan ceninin hukukça korunması gebe kadının çocuk sahibi olmak isteyip istememesine, onun iradesine itibar ederek, cenin koruması ilkesi gözetilmiştir. Buna karşın gebe kadının sağlığının söz konusu olduğu hallerde, hiçbir süreye bakılmaksızın gebeliğe son verilmesi olanaklıdır.

H. HUKUKA UYGUNLUK NEDERLERİ

1) *İlgili Kimsenin Rızası*

Ancak, **kadının rızası**, bu suç açısından kural olarak genel geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir.

Kadının gebe olması ve **gebelik süresinin on haftadan fazla olması gerekmektedir. Gebelik süresi on hafta dahil daha az ise,**

15 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, sh: 271. Karşı görüş: HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, sh: 447.

16 Aynı yönde: HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, sh: 445.

17 Bkz. BAYRAKTAR, Köksal. Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar., Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, İstanbul 2005, sy: 5, sh: 224.

kadının rızası hukuka uygunluk etkisi göstermekte ve eylem suç teşkil etmemektedir¹⁸: Şüphesiz burada 5. fıkraya hükmü saklıdır. Çünkü 5. fıkrada on haftayı doldurmamış bir kadının rızası olsa dahi, çocuğu **yetkili olmayan bir kimsenin**¹⁹ düşürmesi yine suç teşkil etmektedir. Yine rızanın açıkça veya zımnen beyan edilmiş olması arasında fark yoktur; yeter ki, rıza ile icazet karıştırılmasın ve rızanın eylemden önce verilmesi gerektiği, eylemden sonraki onama veya hoş görmenin hukuken bir öneminin bulunmadığına dikkat edilmiş olsun.

Nitekim Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre de, **gebeliğinin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde bile, annenin isteği üzerine rahim tahliye edilir**. Bu Kanun'un 6. maddesi rızanın alınamayacağı hallerde kimden karar veya izin alınacağını düzenlemektedir. İlginç olana bu hükmün, strelizasyon ve rahim tahliyesi için, evli kimsenin eşinin izninin de alınması koşulunu getirmesidir²⁰.

18 Aksine bir düzenleme için bkz. *Lichtenstein* CK. m. 96.

19 Yetkili kişinin kim olduğu hususunda bkz. KANBUR, age, sh: 1234-1236.

20 Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, **10 haftayı geçmeyen rahim tahliyesinin nasıl yapılacağını ve bu tahliye ameliyesinin yapıldığı yerlere ilişkin koşulları şöyle düzenlemiştir:**

"Gebeliğinin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir. Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.

Ancak, Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler." (m. 3).
"On haftayı geçmeyen gebelikte, rahim tahliyesini,

a) Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde,
b) Pratisyen hekimler menstrüel regülasyon yöntemiyle resmi tedavi kurumlarında yaparlar.

Anestezi gerektiren tahliyeler ise, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.

On haftayı geçmeyen gebelikte rahim tahliyesinin yapılacağı resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının muayenelerinde, Tüzük'e ekli (1) sayılı listede yer alan araç ve gerecin bulunması zorunludur." (m. 4).

Burada dikkat edilecek bir başka önemli nokta, rızanın yalnız kadın tarafından verilebileceğidir. Kadının rızası yoksa onun yerine eşinin yada bir başka yakının rıza göstermesi suçu ortadan kaldırmayacaktır. Ancak kadın bilinci açık değil ve ölümcül bir halde ise, yaşaması için çocuğun düşürtülmesi gerekiyorsa bu durumda Hekim her hangi bir kimseden rıza aramayacak çocuğu düşürterek kadının yaşamasını sağlamaya çalışacaktır. Çünkü burada 25. maddenin 2. fıkrası gereğince kadının yaşaması açısından bir zorunluluk hali mevcuttur.

Kadının küçük veya rıza verme yeteneğinin bulunmadığı durumlarda, yapılacak eylemin çocuk düşürtme suçunu oluşturmaması için, kanuni temsilcinin bu çocuk düşürtme ameliyesine rıza göstermesi gereklidir. Ensest eyleminin varlığından kuşkulanan haller ile ebeveynin veya kanuni temsilcinin rıza vermek konusunda velayet hakkını suiistimal etmesi durumunda velayetin nezi kurumunun işletilerek alınacak yargı kararı ve küçüğün kendi rızasının birlikte varlığı ile bu müdahale yapılmalıdır.

Birinci fıkradaki suçun oluşumu için, kadının rızasının bulunmaması 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.

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.

Bu açık veya örtülü verilebilecek rızanın hukuken geçerli bir rıza olması gerekir. Yani, verilen rıza hile, cebir veya tehdit altında verilmemiş olmalıdır. **Rızanın hukuken geçerli olması için, evli kadın için eşin, küçükler için velinin, vesayet altındakiler için ise**

vasinin ve sulh hakiminin de onayının alınması gerekir²¹. Madde- nin son fıkrası, acil hallerde izin koşulunu kaldırmaktadır. **Rahim Tahliyesi ve Strelizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13. maddesi** de rıza konusunda ayrıntılı düzenleme getirmektedir. Bu maddede konuyla ilgili olarak, evli kimsenin eşinden izin alınması koşulunu öngörmektedir.

Dikkat edilirse, TCK'nun 99. maddesinde evli kadınların on haftayı doldurmayan gebeliğe son verme²² konusundaki rızalarının yeterli olduğu düzenlendiği halde, bu Tüzüğün 13. maddesi Kanuna aykırı biçimde evli kadının eşinden de izin belgesinin alınmasını şart koşmaktadır. TCK.'dan farklı olarak **Nüfus Planlaması Kanunu'nda kadın evli ise kocasının rızası da gerekir**. Eğer buna uyulmazsa, ilgili kimse hakkında idari yaptırım söz konusu olacaktır. Oysa, **TCK bu müdahalenin hukuka uygunluğu için kadının rızasını yeterli saymakta ve eşinin rızasını şart koşmamaktadır**.

21 Bu konuda bkz. KANBUR, age, sh: 1244.

22 "On haftayı geçmeyen gebeliklerde yapılacak rahim tahliyesinde, gebe kadın,
a) Reşitse kendisinden,
b) Küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden,
c) Vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hakiminden de izin alınması gerekir),
d) Evliyse eşinden,

örneği Tüzük'e ekli izin belgesinin alınması gerekir.

Evli kimseye sterilizasyon ameliyatının uygulanması, eşinden, ayrıca, izin belgesi alınmasına bağlıdır." (Tüzük m. 13).

"Akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

Veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz." (Tüzük m. 14).

"İzin belgeleri, 13 üncü maddede sözü edilenlere, rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurduklarında imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır." (Tüzük m. 15).

Yani halen, Tüzüğün bu hükmü üst norm olan Kanun'a aykırıdır ve eşin izni veya rızasının alınması gerekli olmadığı gibi, bu alınmadan yapılan çocuk düşürtme eylemi TCK.nun 99. maddesindeki suçu oluşturmaz. Kadının rızası, diğer kanuni koşullarla birlikte yeterlidir, hukuka uygun çocuk düşürtme için kocanın rızası gerekli olmadığı gibi, kadının kendi rızası yok ve sadece kocanın rızası ile çocuk düşürtülürse bu çocuk düşürtme suçunu oluşturur. Keza aynı düzenleme Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde de aranmaktadır.

Somut olayda gebelik süresine ilişkin olarak tarafların değişik anlatımları söz konusu ise, mahkeme süre açısından kesin olmayan bir süreyi tahmini olarak varsayıp sanığı çocuk düşürtme/düşürme suçundan (mülga TCK.nun 468/2) mahkum edemez. Kuşku halinde, sanık lehine uygulama yapılarak, hamilelik süresinin 10 haftayı geçmediği kabul edilmelidir.

2) Zorda Kalma (Tıbbi Zorunluluk) Hali

Tıbbi zorunluluk burada bir hukuka uygunluk nedenidir. Şüphesiz tıbbi bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre saptanacaktır; konu teknik ve bilimsel bir hususu ilgilendirdiği için, hakim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı bu konuda bilirkişilik kurumundan yararlanabilir. Tek ve sınırlayıcı bir kaynak olarak anlaşılmamak kaydı ile burada, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki tanımdan da yararlanılabilecektir.

Buna karşılık, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 5. maddesi²³,

23 **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 5:** “Madde 5 - Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise **rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit**

Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birisinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesinin yapılacağını düzenlemektedir. Burada adeta, liste metoduyla tıbbi zorunluluk bulunan hallerin saptanmasına gidilmiştir ki, somut olayın ve kadının ve anne karnındaki ceninin durumu dikkate alınmadın önceden şablon bir biçimde liste yapılarak bu gibi hallerde tıbbi zorunluluğu kabul etmek hukuka ve Kanun'a aykırıdır. Bilirkişilik yapacak doktorlar bu listedeki hastalıkların özelliklerini dikkate almakla birlikte, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesindeki tanımdan da yararlanarak ve en önemlisi somut vakayı esas alarak bir değerlendirme ve saptama yapmalıdırlar.

Çocuk düşürtme, Türk Ceza Kanunu, Nüfus Planlanması Hakkında Kanun, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 7. maddesindeki düzenleme de dikkate alınmalıdır.

Tıbbi zorunluluğun gebeliğin hangi anında ortaya çıktığı, bu hukuka uygunluk nedeninin hukuksal etkileri açısından önemi yoktur.

Bazen bu zorunluluk anne adayının yaşının çok küçük olması ve annenin ikiz veya üçüz çocuğa hamile kalması nedeniyle ortaya çıkabilir²⁴.

eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icab ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.”

24 “9 yaşındaki kıza kürtaj tartışması - Üvey babasının tecavüzü sonucu ikizlere hamile kalan 9 yaşındaki kız Brezilya'yı ikiye böldü.

Brezilya'nın Pernambuco kentinde üvey babası tarafından tecavüze uğrayan 9 yaşındaki kız ikizlere hamile kaldı. Doktorlar minik kızın vücudunun hamileliği kaldıramayacağını belirterek, kürtaj önerisinde bulundu. Bu öneri doğrultusunda

Tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı somut olayın koşullarına göre ve tıp verilerine göre tespit edilecektir. Tıbbi nedenlerin varlığı halinde kadının rızası da var olmalıdır. Çocuk ile onu takip edecek nesiller açısından ağır maluliyetten tedavisi ve telafisi mümkün olmayacak bir sakatlığın varlığı anlaşılmalıdır. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük'e ek 2 sayılı listede kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli hastalıklar ve durumlar belirtilmiştir. Tüzükte belirtilen hallerde tehlikenin varlığı kabul edildiğinden rahim tahliyesi gerçekleştirilebilecek ve bu suç sayılmayacaktır. Tüzükte sayılan haller tahdidi olarak sayılmamıştır. Listede var olmayan bir hal de çocuğun ve ondan sonra gelecek nesillerin akıbeti bakımından ağır tehlike oluşturacak bir hal var ise hukuka uygunluk nedeni var sayılacaktır.

Tıbbi zorunluluk halinde²⁵ ise, her ne kadar 10 hafta süre

da kürtaj yapıldı ve ikizler alındı. Ancak kilisenin kürtaja tepkisi büyük oldu. Brezilya'da kürtaj yasal olmasına rağmen kilise, olayı "korkunç bir cinayet" ve "günahsız iki yaşamın yok edilmesi" olarak nitelendirdi.

Ameliyatı gerçekleştiren Sergio Cabral, "Eğer ikizleri doğurmuş olsaydı, hayatı büyük tehlike altında olmuş olacaktı. 9 yaşındaki bir çocuğun rahmi doğum için yeterince gelişmemiştir. Kürtaj sonrası herşeyin yolunda gitmesi durumunda, bir hafta içinde çocuğu taburcu edeceğiz. Sonra normal hayatına devam edebilir" dedi.

Sapık babanın tecavüzü kabul ettiğini ve tutuklandığı belirtildi. Brezilya'da kürtaja sadece çocuk bir tecavüz sonucu ya da annenin hayatını tehlike altına sokuyorsa izin veriliyor." (<http://www.hurriyet.com.tr/dunya/11142178.asp?gid=229> (5 Mart 2009, Saat: 13.25).

- 25 **Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, 10 haftayı geçen hamileliklerde rahim tahliyesini, bu rahim tahliyesinin yapılacağı yerler ve acil hallerde rahim tahliyesi ve acil rahim tahliyesini gerektiren haller ile bunların yapılacağı yerleri şöyle düzenlemiştir:**

"Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz.

Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir. Hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuvar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunludur.

Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükü-

koşulu aşılabiliyor ise de, burada da kadının rızasının en belirleyici unsur olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Sadece ıztırar halinin varlığı, kadının rızasına rağmen tıbbi müdahalenin yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Eğer kadın o an komada değil, bilinci yerinde ise, ıztırar hali olsa dahi, müdahalenin hukuka uygunluğu için kendisinin rızasının alınması zorunludur. Bu nedenle, doktrinde²⁶, ıztırar halinin bulunduğu durumda, tıbbi müdahaleye kadının rızası olmasa dahi fiilin bu suçu oluşturmayacağı yönündeki görüşe katılmıyoruz.

Somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir.

met tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.” (m. 5).

“On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.

Buralarda, Tüzük’e ekli (3) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur.” (m. 6).

“Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde rahim tahliye edilir.

Bu durumda, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.” (m. 7).

“Rahim tahliyesini gerektiren acil haller şunlardır:

a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar,

b) Servikal internal osun açık olduğu haller,

c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi.” (m. 8).

“Acil hallerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, ameliye, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir.

Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, olanaksızsa, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu raporlar, il sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerinde toplanır.” (m. 9)

Tıbbi zorunluluk hali ve buna dayalı rahim tahliyesi, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5/2-4. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icab ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.”.

Aynı şekilde, annenin rızası olmaksızın, embriyonun kurtarılmasına yönelik müdahaleler hekim tarafından resen yapılamaz²⁷ ve eğer yapılırsa, sonucuna göre kasten müessir fiil veya netice nedeniyle ağırlaştırılmış müessir fiil suçlarından birisini oluşturabilir.

Doktrinde ifade edilenin²⁸ aksine, 10 haftaya kadar olan hamilelikte eğer annenin rızası varsa ve bir malpraktisten söz edemiyorsak, müdahale annenin sağlığının bozulmasına veya ölümüne yol açsa dahi, kasten veya taksirle insan öldürme veya yaralama suçları meydana gelmez²⁹.

27 Aynı yönde: HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, sh: 450.

28 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, sh: 273.

29 Bu konuda bkz. KANBUR, age, sh: 1247.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5/1. maddesine göre, hamileliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine rahimin tahliye edilebilmesi için, ayrıca bu ameliyenin yapılışı bakımından annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmaması gerekmektedir.

Nitekim, kanımızca çok hatalı ve ceza hukukunun en temel ilkelerine aykırı olarak, bazı yazarlar TCK'ndan önce, bu Kanun'a atıf yaparak, bu maddelerde rıza açısından aranan koşullar yerine getirilmeden çocuğun düşürülmesinin TCK.nun 99. maddesindeki suçu oluşturacağını iddia etmektedirler³⁰. Belirtelim ki, suçu düzenleyen TCK. m. 99'da böyle bir düzenleme olmadığı gibi, TCK'ndan bu rıza koşulu açısından belirtilen yan mevzuata (Kanun ve Tüzüğe) atıf dahi yapılmamaktadır. Değerlendirmede esas alınması gereken asli düzenleme TCK'dur. Diğer yan mevzuat TCK ile çelişmediği oranda yürürlükte ve geçerlidir. Çünkü, TCK 1 Haziran 2005'de yürürlüğe girmiş ve gerek suçun kanuni düzenlemesi nedeniyle asli norm olması gerek sonraki kanun sıfatıyla bu konuda farklı düzenlemeler getiren mevzuatı zımnen (ve incelemeye konu suçlar açısından) kısmen ilga etmiştir. Kanımızca TCK. m. 99 evli dahi olsa, sadece gebe annenin ve kanunen onun adına rıza beyanında bulunacak kimsenin rızasını eylemin hukuka uygunluğu açısından yeterli saymış ve ayrıca eşin rızasının da alınmasını şart koşmamış olduğundan, eşin rızasının alınmadan gebe eşin çocuğunun düşürtülmesi TCK. nun 99. maddesindeki suçu oluşturmayacaktır. Aksi yöndeki görüşler, hem TCK'nun ilgili hükmünün yorumuna aykırıdır hem de kıyas yasağı ve genişletici yorum yasaklarını (TCK. m. 2) ihlal ederek, hiçbir yorum kuralına ve kanunların yürürlükten kaldırılmasına ilişkin ilkelere aykırı ve bu suçla korunması amaçlanan asıl hukuksal değer ve bunun sahibinin göz ardı edilmesi biçiminde ileri sürülen bir görüş olup, hukuksal dayanaktan tamamen yoksundur.

Nitekim doktrinde başka yazarlar da, TCK ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanun arasında bir uyumsuzluğun bulunduğu ve TCK.nun 99. maddesinin rıza açıklamaya yetkili olarak "*kadın*"ın gösterildiği gerekçesiyle, erkek eşin rızasının önemsiz olduğunu

30 Bkz. MERAN, age, sh: 229.

belirtmektedirler³¹. TCK, sonraki kanun ve suç tipini düzenleyen kanun sıfatıyla NPK'nun eşin rızasını arayan hükmünü (en azından suçun oluşumu açısından) zımnen ilga etmiştir³².

Benzer düzenlemeler, içeriği kısmen farklı da olsa, yabancı ülkelerin kanunlarında da vardır. Örneğin, **Avusturya CK**'na (m. 97) göre, hamileliğin başlamasından itibaren ilk üç ayı içinde iken doktor tarafından ceninin rahimden tahliyesi gerektiğine karar verirse (f: 1) veya ceninin rahimden tahliye edilmemesi halinde hamile kadın açısından başka surette bertaraf edilemeyecek ağır bedensel veya ruhsal sağlık zararları ortaya çıkacak veya aynı surette yaşamı açısından ciddi tehlike ortaya çıkacaksa veyahut çocuk ruhsal veya bedensel olarak ağır bedensel zarara uğrayacaksa veya hamile reşit reğilse ve bütün bu hallerde rahimin tahliyesini bir doktor yaparsa (f: 2) veyahut doktor tarafından zamanında yardım yapılamayacağı için hamile kimsenin yaşamı bakımından başka surette bertaraf edilemeyecek bir tehlike doğduğu ve bu durumda hamile kimseyi kurtarmak için çocuk düşürtülürse (f: 3) faile çocuk düşürtme suçundan ceza verilmeyecektir. Yine Al. CK.nun 98/2. maddesine göre, doktor tarafından zamanında yardım yapılamayacağı için hamile kimsenin yaşamı bakımından başka surette bertaraf edilemeyecek bir tehlike doğduğu ve bu durumda hamile kimseyi, *kurtarmak için hamile kadının rızası olmaksızın*, çocuk düşürtülürse faile çocuk düşürtme suçundan dolayı (m. 98/2) ceza verilmeyecektir.

31 **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, age, 5. Bası, sh: 195.

32 Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un konuyla ilgili "*Gebeliğin sona erdirilmesinde izin*" başlıklı 6. maddesi hükmü şöyledir:

"5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir."

I. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1) Suça Teşebbüs

Bu suç teşebbüse elverişli olup, icrasına başlanan hareketler tamamlanmadığı için veya tamamlanmakla birlikte netice failin iradesi dışındaki bir nedenden dolayı meydana gelmez ise, suça teşebbüs hükümleri (TCK. m. 35) ; buna karşılık gönüllü vazgeçme suç konusu ise, yani hareketlerin icrası tamamlanmadan tamamlamaktan failin kendi iradesiyle vazgeçmesi veya hareketlerin tamamlanmasına karşılık neticenin failin iradesi vesilesiyle meydana gelmesinin önüne geçildiğinde (TCK. m. 36) gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır.

Çocuk düşürtme eylemi gerçekleştirildikten sonra çocuk hayatta kalırsa bu halde, eylem çocuk düşürtmeye teşebbüs olur. Doğum sonrası hayatta kalan çocuk daha sonra öldürülürse, bu durumda kasten insan öldürme suçu gerçekleşecektir. Çocuk düşürtme suçundan ceza verebilmek için failin amacına bakılmalıdır. Failin amacı çocuğa yönelik bir müdahale ise çocuk düşürtme suçu gerçekleşecektir. Ancak failin amacı cenine yönelik değil de, anneye yönelik ise ve bu eylem annenin ölmesi ile sonuçlanırsa ve bu suretle cenin de ölürse, faile ayrıca çocuk düşürtme suçundan ceza verilmez, ağırlatıcı neden olarak TCK. m. 82/1'den ceza verilir.

Suçun maddi konusu (örneğin kadının gebe olmaması) veya araç veya yöntemler açısından mutlak elverişsizlik halinde, bu suç açısından elverişsiz suça teşebbüs kuramı uygulanarak, bu suçun oluşmadığı kabul edilmelidir; buna karşılık o ana kadar yapılan rıza dışı eylemler başka suça (örneğin müessir fiil suçuna) vücut verebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu suç teşebbüse elverişli bir suçtur. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken bir husus, cenini doğrudan doğruya düşürtmeye (hamileliği sonlandırmaya) yönelik eylemler yapılmamakla birlikte, bu tür bir müdahalede kullanılacak ilaç veya aracın satın alınması veya imal edilmesi ya da bulundurulması gibi esasen bu suç için hazırlık hareketleri niteliğinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesinin Nüfus Planlaması Hakkında

Kanun'un 7. maddesinde ayrı bir suç olarak düzenlendiğidir³³.

2) Suçların İçtimalı

Suçların içtimalı ve suça iştirak açısından özel-ayrık bir hüküm bulunmadığı gibi, suçun düzenlenişinden de ayrık bir fiili durum da ortaya çıkmaz. Somut olayın özelliği elverdikçe, bu kurumlara ilişkin hükümler uygulanabilecektir; bu açıdan cenini taşıyan anne açısından öncelikli ve özel bir hükmün TCK.nun 100. maddesinde düzenlendiğine ve zincirleme (müteselsil) suç (TCK. m. 43) kuralının TCK'ndaki yeni düzenlemesi karşısında kısıtlı olarak (örneğin birden fazla çocuğa hamile kadına karşı işlenme gibi) dar uygulama alanı bulacağına dikkat edilmelidir.

Suçları içtimalı açısından değinilmesi gereken önemli bir husus ise, teknik açıdan çok güç olmakla birlikte, tek fiille birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesi kaydı ile TCK.nun 43. maddesi anlamında bir **zincirleme suçun** oluşacağını düşünmekteyiz. Fiiliyatta nadiren karşılaşılabilecek olsa da, bu mümkündür³⁴. Buna karşılık ikiz veya üçüz hamileliğin tek eylemle sonlandırılması durumunda ise, burada suç anneye karşı işlenmiş ve suçun konusunun birden fazla olması durumuyla karşı karşıya olduğumuz kabul edilerek tek suçun işlendiği kabul edilmelidir. Doktrinde belirtildiğinin aksine³⁵,

33 **Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m. 7:** Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilmeyen ilaç ve araçları yurt içinde imal edenler veya her ne suretle olursa olsun dağıtanlar veya ticaret maksadıyla yurda sokaclar veya bu maksatla bulunduranlar yedi aydan iki yıla kadar hapis ve otuzbin liradan yüzellibin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar, imalathaneler kapatılır, ilaç ve araçlar müsadere olunur.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca bu Kanunun 3 üncü maddesine göre gebeliği önleyici nitelikte oldukları kabul edilen ilaç ve araçların reklam ve propagandası 21 Mayıs 1928 tarih ve 1262 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre yapılır. Buna aykırı hareket edenler bir aydan altı aya kadar hapis ve yedibin-beşyüz liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılırlar.

34 Suçu anneye karşı değil sanki cenine karşı işlenmiş ve cenini bir kişi/insanmış gibi değerlendiren aksi görüş: **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, age, sh: 275.

35 **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, age, sh: 276. Bu görüşte olmakla birlikte, bu gö-

suç anneye karşı işlenmekte ve cenin burada suçun konusunu oluşturmakta olduğundan, birden fazla kişiye karşı tek eylemle zincirleme bir suçun işlendiği (TCK. m. 43/2) söylenemez. Bu tür bir örnekte zincirleme suçun olabilmesi için, ya birden fazla kimseye tek eylemle bu suç işlenmeli veya ikiz veya üçüz anneye karşı farklı zamanlarda aynı suç işleme kararıyla hamileliği sonlandırıcı eylemler gerçekleştirilmelidir.

I. CEZA YAPTIRIMI

Bu fıkranın son cümlesinde öngörülen durumda, cezalar seçenekli olarak belirlenmiş olup, bu cezalardan hangisine ve hangi oranda hükmedeceğine, somut eylemi yargılayan esas (olay) mahkemesi hakimi/hakimleri karar verecektir.

Diğer yandan belirtmek gerekir ki, 99. maddenin ikinci fıkrada çocuğu düşürten ile bu eyleme rıza gösteren kadın arasında mahkum edilecekleri ceza açısından fark yaratmak hatalı olmuştur. 765 sayılı TCK'ndaki hüküm daha yerindeydi. Bu tür bir ceza farkı yaratmanın hukuksal geçerli bir anlam, neden veya mantığı olamaz. Aynı suçu işleyen ve gösterdiği rıza ile daha da kolaylaştıran kadına verilen cezanın azlığını mazur gösterecek bir neden yoktur. Madde failler arasındaki ceza miktarı farkı açısından, AY.m.10'daki eşitlik ilkesine aykırıdır. Burada birisi rıza diğeri de eylemle suçu gerçekleştirmektedir. Cezanın tür ve miktarının tayinini iştirak kurallarının uygulanmasına bırakmaz daha yerinde olurdu; ancak önceden, soyut bir şablon olarak, bu iki fail arasında ceza farkı yaratmak hatalı olmuştur. Özellikle, rıza gösteren kadının aynı zamanda azmettiren olması durumunda bu ceza farklılığı daha da rahatsız edici olacaktır.

Madde metnin ikinci fıkrasındaki eylem ile 100. maddedeki eylemler, özellikle kadın açısından, sonuçları ve niteliği itibariyle eşdeğerdir. Bu ikinci fıkrada çocuğu düşüren üçüncü bir kişi olup kendisi bu eyleme rıza göstermekte, 100. maddede ise hamile kadın

rüşe göre varılan sonucun sorunlu olduğu hakkında bkz. **HAKERİ**, Tıp Ceza Hukuku, sh: 461-462.

bizatihi bu eylemi gerçekleştirmektedir. Kanun koyucu 100. maddede kadının bizzat iradesi dışında ilave olarak yasaklanan davranışı da gerçekleştirmiş olmasını, **ceza tür ve miktarına** yansıtılmamıştır. Bu nedenle kadın açısından gerek 99/2. gerek 100. maddedeki eylem gerçekleştirilmiş olsun, ceza tür ve miktarları aynı düzenlenmiştir.

Keza, "...99. maddenin 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 hükümle, yani TCK. m. 100 ile çelişmektedir. Asıl failin yer değiştirmesine göre ceza değişmektedir"³⁶.

İ. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER

TCK.nun 99/3. maddesine göre, "birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına" hükmolunacaktır.

36 ÜNVER, 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.

Bu fıkradaki ceza artırımını hükmünün uygulanabilmesi için, suç tamamlanmış veya teşebbüs derecesinde kalmış olması fark etmeksizin, kadının eylem nedeniyle beden veya ruh bakımından bir zarara uğraması gerekmektedir. **Beden açısından uğranılan zararın** geçici veya sürekli olması arasında bir ceza artırım farkı gözetilmemiştir. Suç politikası ve hukuksal değer ihlali ile ceza miktar ve türü arasında olması gerekli ilişki açısından bu sakıncalıdır, ceza farkı gözetilmeliydi. Halen mevcut düzenleme gereğince, bedensel zararın tür, nitelik ve sonuçları arasında ayırım yapmaksızın aynı oranda ceza artırımına gidilecektir. Bu zararın çok ağır veya hafif veyahut geçici veya devamlı kalıcı nitelik arz etmesi, madde metnindeki hatalı düzenleme gereğince madde metninden hareketle adil bir uygulamayı engellese dahi, somut olay (esas) mahkemesi hakiminin/hakimlerinin TCK.nun 61. maddesini göz önünde tutmaları adil bir ceza uygulaması açısından gereklidir. Buna karşılık **ruh açısından uğranılan zarar** açısından ise, madde metnindeki hata ve eksiklik 61. maddenin uygulanması ile dahi giderilemeyecek vahamettedir. Burada geçici veya eylemin doğası gereği neden olacağı ruhsal zarar bir cezayı artırım nedeni sayılmamalıydı. Madde metninde değişikliğe gidilerek bu husus düzeltilmeli ve özellikle rıza dışı çocuk düşürtme ve hatta rızayla başkasının çocuğu düşürttüğü hallerde dahi uğranılan ruhsal zarar bu cezalı ağırlatıcı neden dışına çıkarılmalıdır; burada yalnızca eylemin doğal-zorunlu olarak yol açacağı ruhsal zarar cezayı ağırlatıcı neden olarak düzenlenmelidir. Fıkranın halen mevcut haliyle miktarı, nitelik ve biçimi ve sonuçları ne olursa olsun ve ne kadar sürerse sürsün, her ruhsal zarar (aynı tür ve miktarda) cezayı (aynı oranda artırılmasına neden olacak) bir cezayı ağırlatıcı nedendir ve somut olaylarda uygulanacaktır. Buna karşılık, gerek 3. gerek 4. fıkrada eylem nedeniyle kadının geçici veya devamlı veya çok kısa süreli veya uzun süreli bir **yaşamsal tehlike içine girmesi** ayrıca özel olarak bir cezayı ağırlatıcı neden sayılmamıştır. Bu gibi halin doğması durumu ayrıca ve özel olarak düzenlenerek, ruh ve beden bakımından zarara neden olmadan daha yüksek oranda ceza artırımına neden olacak bir ağırlatıcı neden olarak düzenlenmeliydi. Halen bu gibi bir durumun doğması halinde, ceza hukuku tekniği açısından tamamen isabetli olmamakla birlikte,

duruma göre beden veya ruh açısından zarara uğrama ağırlatıcı nedeni gerçekleşmiş varsayılarak (eylemin niteliğine göre 3. veya 4. fıkradaki) fail(ler) hakkında bu cezayı ağırlatıcı neden uygulanmalıdır. Bu fıkranın son cümlesindeki durum açısından, kanun koyucu seçimlik bir ceza öngörmüş ve hangi cezanın ne kadar takdir ve tayin edileceğini somut olay (esas) mahkemesine bırakmıştır. Mahkeme hem bu iki tür cezanın kanuni alt ve üst sınırlarına ilişkin (TCK. m. 49 ve 52) hem de cezaların tayin ve tespitine ilişkin (TCK. m. 50 vd., 61 vd.) hükümleri gözönünde bulundurarak ve gerekçesiyle birlikte cezalardan birisini seçecek ve hükmedecektir.

Bu fıkra, birinci fıkrada yazılı eylemin netice nedeniyle ağırlaşmış halini düzenlemektedir: birinci fıkrada yazılı eylemin kadının beden veya ruh sağlığı açısından bir zarara uğramasına neden olmuşsa failin cezası 6 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası olacak ve eğer fiil kadının ölümüne neden olmuş ise bu takdirde faile 15 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bu fıkranın uygulamasında TCK.nun 23. maddesinin dikkate alınması ve failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için eylem sonrası doğan daha ağır veya başka netice ile failin hareketi arasında nedensellik bağı ile failin en ez taksir derecesinde kusurunun bulunması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, 3. fıkranın uygulanması halinde yapılacak ceza artırımı uygulamasına ilişkin hükmün, kadın hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı açısından hiçbir alt ayırıma gitmeden, bu hükmün sadece rızası olmadan bir kadının çocuğunu düşüren kişi veya kişiler hakkında uygulanacaktır: unutulmamalıdır ki, 2. ve 4. fıkralardaki durumlardan farklı olarak, 1. ve 3. fıkralardaki durumlarda kadın suç faili olmayıp, aleyhine suç işlenen mağdur statüsündedir. Suç faili olmayan ve ceza sorumluluğu bulunmayan bir kimse- nin cezasının artırılıp artırılmayacağını düşünülmesi dahi mümkün olmayıp, sadece 3. fıkradan hareketle kadını da fail(miş) gibi kabul ve uygulama madde metnine olduğu kadar ceza hukukuna da aykırı olacaktır.

Üçüncü fıkra için yaptığımız ve bu netice nedeniyle ağırlaşmış hallere ilişkin hükmün uygulanabilmesi için TCK.nun 23. maddesinin uygulanmasına ilişkin açıklama burası için de geçerlidir.

Ancak, 3. fıkradan farklı olarak, bu fıkradaki cezayı artırım nedeninin kadın hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı açısından bir ayırım yapılmalıdır. Burada eğer kadın 4. fıkranın ikinci cümlesinde olduğu gibi ölmüşse, ölmüş bir kimse hakkında cezaya hükümlenemeyeceği gibi ceza artırımından da söz edilmesi mümkün değildir³⁷. Buna karşılık, eğer kadın 4. fıkranın ilk cümlesindeki gibi bir zarara uğramışsa acaba bu durumda doğan zarar dolayısıyla kadının cezası artırılacak mıdır? Buradaki olasılığın maddenin 1. ve 4. fıkrası kapsamında olduğu, bu fıkralarda kadın (sonradan ölse dahi) suçun faillerinden birisi olarak düzenlendiği, keza bu suçların kadın yanında cenini de koruma amacı göz önünde tutulduğunda ve keza kadın açısından ayırık-özel bir hükme yer verilmediği için, teorik olarak kadının da fail olduğu için hakkında tespit ve tayin olunan cezanın bu artırım nedeni dolayısıyla artırılması gerektiği söylenebilir. Fakat, fiili bir gerçeklik olarak bu cezayı artırım nedeninin başka bir amaç ve sebeple kabul edilmeyip bizatihi çocuğu düşürtülen (veya düşürtülmeye teşebbüs edilen) kadının uğradığı bedensel veya ruhsal rahatsızlık dolayısıyla cezanın artırıldığı göz önüne katılırsa, mantık ve hükmün *ratio legis*'i gereğince esasen (kendi rızası olsun olmasın) kendisinin zarar görmesi bir cezayı ağırlatıcı neden sayılan kadının bu zarara uğraması kendisi aleyhine ayrıca bir cezayı ağırlatıcı neden bayılıp kadın hakkında uygulanmamalıdır. Doğru olanı, karışıklığa neden olmamak için, 4. fıkra metninde değişikliğe gidilmeli ve madde metnine bu 4. fıkranın eylemi rıza göstermiş olsun olmasın kadın hakkında uygulanmayacağı açıkça yazılmalıdır.

Bu maddenin fıkralarında düzenlenen suçlar ve cezaya etki eden nedenlere göre farklılık arz eden hükümler uyarınca hükmedilecek ceza hapis cezası olursa, TCK.nun 53. maddesinin de dikkate alınması gereklidir. Çünkü, TCK.nun 53/1. maddesi uyarınca, maddede belirtilen koşulların varlığı halinde ayrıca fail hakkında maddede belirtilen haklardan yoksunluğa da karar verilecektir.

37 TCK.nun 99/4. maddesine göre, "İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına" hükümlenacaktır.

J. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KURUMLARI

Bu maddedeki suçlar re'sen kovuşturulan bir suçlardır; bunların soruşturulması ve/veya kovuşturulması **şikayet** koşuluna bağlanmamıştır.

Bu maddede düzenlenen suçlardan maddenin 1., 2., 4. ve 5. fıkralarında düzenlenen suçları yargılamaya 26. 09. 2004 tarih ve 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca **Asliye Ceza Mahkemeleri** ve aynı maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesinde düzenlenen suç yargılamaya ise aynı Kanun'un 10 maddesi uyarınca **Sulh Ceza Mahkemeleri** yetkilidir.

Fail eş dahi olsa, takibi şikayete bağlı bir suç olmadığı için, **uzlaşma** kurumu bu suç açısından işletilemez.

K. CEZASIZLIK HALİ

TCK. m. 99/6, **bir suç nedeniyle oluşan hamilelik halinde, yalnızca hamile kadının rızasıyla 20 haftayı geçmeyen hamileliklere son verilmesi halinde gebeliği sone erdirene ceza verilmeyeceği hükmünü içermektedir.** Bu hükmün uygulanabilmesi için, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir³⁸.

Bu suç tipinin düzenlenmesine ilişkin olarak, bu tür bir hamileliğin kadın açısından sosyal, ekonomik ve psikolojik açıdan olumsuzluklara yol açacağı, suç nedeniyle oluşan cenini kadının rahminde taşımasının kadın açısından "bir işkence olacağı", olayın

38 2003 Ceza Kanunu Tasarısında da (m. 155) kadının mağduru olduğu suç sonucu gebe kalması halinde çocuğu düşürene veya düşürtene ceza verilmeyeceği düzenlenmekle birlikte, bu hususta belirli bir süre limiti getirilmemişti. "**Tasarı üzerinde çalışan Adalet Alt Komisyonu'nda ise bir sınır konmuş ve bu, 24 hafta olarak belirlenmişti.** Bunun nedeni olarak da, bu sürenin ceninin dış ortamda yaşayabilme süresi olduğu açıklanmaktaydı. Ancak adalet Komisyonu'nda yapılan tartışmalarda böyle bir gebeliği söz konusu olan annenin 24 hafta bekleyip de çocuğu aldırmasının haklı görülemeyeceği, o nedenle sınırın 20 hafta olarak belirlenmesi kararlaştırılmıştır." (HAKERİ, Tıp Ceza Hukuku, sh: 463'den naklen). Ayrıca bkz. Bkz. YILMAZ, Zekeriya. Gereğe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu., Ankara 2004, sh: 869-881.

anne tarafından hatırlanması nedeniyle ileride çocuğa gerekli şefkatini gösterilmeyeceği ve keza bu tür bir hamileliğin kadının intihar etmesine yol açabileceği gerekçe olarak gösterilmektedir³⁹.

Türk öğretisinde “*suç endikasyonu*” olarak adlandırılan TCK. nun 99/6. maddesindeki düzenlemenin uygulanabilmesi için, kadına karşı bir suçun işlenmesi ve kadının bu suçun mağduru olması gerekmektedir. Kadın açısından suçtan zarar gören olmak yeterli değildir, işlenen suçla korunan hukuksal değer sahibi “mağdur” statüsünde bir kimsenin olması gerekmektedir.

Gebeliğin işlenen ve kadının **mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması gerekmektedir. Suçun türü veya nerede düzenlenmesi gerektiği konusunda bir ayırım bulunmamaktadır**: suç cinsel özgürlüğe karşı bir suç olabileceği gibi, müessir fiil suçu da olabilir ve yine TCK’nda veya başka bir kanundaki bir suç olabilir. Suçtan kastedilen teknik anlamıyla bir suç olup, haksız fiil veya bir kabahat eylemi bu suç kavramı içine girmez. İşlenen suçla hamile bırakılan kadına karşı işlenen suç ile o kadının hamile kalması arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Buradaki nedensellik bağından kasıt, kadın kendisine karşı işlenen suç teşkil eden hareketin bir sonucu olarak hamile kalmalıdır. Bu nedenle, kadına karşı işlenen suçun mutlaka nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) suçu olması gerekmemekle birlikte, işlenen suçun kadının gebe kalmasına neden olması gerekmektedir. Bu bağlamda, nitelikli cinsel saldırı suçu hamileliği neden olmuşsa öncelikle ve yine bunun yanında zorla sperm şırınga edilmesi veya spermelerin bulunduğu bir yere çıplak oturtulma, sperm bulaşmış bir bez vs.’yi zorla vajinaya sürtme, zorla suni dölllenme, kolonlama v.s. de söz konusu olabilir.

Kadının hamileliğinin 20 haftadan fazla olmaması gerekmektedir. Burada tıbben tespit edilecek süre, hamileliğin ilk gününden başlanarak hesaplanacak ve hamileliğin sona erdirildiği anda 20 haftayı az veya çok süre geçen bir süreli hamileliğin olmaması gereklidir. Kanun metninde gebeliğin sona erdirilmesi ifadesi kullanılmış ve fakat bu maddenin bu fıkrası hariç bütününde tercih edilen “*çocuk*

39 Doktrindeki bu gerekçeler ve konunun İslam dini açısından ele alınışı için bkz. GÜLŞEN, Recep. Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi., in: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, sh: 1209-1211.

düşürtme” ifadesi kullanılmamıştır. Madde metninin yazımında, bunun bir kanun metni olduğu unutulmadan daha özenli davranılabilir ve kavram karmaşasına yol açılmayabilirdi. Yöntemi ve kullanılan araç ne olursa olsun, burada hukuka uygun sayılan husus, gebeliğe son vermedir. Bu fıkrada kullanılan kavramın çocuk düşürtme kavramını da içerdiği kabul edilerek uygulama yapılmalıdır. Ancak belirtelim ki, bu alanda bir hususta kanuni boşluk bulunmaktadır. Çünkü bu şekilde hamileliğe son verildikten sonra, anne rahminden elde edilen cenin ve özellikle de organ veya dokularının ticarete konu edilmesini cezalandıran bir hükmün düzenlenmesi, hatta uluslar arası yükümlülüklerimize aykırı olarak, unutulmuştur. Her ne kadar TCK.nun 91. maddesi organ ve doku nakline ilişkin çok sayıda eylemi cezalandırmakta ise de, bu maddedeki eylemler ve hukuka aykırı eylemlerdir. TCK.nun 99/6. maddesindeki durum ise bir hukuka uygunluk nedenini düzenlemekte ve elde edilecek organ ve dokular hukuka uygun eylemler sonucunda elde edilen organ ve dokular olacağı için TCK.nun 91. maddesinin koruması alanında bulunmayacaktır: bu durum önemli bir boşluk olup, suiistimalleri engellemek için derhal yeni bir suç tipiyle ceza hukuku alanına alınmalıdır. Nitekim, Avrupa Bio-Tıp Sözleşmesi'nin 21. maddesi de, ilgili devletlere, insanların organ ve dokuları yanında, hukuk uygun elde edilmiş olsun olmasınlar, vücut parçalarının ticarete konu edilmesini önleme açısından pozitif düzenlemeler yapılması yükümlülüğünü getirmektedir. “Sözleşme'nin 22. maddesi iç hukukumuzda açık olarak düzenlenmeli ve İnsan parçalarının ticarete konu yapılması ceza hükümleriyle önlenmelidir. Bu bağlamda, insan kalıntıları üzerindeki bilimsel amaçlı araştırmalar ve bu araştırmalar için organ veya doku alınması eylemlerine izin veren Sözleşme hükümleri ile TCK.nun ölüden organ ve doku alınmasını yasaklayan 91/2. ve 3. maddeleri uyumlu hale getirilmelidir. Konu belirli ölçüde 2238 sayılı Kanun'un 3. 4. ve 15. maddeleriyle düzenlenmiş ise de, bu hükümlerle aynı konuyu farklı içerik ve koşullarla düzenleyen TCK. m. 91 arasında bir uyumun sağlanması gerekliliği açıktır. Organ ve doku nakli-alım ve satımı için Sözleşme'nin 19/1. maddesi çok önemlidir ve dikkate alınmalıdır”⁴⁰.

40 ÜNVER, Yener. Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri., I. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (Biyoloji ve Tıbbın Uygulan-

Öğretide hamileliğin 20 haftayı geçmemesinin bilirkişilerce saptanacağı belirtilmekte⁴¹ ise de, gerek kanun metninde bu tür bir düzenlemenin bulunmaması gerek **bilirkişilik kurumundan** söz edebilmek için öncelikle bir ceza soruşturmasının başlaması ve savcı veya hakimın bilirkişi görevlendirmesi gerektiğinden, bu görüş hem kanuna aykırı hem de işin uzun sürede sürüncemede kalması, bilirkişi raporuna itiraz edilmesi, ortada bir soruşturmanın olmaması nedeniyle bu tür bir bilirkişilik görevlendirilmesinin yapılamayacağı, 20 haftanın dolmasına birkaç gün kalan vakalarda bu maddenin fiilen işenemez hale getirileceği vb. nedenlerle kabul edilemez. 20 haftalık süre açısından, çocuk düşürtme eylemini gerçekleştirecek uzman doktorun kanaati gerekli ve yeterlidir. Yanılma hallerinde TCK. nun 30. maddesi hükmü uygulanacaktır.

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 düşürtülmesinin hukuka uygunluğu için ayrıca gebe kadının özgür ve hukuken kabul edilen bir biçim ve durumda rıza beyanının açıklamış 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.

Diğer yandan bu şekilde hamile kalan kadının rızasının tek başına eylemi hukuka uygun hale getirmediği, **kanunun süre, çocuğu düşürtecek hekim, ortam gibi ilave koşullar aradığı** ve yine yargılayan hakime yönelik olarak bu hallerde ceza verilmeyeceği düzenlemesini getirirken, bu hükme benzer diğer bazı hükümlerden farklı

ması Bakımından İnsan Hakları ve Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi) 11-12, Kasım 2005, Selçuk-KONYA'da sunulan tebliğden naklen. Karş. DAUM, Die "Bioethik-Konvention" der EU – Ein Dokument zum Schutz der rechte behinderter Menschen?, sh: 8.

41 GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1222.

olarak (örneğin organ ve doku ticareti suçuyla ilgili olarak TCK. m. 92 ve hırsızlık suçuyla ilgili olarak TCK. m. 147) **burada hakime ceza vererek bunu bir miktar indirme veya ceza vermemek gibi bir seçenek sunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır.** Esasında bu halin bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa bir kusurluluğu kaldıran hal mi olduğu kuşkuludur. Düzenlemenin genel nitelikteki zorda kalış hali (TCK. m. 25/2) rağmen ayrıca düzenlenmesi nedeniyle, hukuka uygunluk nedeni olarak zorda kalış hali olarak değerlendirilemez. Buna karşılık, ya özel nitelikteki kusurluluğu kaldıran hal veya ilave kanuni şartlarla birlikte “rıza” hukuka uygunluk nedeninin düzenlendiği kabul edilebilir. Müdahaleyi yapan hekimin de bundan yararlanması ve bu hekimin kusurluluğunun olay öncesi ve esnasında etkilenmediği halde eyleminin cezayı gerektirmediğinin düzenlenmesi, hamile annenin de eylem anında kusurluluğunu ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir halin etkisi altında olduğunu kabul edilemeyeceği ve keza önemli ölçüde kusurluluğun kalktığı kabulü halinde cezasızlık yerine ceza verilerek indiriminin düzenlenmesi gerekliliği ve keza organ ve doku ticareti suçu ile hırsızlık suçlarında TCK’nun düzenlediği hallerden farklı olarak somut eylemin kusurluluğu kaldıran bir nedenin zorlamasıyla işlenmesi söz konusu değildir ve bu nedenle burada ilave bazı koşulların düzenlenmesine rağmen esasında “ilgili kimsenin rızası” hukuka uygunluk nedeninin özel bir kanuni düzenlemesinin bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim benzeri bir düzenlemeye TCK’nun 90. maddesinde düzenlenen deney ve deneme suçları açısından da öngörüldüğüne dikkat edilmelidir. Kadının suç nedeniyle hamile kalması çocuğun düşürtüldüğü anda kusurluluğunu kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir etki yapmayıp, kadının psikolojisini etkileyeceği, istemediği halde zorla hamile bırakılan kadının bu çocuğu doğurmaya zorlanamayacağı ve ileride de kadın ve çocuğun yaşamını olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle kanunkoyucunun bu tür bir düzenlemeye gitmesinin sadece nedenini oluşturmaktadır⁴².

42 Karşı görüş için bkz. GÜLŞEN, Recep. Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1216; ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel hükümler., 2. bası, Ankara 2007, sh: 327; HAKERİ, Hakan. Tıp hukuku, Ankara 2007, sh: 463.

Doktrinde farklı bir görüşü savunun bir yazar, bu fıkra 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 belirtilmektedir⁴³. 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 “*ceza verilmez*” ifadesiyle yetinilmiştir (Bkz. TCK. m. 24-27). Esasen, 6. fıkranın koşulları dahilinde kalındığı sürece, bir suç sonucu gebe kalan ve çocuğu düşürtülen 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.

Burada her ne kadar madde metninde gebeliği sona erdirene ceza verilmeyeceği belirtilmiş ve diğer kimselerden söz edilmemişse de, **kanımızca burada bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmiştir ve eylem suç teşkil etmediği için, rıza gösteren kadın dahil tüm şerikler açısından eylem suç olarak kabul edilemeyecektir.** Ayrıca belirtelim ki, ne TCK.nun 99. maddesinde ne de 100. mad-

43 Bkz. MERAN, age, sh: 234.

desinde, 99/6. maddedeki koşulların varlığıyla birlikte bizatihi gebe annenin gebeliğe son vermesi hali ayrıca ve açıkça düzenlenmemiştir. Bu önemli bir kanun yapma tekniğine aykırılıktır. Ancak, hukukta genel geçerli evleviyet (öncelik) kuralı ve normun *ratio legis*'inden hareketle, 99/6. maddedeki düzenlemenin, bu eylemleri tak başına veya başkalarının yardımıyla bizatihi gebe annenin yapması halinde de aynı hukuka uygunluk nedeninin geçerli olacağını kabul etmek gerekmektedir. Fakat burada, özellikle anne açısından ciddi bir engel, 99/6. maddenin son cümlesinden ortaya çıkmaktadır. Çünkü, bu hukuka uygunluk nedeninin hukuksal geçerliliği için gebeliğin uzman hekimler ve hastane ortamında sona erdirilmesi gereklidir. Bu nedenle, annenin bu konuda uzman olması, (maddenin lafzı nedeniyle) uzman başka kimselerin yardım etmesi ve hastane ortamında gebeliğin sona erdirilmesi durumunda, yukarıda değinildiği üzere, bizatihi suç nedeniyle gebe kalan annenin kendisinin gebeliğe son vermesi durumunda, bu son fıkradaki hukuka uygunluk nedeni anne açısından da uygulanmalıdır.

Halen mevzuatımızda ve uygulamamızda (uluslararası sözleşmeler hariç) cenin korunmayı, cenin doğduktan sonra insan sayıldığı için, çocuğunu düşürmeyip kendisi öldürmek isteyen annenin ceninin ölümüne yol açması durumunda, anne kendisine karşı gerçekleşen eylemin hem faili hem mağduru olamayacağından ve cenin de korumadığından çocuk düşürme eyleminden (m. 100) farklı olarak bu gibi durumlarda⁴⁴ annenin cezalandırılması mümkün değil-

44 “Dünya, evde tek başına doğum yapan “özgür doğumcuları” tartışıyor - Türklerin tarlada doğurma klasiği Britanya ve Kuzey Amerika’da hızla yayılan bir akım. Evde, tek başına, uzman ve tıbbi ekipman yokken doğum yapan “özgür doğumcu”lar tartışmanın göbeğinde - Süper kadın değiller. Doğaüstü güçleri, acıya bağışıklıkları veya adrenalin tutkuları da yok. Ama bir kadının hayatında yaşayabileceği en acılı ve korkutucu tecrübeyi yaşamayı tercih ediyorlar. “Özgür doğumcu”lar bebeklerini evde, çoğu zaman yalnız başlarına ve ilaç, hastabakıcı veya tıbbi yardım olmadan doğuruyorlar. Onlara göre “korku tüccarı” dedikleri doktor ve ebelerin gazabından kurtulup bebeklerini rahimden çıkar çıkmaz korkmadan kucaklayabilmelerini sağlayan özgür doğum savunucusu *Veronika Robinson*’ın bir dergideki “Doğururken, sevişirken salgıladığımız hormonların aynısını salgılıyoruz. Öyleyse bunu yaşarken neden biri sizi dürtsün, bir ışık altına alıp dikizlesin?” yorumu büyük yankı uyandırdı. Robinson, Britanya’da tıp kuruluşlarının “doğal bir şeyi hastalık gibi sunduğunu” ve özgür doğumla ka-

dir.

Belirtmek gerekir ki, doktrinimizde bu son fıkradaki düzenlemeye yer verilmesinin, mülga 765 sayılı TCK.nun 472. maddesindeki düzenlemede yer alan ve kişinin kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için (mülga TCK.nun) 471. maddesindeki suçun işlenmesi halinde cezanın önemli ölçüde indirilmesi tutumundan farklı bir tutumun izlenmediğini göstermesi yönünden ilginç olduğu belirtilmektedir⁴⁵.

Burada ilk önemli husus, gebeliği sona erdiren **hekimlerin uzman olmaları** gerektiğidir. Buradaki uzmanlıktan kasıt herhangi bir alanda uzman hekim olması değil, gebeliği sona erdirme eylemi veya bu tür müdahalelerin birden fazla kimse tarafından gerçekleştirilen bir yöntem veya biçiminde eyleme katılan hekimin müdahale görevi/yaptığı eylem açısından uzman olması gerektiğidir. Diğer yandan sadece uzmanlığın aranması, bazen suiistimallere veya vücudunda müdahale yapılan kadın açısından sakıncalı neticelere yol açabilecektir. Madde metnin değiştirilerek, gebeliğin sona erdirilmesi açısından uzmanlığı yanında yetkili olması koşulu da maddeye eklenmelidir. Aslında eylemin birden fazla hekimce yapılması tıbben gerekli olmadığı halde madde metninde mutlaka birden fazla

dımların “kendi güçlerini ellerine almalarını” sağladığını belirtiyor. - Sağlık Bakanlığı karşı çıkıyor - Britanya ve Kuzey Amerika’da giderek daha popüler hale gelen özgür doğum, bebeğin rahimden çıkarıldığı anda eş, sevgili veya arkadaş gibi eğitimsiz kişilerin müdahalesi olmadığı sürece yasal sayılıyor. Dört çocuk annesi *Laura Shanley* çocuklarının hepsini evde tek başına doğurmuş. Ona göre doğumda üç etken sorun yaşıyor: Yoksulluk, müdahale ve korku. Temiz su ve uygun yaşam koşulları sağlanınca ilk etken ortadan kalkıyor. Kalan ikisini de zaten bu “güvenli” yöntemin kendisi çözüyor. Öte yandan Britanya Sağlık Bakanlığı bu fikre şiddetle karşı çıkarak, doğum yapan her kadının yanında mutlaka tıbbi uygulamalara hâkim bir ebe olması gerektiği, daha zorlu doğumlarda bir doktor da bulunmasının şart olduğunu açıkladı. Bazı doktorlar da özgür doğum fikrini son derece bencilce, cüretkâr ve sorumsuzca bularak eleştiriyor. Ulusal Sağlık Servisi’nden bir yetkili, “Anne çocuğuna bakmakla, onu doğum sırasında da korumakla görevli değil midir? Annenin objektif gereklilikleri hiçe sayan, bu ihmali yüzünden bebekte kalıcı beyin hasarı oluşması ihtimali var” diyerek uyarıyor.”Bkz. <http://www.milliyet.com.tr/2007/05/24/son/sonyas07.asp> (Siteye Giriş; 24.05.2007, Saat: 11.43).

45 Bkz. BAYRAKTAR, age, sh: 224.

hekimlerin bunu yapacakmış gibi düzenlemesi hatalıdır. Eğer müdahaleyi tek kişi yaparsa ve seçilen yöntem veya araç açısından tıbben bu mümkün ise, bu takdirde, madde metninde “hekimler” ifadesiyle birden gazla hekimden söz etse dahi, diğer kanuni koşulların varlığı kaydıyla, eylemi yine de hukuka uygun saymak gerekmektedir.

Bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için, kanun koyucu, kanımızca gebe kadına güvence sağlamak iyi niyeti ve fakat hatalı bir mantıkla, gebeliğin “**hastane ortamında**” sona erdirilmesi mutlak koşulunu aramıştır. Bu hem tıbbi gerçeklikle hem de bu son fıkranın konuluş amacı ile bağdaşmamakta ve esasen çok sıkı koşullara bağlı kılınan bu hükmün çoğu kez uygulanması olasılığını ortadan kaldırmaktadır. Uygulamada çok kez müdahalenin yapıldığı ortamın “*hastane ortamı*” olup olmadığı tereddüt ve tartışmasını beraberinde getirecektir. Burada “hastane” olması koşulu aranmadığı gibi “steril olma, gerekli personel, cihaz, araç, ilaç v.s.ye sahip bir ortam” koşulunun getirilmemesi de hatalıdır. Annenin yaşamının ve sağlığının tehlike sokulmaması için yetkili ve uzman hekim, personel, araç ve yöntemleri aramak her halükarda gereklidir; ancak, sadece müdahalenin yapıldığı ortamın “hastane ortamı” olması bu amaçlanan güvenceyi sağlamayacaktır. Ancak yine de belirtelim ki, bu fıkradaki tüm koşulların varlığına karşın, somut eylemde taksirli davranmak, somut müdahalenin koşulları, kullanılan yöntem, test, gebeliği sona erdirme tekniğinin tıbben kabul edilemezliği, kullanılan araçların sterilliliğine dikkat edilmemesi, gerek müdahalenin yapıldığı öncesi, anı ve gerekse sonrasında kasten veya taksirle gerçekleştirilen eylemler v.s. nedeniyle hekimlerin ve müdahalede görev alıp katılan kimselerin kast veya taksirli eylemleri nedeniyle diğer suç tipleri nedeniyle doğacak ceza ve diğer hukuk alanlarına ilişkin sorumlulukları bu açıkladıklarımızdan mahfuzdur.

YTCK. m. 99’da ETCK. m. 468/son’daki gibi bir hükme yer verilmemiştir. Mülga TCK. m. 648/son, gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürme amacıyla bazı fiillerde bulunan kimsenin kadının ölümüne veya bedeni zararına neden olması halinde, ETCK.nun kendisinin kastın aşılması suretiyle adam öldürme ve nitelikli müessir fiil suçlarına ilişkin maddelerine göre

cezalandırılacağını düzenlemekteydi. Kadının gebe sanılmasına, yani kadının gebeliği konusundaki yanılmaya ilişkin bu özel nitelikteki hükme YTCK'nda yer verilmemiştir. Konunun YTCK. m. 30 karşısında değerlendirilmesi gerekmektedir. **Belirtelim ki, burada bu 6. fıkranın düzenlemesi ile 1-5. fıkralardaki düzenlemeler açısından önemli bir fark** da, 6. fıkradaki durum açısından çocuk düşürtme müdahalesinin **“hastane ortamında”** olması diğer koşullarla birlikte eylemi hukuka uygun hale getirirken, 1-5. fıkralardaki durumlar açısından çocuğun düşürüldüğü yerin **“hastane ortamı”** olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Özetle, “...TCK. m. 99/6'da suç nedeniyle hamile kalınan halde çocuk düşürtme 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, anlaşılabilir 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 atlatma, 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 yapılmamasının 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. **Çünkü, madde metni annenin cezasızlık nedeninden yararlanamayacağını ifade etmemektedir**⁴⁶. Belirtilen fıkrada “*gebeliği sona erdirene ceza verilmez*” denilerek, suçun failine ceza verilmeyeceği ifade edilmiştir. *Oysa aynı durumdaki mağdur kadının çocuğunu bizzat 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, personel 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.

46 Karşı görüş: TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, age, sh: 277.

Bu hem suiistimal edilerek bir yandan ilgili kişilerin hükmün amacının arkasına dolanmalarına hem de ilgili tıp mensubunun bu surette haksız kazanç elde etmesine olanak sağlayabilecektir. Bu hususta sorunlar çıktığında, kadının veya kürtaj yapan veyahut yaptıranın yalın-soyut beyanının doğru kabul edilmesi, bu yalmış uygulama vasıtasıyla, belirtilen hükmün tüm yasadışı kürtaj eylemlerine “kanuni haksızlık” aracı olarak hizmet edecek ve konuluş amacının tam tersi bir fonksiyon icra edecek bir hükme dönüştürülmüş olur.

Burada en azından **ya ispat kolaylığı sağlayacak ya da müdahale öncesi bir denetim getirerek suiistimalleri önemli ölçüde azaltarak tıp 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 yaptırılmalıdır⁴⁷. 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 ebeveyninden birisinin bu suçta katılma-

47 Sorun ve öneriler için ayrıca bkz. ÜNVER, Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, sh: 105-106.

sı halinde, çocuğun iradesi göz önünde tutulmakla birlikte, bir ceza hakiminin müdahalenin yapılmasına (rıza açısından) karar vermesi zorunluluğu getirilmelidir⁴⁸. Nitekim Avrupa Bio-Tıp 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-Tıp Sözleşmesi'nin 25. maddesi hükmüne uygun olarak, TCK. m. 99 ve 100. maddeler arasındaki ceza yaptırımını çelişkisi giderilmelidir...⁴⁹.

Nitekim bu kaygı ile dir ki, doktrinimizde bir yazarın, çocuğu bu fıkra uyarınca düşürtecek olan uzman hekimin uygulamada bir ceza yaptırımı/sorumluluğu ile karşılaşabileceği tehlikesini sezerek, iyi niyetli 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 önermektedir⁵⁰. 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 veya suç iddiasının ispatı mümkün olmayacaktır. Ya başka bir çözüm getirilmeli ya da yukarıda önerdiğimiz biçimde güvenceli bir

48 Ayrıca bkz. ÜNVER, Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, sh: 105-106.

49 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.

50 Bkz. MERAN, age, sh: 233.

düzenleme getirilmelidir; aksi tutum birçok soruna yol açacak ve bu sorunlar yanında da hem Tıp hem Hukuk kurallarının suiistimalini sonuçlayacaktır.

Kaldı ki, belirtilen görüşteki başka bir yazarın bu durumda uzman hekimin bir ceza sorumluluğu ile karşılaşmaması için hamileliğin suç sonucu olup olmadığını adli makamlardan sorması gerektiğini, bunun kanunda düzenlenmese dahi işin mahiyeti gereği böyle olduğu, çocuğun düşürtülmesi işleminin başlaması için zorla hamile bırakma suçunun ilgili faili hakkında soruşturmanın başlatılması gerektiği, soruşturma evresinde savcının CMK. m. 162 gereğince sulh ceza hakiminden hamileliğin suç sonucu oluşup oluşmadığını tespit etmesini isteyeceği, bunun için de Adli Tıp raporu aldırılması gerektiği belirtilmektedir⁵¹. Bu görüşe katılabilmek olanaksızdır. **Öncelikle, suç tipinde yer almayan hususların, özellikle de fail açısından bir hukuka uygunluk nedeni (bazı yazarlara göre kusurluluğu kaldıran hal) açısından yeni ilave koşulların getirilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz. Diğer yandan, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi böyle bir kararı CMK. m. 162 veya diğer bir hükme göre veremez. Gerek savcının gerek sulh ceza hakiminin yargılama yapmadan ve ilgili fail kesin hükümlerle cezalandırılmadan bir kimsenin suç işlediğinin tespitini iddia etmek, hem ceza muhakemesindeki delil ve ispatla ilgili tüm hükümlere hem de AY. m. 38'deki suçsuzluk karinesine aykırıdır.** Esasen bu tür bir tespit, iddia edildiği gibi “*adli tıp raporu*” (bilirkişi raporu) da aldırıldıktan sonra yapılırsa kanunda düzenlenen 20 haftalık süre birkaç katı kadar sürenin geçmesiyle çocuğu düşürtme eylemi olanaksız hale gelecektir. Kanun metni anne ve çocuğu bu şekilde düşüren doktor ve doktorla birlikte bu operasyona katılan diğer sağlık personelinin cezalandırılmaması için kanun metninde belli koşullar aramıştır ve bunların varlığı yeterlidir. Alman hukukunda olduğu gibi belirli bir denetim mekanizmasının olmayışı hatalıdır, suiistimallere açıktır, **özellikle ebeveynler açısından kız-erkek çocuk ayırımına gidilerek istenmeyen kız çocuklarının bu**

51 Bkz. GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1217-1218.

şekilde düşürtülmesine olanak verebilecek ve keza plasentanın ilaç sanayinde kullanılması, organ veya doku nakli v.sb. gibi eylemleri işlemek için organ ve doku ticareti suçları ile organ ve doku nakilleri hakkındaki kanunun hükümlerine aykırı birçok filin gerçekleştirilmesine yol açacaktır. Ancak bu suiistimallerin kanunda öngörülecek bir denetim mekanizmasına bağlanması gerekir. Halen ilgili kimselerin TCK. m. 99/6'daki hükümden yararlanabilmeleri için değil ve fakat TCK.nun birçok yönden eleştiriye açık 280. madde hükmü dolayısıyla hamileliliğin nedeni suçun işlendiğini bilen veya bu yöndeki bir belirtiden haberdar olan kimselerin ihmali hareketlerinin bir suçta vücut vermemesi için, ilgili kimseler bu suç iddiasını adli makamlara bildirmek zorundadırlar.

Belirtelim ki, burada **kadının hamile kalmasının nedeni bir suç olmalıdır. Bu suçun kasten veya taksirle işlenmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Hatta eylemin mutlaka nitelikli cinsel saldırı suçu biçiminde işlenmesi de şart değildir.** Önemli olan kadına karşı bir suçun işlenmesi ve bunun neticesinde kadının hamile kalmasıdır. Bu nedenle, doktrinde hamileliğe yol açan suçun mutlaka kasten işlenmesi gerektiğine yönelik açıklamalara⁵² katılmıyorum. Suç taksirle de işlense, netice nedeniyle ağırlaşan bir suç da olsa bu madde hükmü uygulanabilecektir.

Yine TCK.nun 104. maddesindeki suçun mağdur ve failin yaşlarının bu maddede belirtilen yaş dilimleri arasında kalması durumunda fail ve mağdurun belli olmadığı ve bu nedenle TCK.nun 99/6. maddesinin bu tür bir eylem sonucunda hamile kalan kadın açısından uygulanmayacağı görüşüne⁵³ de katılmıyorum. TCK. m. 104'ün işlenmesi sonucunda hamile kalınması halinde TCK.nun 99/6. maddesinin uygulanmayacağına yönelik bir kanuni düzenleme yoktur. **TCK. m. 104'de düzenlenen eylem halen hukukumuzda suçtur. Bu suçta fail ve mağdurun kim olduğunun belli olmaması diye bir durum yoktur.** Tipik hareketi kim yapıyorsa o faildir. Her iki partner de (ikisi de kadın veya erkek veyahut birisi kadın diğeri er-

52 GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1218.

53 GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1219.

kek olabilir) her ikisi de kendi eylemi açısından fail diğèrinin eylemi açısından mağdurdur. **Bu nedenle, TCK. m. 104 sonucu kahnan hamilelikte TCK. m.99/6'nın uygulanmayacağı veya uygulanmasında sorun yaşanacağı iddiası yerinde ve doğru değıldir.**

Burada eleştirilecek diğèr bir husus, **TCK. m. 99/6'daki düzenlemedeki eksiklikler dışında, TCK. m. 104'ün reşitlik kavramını esas almaması**, madde başlığında reşitlik kavramına yer verilmesine karşılık madde metninde 15-18 yaş dilimini esas alarak düzenleme getirmesi ve bu nedenle de evlenme veya kazaî rüşt kavramlarını gözden kaçırarak sanki evli kimselerin başkasıyla rızayla kuracağı cinsel ilişkinin TCK. m. 104'daki suçu oluşturabileceğı gibi yanlış yorum ve uygulamaya yol açacak hatalı düzenlemedir.

Belirtmek gerekir ki, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin 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 değıştirilmesi 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 atıf 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 verilmeyeceğı öngörölmekle birlikte, **bu hükümdeki koşullara aykırı davranılması halinde aynı maddede çeşitli fıkralarda düzenlenen suçlardan birisi söz konusu olabileceğı gibi, çocuğı 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.

Bu hükümde gebeliğı sona erdirene ceza verilmeyeceğıne ilişkin hükmü, bu madde kapsamındaki eylemi yapan **uzman hekimlere yardım eden anneye de ceza verilmeyeceğı biçiminde anla-**

mak gerekir.

Ayrıca bu maddede her ne kadar gebeliği sona erdirecek hekimler çoğul ifade kullanılarak birden fazla olması gerektiği izlenimini verecek şekilde düzenlenmiş iseler de, **tek hekimin gebeliğe son vermesi halinde dahi, maddede aranan kanuni diğer koşulların bulunması kaydı ile, kendisine ceza verilmeyeceği biçiminde yorumlanması gerekir.**

“Bu hükmün karşılığı Al. CK’nun 281a paragrafının 3. fıkrasındaki düzenleme olup, TCK’ndaki düzenlemeden oldukça farklıdır: Federal Almanya ceza hukuku açısından, öncelikle doktorun tıbbi bilgilerinin hamileliğin hukuka aykırı bir eylemden kaynaklandığını göstermesi gerekir. Bu hukuka aykırı fiil kavramı genel ve geniş anlamda bir fiil olmayıp, Al. CK’nun 176 ilâ 179. paragraflarındaki fiillerden birisi olmalıdır. Mevcut tutamak noktalarının hamileliğin bu paragraflardaki fiillerden birisine istinad ettiğini kabul edilebilir biçimde göstermesi ve hamileliğin de 12 haftayı geçmesi gerekmektedir. Arzu edilen kadar açık ve suiistimleri önleyici ideal bir düzenleme olmasa bile, özellikle doktorun tıbbi bilgilerine atıf yapılması, hamileliğe neden olucu fiillerin sınırlandırılması ve özellikle de hamileliğin 12 haftayı geçmemesi (normalde 10 haftayı geçmediğinde hamile işinin rızası çocuğun suç teşkil etmeksizin kaldırılmasına yeterli olduğu göz önünde tutulduğunda) TCK’nun düzenlemesinden çok ileri, daha çağdaş ve yerinde bir düzenleme olduğunda kuşku bulunmamaktadır. *Suç endikasyonu* veya *kriminolojik endikasyon* da denilen bu hükmün uygulanması için, hamileliğe neden olan eylemin kusurlu olması zorunlu değildir. Diğer yandan eylemin ensest (fücur) eylemi olması, hükmün uygulanması için yeterli değildir. Hamile kadının fiile rıza gösterip göstermemesi önemsiz olduğu gibi, ilgili paragraf ve fıkrada belirtilen tutamak notalarının hamileliğe neden olan eylemin belirtilen türdeki bir eylemin neden olduğunu kesin olarak ispatlaması gerekli olmayıp, hamileliğin bu tür bir eylemden dolayı meydana geldiğini ciddi biçimde gösteren bir olasılık yeterlidir. Dolayısıyla, doktorun bu gibi durumlarda soruşturma makamlarının bu iddiayı aydınlatmasını beklemek veya ara- mak yükümlülüğü bulunmamakta, kendisinin doktorluk meslek tec-

rübesiyle yetinmesi mümkündür. Buna karşılık, bu gibi bir iddianın varlığı halinde hamile kimsenin iddiasının inandırıcılığının kuşkulu olması durumunda, doktor, hamile kimsenin rızasıyla savcılıktan durumun araştırılıp aydınlatılmasını veya açıklayıcı veri toplanmasını talep etme-isteme söz konusu olmaktadır (Bkz. LACKNER-KÜHL (*Lackner*), StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, sh: 820-821). **Önemle belirtelim ki, aynı paragrafın 4. fıkrasıyla getirilen ve değindiğimiz konu ile ilgisi bulunmayan başka bir hüküm, başka bir açı, gerekçe ve sistemle (doktorun Al. CK'nun 219. maddesi uyarınca tavsiyede bulunması, hamileliğin 22 haftayı geçmemesi koşuluyla) hakime bu gibi durumda çocuğunu düşürten kadına Al. CK'nun 218. maddesi uyarınca ceza vermekten kaçınma yetkisi vermektedir ki, bu hüküm Almanya'da çocuk düşürme olanağını zaman olarak oldukça genişletmiştir; hüküm bu açıdan oldukça eleştiriye açıktır. Ancak bu tür bir düzenlemenin TCK'nda bulunmadığı ve bunun TCK.nun 99/6. maddesine tekabül eden paragraf ve fıkralardan ayrı bir kurum olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Diğer taraftan belirtilmelidir ki, TCK. m. 99/6 maddenin metninde belirtilen koşullarla sadece üçüncü şahısa mı çocuğu düşürtme yetkisi sağladığı yoksa hamile anneye de mi bu yetkiyi tanıdığı ve nihayet bu maddenin cenini mi, anneyi mi koruduğu, yoksa sadece bu son fıkra açısından cenini annenin sağlık ve/veya yaşam hakkının önce güvenceye alınması önkoşuluyla korunduğu ve fakat bu güvencenin olmadığı durumda bu korumadan ve bu son fıkranın getiriliş amacından da mı vazgeçildiği hususu oldukça tartışmalı ve belirsizdir. Madde metni çok açık olmamakla ve maddenin metnindeki “*gebeliği sona erdirene ceza verilmez*” ifadesi nedeniyle herkese bu yetkinin tanındığı yorumuna elverişli bir düzenleme izlenimi uyandırıyor ise de, maddenin son cümlesindeki “*Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir*” ifadesi nedeniyle, fiilen hamile anneye bu yetkiyi tanımadığı anlamı çıkmaktadır. Bu düzenlemenin yerinde olmadığını, bazı tehlikeleri bertaraf etmek için getirilen bu koşulun hem fiili-fiziki somut koşullarda anne aleyhine bir haksızlığa yol açacağı ve ekonomik duru kötü ve yoksul koşul ve olanakları kısıtlı yerlerde yaşayan kimseleri korumayacağı, hem annenin bu**

eylemi yapması durumunda amaca ve hakkaniyete aykırı bir cezalandırılmaya gidileceği ve 99. maddenin bu son fıkrasının özellikle 20 hafta gibi çok ok uzun bir süre kabul etmesi, suç sonucu hamile kalınıp kalınmadığını denetleyecek bir mekanizmanın olmayışı, suç ayırımı ve sınırlaması yapılmayışı ve suiistimallere açık içeriği ile kadının soyut beyanı ile 20 haftalık ceninin alınarak hamileliğe son verilmesine imkan vermesi gibi hatalı içeriği dışında, buradaki inceleme konusu açısından da eksik ve hatalı bir düzenleme olduğunu konunun bu açıda yeniden düzenlenmesi ve açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyorum.”⁵⁴

II. ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

TCK. m. 100 (Çocuk düşürme).

(1) Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur⁵⁵.

A. FAİL VE SUÇA KATILMA

Fail gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının bizatihi kendisidir. Suç sadece anne tarafından işlenebilir yani fail sadece anne olabilir. Suçun faili, gebelik süresi on haftadan fazla olan ve çocuğunu isteyerek düşüren kadındır.

Bu suç açısından (asli) fail kadın olup, erkek kişi bu suçun faili

54 ÜNVER, Yener. Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi., İlaç Hukuku Sempozyum Kitabı (Roche Müstahzarları A.Ş. ve M.Ü. Hukuk Fakültesi ortak yayını), İstanbul 2007, sh: 70-71, dipnot. 46’dan naklen. Diğer bazı ülkelerde konuyla ilgili kanuni düzenlemeler için bkz. GÜLŞEN, Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi, sh: 1211-1214.

55 **Gerekeç:** “Madde gebeliğin on haftayı aşmış bulunmasına karşın, çocuğunu kasten düşüren kadına verilecek ceza gösterilmektedir

Bu durumda bulunan kadına çocuk düşürmesine sağlayacak veya bu hususa yaracak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimsenin suça iştiraktan dolayı cezalandırılacağı açıktır.”

olamaz. Erkek bir kişi, sadece gebe ve asli eylemi yapan annenin eylemine iştirak ederek faillik statüsünü kazanabilir. Fail gebe ve kendi çocuğunu düşüren veya düşürmeye çalışan kadın, mağdur ise anne karnındaki cenindir. Bu kadın gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadındır: Kadının gebeliğinin nedeni önemli olmadığı gibi, kadının evli ya da bekar veyahut dul veyahut boşanmış olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Başkaları, bu kadının eylemine iştirak edebilir. Ancak, bu maddedeki çocuk düşürme suçunun işlenip, buna karşılık 99. maddedeki çocuk düşürtme suçunun işlenmemesi için, çocuğu düşürtme asli eylemini gebe kadının kendisinin yapması gerekmektedir. Buna karşılık, kadının rızası olsa dahi çocuğu başkası düşürtür veya başkası düşürtürken kadının yardım etmesi halinde, bu maddedeki suç değil TCK.nun 99. maddesindeki suç işlenmiş olacaktır. Kadının çocuğunu düşürmesi için elverişli vasıta sağlayan, kadını bu eyleme azmettiren veya teşvik ya da tahrik eden kimse suç ortaklığı kurumu kapsamında kadının suçuna iştirak etmiş olacaktır. Mülga TCK. m. 469/2 gibi bir hükme, (5237 sayılı) TCK'nda yer verilmemiştir. Belirtilen hüküm, mülga TCK. m. 469/1 ve TCK. m. 100'de yazılı suça iştirak halleri dışında, gebe bir kadının, **çocuk düşürmeğe yarayacak vasıta tedarik etmek suretiyle çocuğu düşürmeğe tahrik etmek eylemini cezalandırarak, intihara teşvik suçu benzeri bir düzenlemeyi çocuk düşürme suçu açısından getirmekteydi. Halen mevcut düzenleme karşısında, bu eylem özel olarak düzenlenmiş biçimde bir suç değildir, yukarıda da değinildiği üzere, diğer koşulların da varlığı halinde bu eylem suça iştirak kurumu kapsamında değerlendirilecektir.**

B. SUÇLA KORUNMASI AMAÇLANAN HUKUKSAL DEĞER

Suçun koruduğu hukuksal değer ne(ler) olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bu suçla korunması amaçlanan hukuksal değer farklı yazarlarca, ceninin hayatı, annenin hayatı, ırkın devamlılığı, milletin nüfus politikası v.b. olarak ifade edilmiştir. Bu

suçla **korunması amaçlanan hukuksal değer** açısından, TCK.nun 99. maddesindeki suçlara ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar genel mantığın kavranması açısından dikkate alınmak gerekmele birlikte, o maddeden ayrılan önemli husus failin gebe anne ve mağdurun ise anne karnındaki ceninin yaşam hakkıdır. Kanun koyucu, gebeliğin belirli bir süreyi geçmesinden sonra, annenin vücut bütünlüğü veya yaşamını korumak amacıyla değil, ceninin yaşamını korumak amacıyla bu suçu ihdas etmiştir. Nitekim, annenin kendi karnındaki cenine (doğacak çocuğuna) karşı bu suçun işlenmesi engellenmek istenmektedir.

C. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu (daha iyi ifadeyle konuları), gebe kadının vücudu ile düşürülen cenindir. Şüphesiz ceninin canlı olması ve eylem öncesinde anne karnında yaşıyor olması gerekmektedir.

D. SUÇUN TİPE UYGUN EYLEM (MADDİ) UNSURU

Madde metnindeki “**çocuğunu düşürme**” ifadesi, “**kürtaj**” olarak anlaşılmalıdır. Kürtaj çocuk düşürmenin sadece rahmin kazınması suretiyle yapılan bir biçimdir. Çocuğun tıbbi-bilimsel veya tıp dışı-bilime aykırı yöntemlerden hangisi olursa olsun, her tür çocuk düşürme eylemi madde kapsamındadır. Çocuk düşürme terimi, tıpkı çocuk düşürtme terimi gibi, kürtajı da içine alan çok daha geniş bir kavramdır. Madde metninde “**düşürme**” terimi kullanılarak serbest hareketli bir suç tipi yaratılmıştır. Tek veya çok hareketle yapılması suçun oluşumu için fark etmediği gibi, kullanılan araç ve yöntem de önemsizdir. Tek veya çok hareketle yapılması suçun oluşumu için fark etmediği gibi, failin veya mağdurun kim olduğu, kullanılan araç ve yöntem de, eylemin yapıldığı yer ve zaman da önemsizdir.

Çocuk düşürme suçu, düşürtme suçu gibi serbest hareketli bir suçtur. Fail anne karnına tekme atabilir, merdivenlerden itilebilir, bir yerden atlayabilir, ağır bir şey taşıyabilir, ilaç içebilir ya da ceninin ölümünü gerçekleştirebilecek diğer hareketlerden birini gerçekleştirebilir.

rebilir.

E. SUÇUN SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSURU

Suç kasten işlenebilir; istisnai-özel bir düzenleme bulunmadığı için, bu suçun taksirle işlenmesi hali cezalandırılmaz. **Bilerek veya bilinçsizce madde metninde kullanılan “isteyerek” ifadesi dolayısıyla, suçun olası kastla ve hatta ikinci derecede doğrudan doğruya kastla işlenmesi halinin de cezalandırılıp cezalandırılmayacağı kuşkulu hale getirilmiştir.** Bu ifadeye madde metninde yer verilmemesi, olması gereken hukuk açısından daha yerinde ve bu uygulama karışıklığına yol açılmamış olurdu. Ancak halen mevcut düzenleme karşısında, maddedeki belirtilen ifade dolayısıyla her iki halde de eylem cezalandırılmayacaktır. Çünkü madde metninde düzenlenen “*çocuğunu isteyerek düşürmesi*” ifadesi, genel kastı ifadenin ötesinde, kastın “isteme” unsurunu özellikle vurgulayarak, bu suçun işlenmesinin kabulü için neticenin açıkça istenmiş olmasının aranacağı düzenlemesi yapılmıştır.

Olası kastta bu “isteme” unsuru eksik olduğu için, suçun bu kast türü ile işlenemeyeceğini kabul etmek daha kolaydır. Uygulamada daha fazla soruna yol açacak olan, tipik eylemin ikinci derecede doğrudan doğruya kastla yapılmış olduğu olaylar olacaktır. Ancak, ikinci derecede doğrudan doğruya kastta da aslında “isteme” unsuru açıkça bulunmamakta ve kişiyi suçun kastla işlenmiş türünden sorumlu tutmak için esasta ispatlanamayan kastı “ikinci neticenin meydana gelmesiyle yapılan hareket arasında bir zorunluluk, olasılıktan daha fazla bir imkan olduğu” gerekçesiyle bir postulat olarak kabul etmek söz konusudur. Madde metninde “isteyerek” ifadesi kullanıldığı için, gerçekte neticenin istenmediği veya istenip istenmediğinin ispatlanamadığı durumlarda (hareketin kasten yapılması, hareketle neticenin doğması arasında olasılığı aşan bir (adeta) zorunluluğun bulunması ilave koşullarıyla) varlığı kabul edilen ve kastın bir türüymüş gibi kabul edilen ikinci derecede doğrudan doğruya kast, bu suçta ceza sorumluluğunu gerektirmeyecektir.

Dikkat edilmelidir ki, **ikinci derecede doğrudan doğruya kastta, bu kastla ilişkilendirilen neticenin istendiği açık ve is-**

patlanmış olmadığı ve hatta bu araştırmaya girilmediği gibi, ikinci neticenin meydana gelmesi açısından da “*condictio sine qua non*” anlamında bir meydana gelme zorunluluk-imkanının bulunup bulunmadığı araştırılmayıp, sıradan bir olasılığı aşan ve meydana gelmesi olasılığa nazaran daha kuvvetle muhtemel olan bir varsayımdan hareketle varlığı ve bunun “kast” gibi/olarak kabulü önerilmekte, savunulmakta ve kabul edilmektedir. Madde metnindeki ifade karşısında, suç doğrudan kastla işlenebilecektir.

Belirtelim ki, basit kastan ayrı bir mantık, içerik olarak ek koşul ve olguların varlığı ve biraz da genelde izlenen suç politikası nedeniyle kastın türü olarak kabul edilip uygulanan *Weber kastıyla* da bu suçun işlenmesi mümkündür.

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 diğer kimse 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. maddenin uygulanarak cezanın tespit ve tayininde dikkate alınmalıdır.

Gebelik süresi on haftadan fazla değilse, kadının çocuğunu düşürmesi suç teşkil etmemektedir. On hafta dahil daha az süreli gebelikler çocuk düşürme suçu açısından, kanunun herhangi bir tıbbi zorunluluk v.s. koşulu aramadan kadının rızasıyla gerçekleştirilmesi halinde bu suçun oluşmadığı maddenin karşıt anlamından çıkmaktadır.

F. SUÇA TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Suç ceninin anne ile yaşamsal bağının kopması ile gerçekleşir. Ceninin ölümü ile suç gerçekleşecektir. **Bu suçta teşebbüs mümkündür.**

Yukarıda da değinildiği üzere bu suç, gebe kadının çocuğunu düşürmesi ile tamamlanır; bu **suça teşebbüs** ve **gönüllü vazgeçme** hükümlerinin uygulanmasına elverişli bir suçtur. Çocuğun erken doğumu ile düşürülmesi farklı kavramlar olup, bu suçun oluşabilmesi için çocuğun erken doğumu değil, düşürme ameliyesiyle öldürülmesi de gereklidir. Bunun için çocuğun düşürme eylemi gerçekleşmeden önce anne rahminde yaşıyor olması ve müdahale sırasında, müdahale nedeniyle öldürülmesi gereklidir. Çocuk erken doğrulur e sonradan (çok kısa süre sonra da olsa) öldürülürse, bu suç değil, adam öldürme suçu işlenmiş olur.

D. CEZA YAPTIRIMI

Bu madde açısından, kanun koyucu **seçimlik bir ceza** öngörmüş ve hangi cezanın ne kadar takdir ve tayin edileceğini somut olay (esas) mahkemesine bırakmıştır. Mahkeme hem bu iki tür cezanın

kanuni alt ve üst sınırlarına ilişkin (TCK. m. 49 ve 52) hem de cezaların tayin ve tespitine ilişkin (TCK. m. 50 vd., 61 vd.) hükümleri gözönünde bulundurarak ve gerekçesiyle birlikte cezalardan birisini seçecek ve hükmedecektir.

Bu madde uyarınca hükmedilecek ceza hapis cezası olursa, TCK.nun 53. maddesinin de dikkate alınması gereklidir. Çünkü, TCK.nun 53/1. maddesi uyarınca, maddede belirtilen koşulların varlığı halinde ayrıca fail hakkında maddede belirtilen haklardan yoksunluğa da karar verilecektir.

TCK.nun 99/6. maddesi, yalnızca 99. maddedeki çocuk düşürtme suçuna ilişkin olup, bu (m. 100) maddedeki suça ilişkin ne benzer bir düzenlemeye ne de bu madde açısından da uygulanabilmesi için bir atıf maddesine de yer verilmediği için, TCK.nun 99/6. maddesinde belirtilen hüküm, **100. maddede düzenlenen ve asli fail olarak gebe kadının kendisinin saptandığı hüküm açısından doğrudan doğruya uygulanamayacaktır.** Yani bu hal, bu maddedeki düzenleme açısından açıkça ceza indirimini veya cezasızlığı gerektiren bir hal olarak kanun metni içinde düzenlenmemiştir. Oysa bu hem genel geçerli hukuk kurallarına hem de mantık kurallına aykırıdır. Çünkü, kadının rızası ve diğer koşullarla başkasının yaptığı eylem suç sayılmaz iken, kadının bu eylemi bizatihi gerçekleştirmesi haline ilişkin bir açık hükme yer verilmemiştir. Bu kanuni engele ilişkin doğal bir sınırlama, 99/6. maddedeki “*kadının rızası*” dışındaki koşullar ve özellikle de “*yetkili kimse*” koşulu açısından ortaya çıkmaktadır. Burada, şüphesiz, TCK.nun 99/6. maddesinin aradığı tüm koşulların bir arada bulunduğu olay sayısı az olacaktır; ancak bu maddedeki koşulların varlığı ve çocuğu kadının kendisinin düşürtmesi olasılığı teorik olarak ve gerçek yaşamda nadiren de olsa karşılaşılabilecek bir haldir ve buna ilişkin açık bir hükme ihtiyaç vardır. **Bu yönde bir hüküm TCK’na ekleninceye kadar, yukarıda 99/6. maddeye ilişkin açıklamalarımız ve yaptığımız önerinin hayata geçirilmesi sorunu geçici de olsa bir ölçüde çözülmüş olacaktır.**

E. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU KURUMLARI

Suç re'sen kovuşturulan bir suçtur; soruşturulması ve/veya kovuşturulması **şikayet** koşuluna bağlanmamıştır.

26. 09. 2004 tarih ve 5235 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca bu suçu yargılamaya **Sulh Ceza Mahkemeleri** yetkilidir.

Bu suç, takibi şikayete bağlı bir suç olmadığı için, **uzlaşma** kurumu bu suç açısından işletilemez.

HEKİMLER TARAFINDAN TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜLERE TIBBİ OLMAYAN NEDENLERLE ZORLA İLAÇ VERME¹

Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT²

I. Giriş

I. Hekim-Hasta İlişkisi

Hekim, kelimesi sözlük anlamı itibarıyla insanlardaki hastalıkları tanıyan ve bu hastalıkları ilaçlarla ya da bir takım araçlarla ortadan kaldıran, tedavi eden kimsedir³.

Temel olarak hekimin, hastasını sağlığına kavuşturmak için yaptığı müdahaleler, etik, ahlâki ve hukuki olarak tıbbi müdahale şeklinde isimlendirilir⁴. *Tıbbi müdahale* kavramını biraz daha açarsak kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek, bu mümkün olmadığında hastalığı hafifletmek veya acılarını dindirmek veyahut da rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması yapmak amaçlarıyla tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından, tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teş-

- 1 26-29 Nisan 2009 Tarihleri arasında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen Uluslararası Sempozyum ve Sertifika Programı kapsamındaki "Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı, Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları" konulu Sempozyumda sunulan tebliğ metnidir.
- 2 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.
- 3 Türkçe Sözlük, 1 (A-K), Ankara 1983, 520.
- 4 M.Süttaş, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, 42.

his ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir⁵.

Belirttiğimiz gibi, doğrudan fiziksel tamlığa ilişkin olmamakla birlikte, ruh sağlığına yönelik girişimler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bu nedenle, hekimin sözleri, önerileri, davranışları, hastayla ilişkisinde kullandığı yaklaşım metodu bile bu kavram içinde değerlendirilebilecektir⁶.

Öte yandan kişinin yaşamına, sağlığına veya vücut tamlığına yönelik bir müdahalenin, tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi ve hukuka uygun sayılabilmesi için birtakım şartlar aranır. Bu şartların varlığı müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek ve ilgililerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Tıbbi müdahalenin, tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi

11.4.1928 Gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa⁷ ile 23.1.1953 gün ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'nda⁸ düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, tıp bilimini icra edebilecek kişinin öncelikle bir tıp fakültesinden mezun olup hekimlik diploması alması, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, tabip odasına kayıtlı bulunması ve hekimlik yapmaya engel hali olmaması gerekmektedir⁹. Böylece hekim tıp

5 C. Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, 15; M. Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, 5; K.Bayraktar, Hekimin Tedavi nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, 24; N.Gürelli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları", Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan (1981-1982), İHFİM, XLV-XLVII, 1-4 (1979-1980-1981), 270-271; K. Engisch, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Jena 1958, 5; Ö.Y. Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, 24.

6 Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını, 42- 43.

7 11.04.1928 Gün ve 1219 sayılı Yasa m.1 vd. (RG 14.4.1928, No.863).

8 23.01.1953 Gün ve 6023 sayılı Yasa (RG 31.1.1953, No.8323)

9 Şartlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. Ö. Y. Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, 26-41.

bilimini icra etmek¹⁰ bakımından sübjektif bir hakka sahip olacak ve bu hak ona tıbbi müdahalelerde bulunma olanağını sağlayacaktır¹¹. Sayılan niteliklere sahip olan ve bu tip faaliyetlerde yapma yetkisini taşıyan kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa'da sınırlı sayıda olmak üzere belirtilmiştir. Bu Yasa'ya göre tıbbi müdahalelerde bulunabilecek kişiler; hekimler (tabipler), diş hekimleri, ebeler, sağlık (sıhhiye) memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir.

2. Tıbbi müdahalenin yasada öngörülen amaçlara yönelik olması

Hekim tarafından yapılacak müdahalenin tıbbi nitelikte kabul edilebilmesi için yasanın izin verdiği amaçlardan en az birine yönelik olması gerekmektedir. Daha genel bir ifadeyle diyebiliriz ki, hekim, sağlık kazandırma¹², tedavi¹³ amacıyla hareket etmek zorundadır ve bu amaç, hastanın yaşamını, beden bütünlüğünü/vücut dokunulmazlığını korumak, onu ağrılarından kurtarmak ya da hastalıklara yakalanmasına engel olmak şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁴.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi¹⁵ m.13/3'de de, hekimin, tıbbi müdahaleyi teşhis, tedavi veya korunmak amacıyla yapabileceği açıkça vurgulanmıştır.

Yasal düzenleme bakımından tıbbi müdahale şu amaçları taşıyabilir:

- 10 Bayraktar, Hekimin, 24.
- 11 Ç. Özek, "Hekim ve Hukuk-Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları", İTFM XXVIII, (1965), 450.
- 12 Engisch, Die rechtliche Bedeutung, 5; A. Ataay, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarıım, Giriş-Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978, 127; E.Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1992, 100.
- 13 Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, 9; Özek, Hekim ve Hukuk, 453; Bayraktar, Hekimin, 149.
- 14 Engisch, Die rechtliche Bedeutung, 5-6; Güreli, Hukuk Açısından, 270.
- 15 23.01.1953 Gün ve 6023 sayılı Yasa'ya dayanılarak, 13.01.1960 gün ve 4/12578 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkartılmıştır (RG 19.02.1960, No.10436).

a. Teşhis amacı

Bir kişide var olduğu sanılan fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığı, hastalığı aramak, bulmak ve böyle bir rahatsızlık varsa ne olduğunu belirlemek için tıp bilimine uygun olarak¹⁶ yapılan faaliyetler *teşhis*dir¹⁷. Örneğin, hastanın vücudu üzerinde elle veya özel-teknik aletlerle araştırma yapmak, hastaya ya da ailesine bir takım sorular sormak, laboratuvar araştırması için kişiden kan ya da idrar almak gibi işlemler teşhis kavramı içinde değerlendirilmektedir¹⁸. Teşhis sonucunda, hasta üzerinde mutlaka belli bir rahatsızlığın ortaya çıkarılması zorunluluğu yoktur. Gereken işlemler yapılmış ancak, bir hastalığa rastlanılmamış olabilir. Bu hal yapılan faaliyetlerin teşhis niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁹.

b. Tedavi, hastalığı hafifletme veya acıyı dindirme amacı

Tedavi, kendisinde bedensel veya psikolojik bir rahatsızlığın bulunduğu teşhisi konulan kişiyi iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse hastalığı hafifletmek, yani ilerlemesini engelleyerek, ilk ve daha az zararlı safhalarına döndürmek ya da acılarını dindirmek için yapılan hareketlerdir²⁰. Herhangi bir ilacın verilmesinden, karmaşık bir tıbbi müdahaleye²¹ veya hastaya uygulanabilecek psikolojik bir işleme²² kadar tüm faaliyetler tedavi olarak değerlendirilir. Hekim hastaya uygulanacak tedavi yöntemini seçmekte özgürdür. Ancak bu yöntemin, tıp bilimi tarafından genel kabul görmüş ve onun ilke kurallarına uygun (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/1), uygulamada ağır basan, hukuki olarak da he-

16 Bayraktar, Hekimin, 231.

17 Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 18; Bayraktar, Hekimin, 231.

18 Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 18; Bayraktar, Hekimin, 230.

19 Bayraktar, Hekimin, 231.

20 Gürelli, 271; Ayan, Tıbbi Müdahalelerden, 9; Bayraktar, Hekimin, 232; Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 18; Ç. Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, 49.

21 Bayraktar, Hekimin, 232.

22 Gürelli, Hukuk Açısından, 271.

kime seçimi nedeniyle sorumluluk getirmeyecek nitelikte²³ olması, etkinliğinin denenmiş bulunması gerekir (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.11/2).

c. Hastalıktan koruma amacı

Henüz hasta olmayan ancak vücut tamlığına, sağlığına veya yaşamına yönelmiş ileride ortaya çıkabilecek olası bir rahatsızlıktan kişiyi uzak tutmak, korumak için yapılan faaliyetler *hastalıktan korumaktır*²⁴. Vücudun herhangi bir yerinde bulunan kistin alınması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

d. Nüfus plânlaması amacı

2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Yasa'ya göre nüfus plânlaması; kişilerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir (NPHK m.2/1)²⁵. Yine tıbbi zorunluluklar hariç olmak üzere, çocuk sahibi olmak istemeyen erkek ya da kadına yapılan sterilizasyon müdahalesi (NPHK m.4/1) veya kadının gebeliğinin sona erdirilmesi (NPHK m. 5, 6)²⁶ nüfus plânlaması amacını taşır.

3. Tıbbi müdahalenin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması

Yapılan bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak kabulü için tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması gerekir²⁷. Hekim, müdahalede bulunacağı ilgilide var olan bedensel veya psikolojik rahatsızlığı teşhis ettikten sonra bunun

23 Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını, 43, 82-83.

24 Güreli, Hukuk Açısından, 271; Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 18.

25 24.05.1983 Gün ve 2827 sayılı Yasa (RG 27.5.1983, No.18059).

26 Erem, nüfus artışının gebeliğe son verilmesinin bir nedeni olamayacağını ifade etmektedir. Yazar'a göre nüfus artışı sorunu çok farklı nedenlere bağlı "sosyal ekonomi" konusudur. Oysa gebeliği isteğe bağlı olarak sona erdirmek, soyunu devam ettirebilme konusuna ilişkin olarak "hakkın kullanılması" şeklinde ele alınması gereken hukuksal bir problemdir. F. Erem, Ümanist Doktrin Açısından, Türk Ceza Hukuku, IV, Özel Hükümler, Ankara 1985, 479-480.

27 Özek, Hekim ve Hukuk, 453; Ayan, Tıbbi Müdahalelerden, 12; Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, 33; Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını, 82.

tedavisi için gerekeni yapacaktır. Hekim, uygulayacağı yöntemi serbestçe seçme hakkına sahip olmakla birlikte, tıp biliminin gerektirdiği şekilde hareket etme yükümlülüğü altındadır. Tıbben kabul edilmeyen ya da yeteri kadar denenip faydalı olduğu konusunda tam bir kanaat uyandırmamış yöntemlerin hastalar üzerinde uygulanması kabul edilemez. Hekim sürekli bir gelişim içinde olan tıp dünyasını takip ederek hastalıklarla mücadelede benimsenen uygulamaları bilmek durumundadır. Doğal olarak, bu hal onun içinde bulunduğu zaman ve ülke koşullarıyla da yakından ilgilidir²⁸. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13’de de hekimin, tıp ilke ve kurallarına göre hareket etmesi gereği vurgulanmıştır. Bu açıdan aranacak esas, hekimin yerleşmiş ve gerçekliği kabul edilmiş kuralları bilmesi ve bunlara göre hareket etmesidir²⁹.

4. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi

Yapılan bir müdahalenin, tıbbi müdahale olarak kabulü için, yukarıda anlattığımız şartlarla birlikte kendisine müdahalede bulunulacak hastanın yapılacak müdahaleye rızasının da bulunması gerekir. Hastanın rızası, tıbbi müdahalenin şartlarından biri olduğu gibi; hekimin fiilinin hukuka uygunluğu için de varlığı zorunlu bir unsurdur. Hastanın rızasının alınabilmesi için öncelikle kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatılması gereklidir.

Tıbbi müdahalenin tarafları olan hekim-hasta arasında gerçekleştirilecek müdahale süreci boyunca yaşanan özel bir ilişki söz konusudur. Bu ilişkinin temelinde güven ve kişinin kendi geleceğini belirleme, özerkliğe saygı gösterilmesini isteme hakkı yatmaktadır³⁰.

28 Sütlaş, Hasta ve Hasta Yakını, 42-43, 82.

29 A. Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, DHFD, 1, (1983), 23.

30 G.Bockenheimer-Lucius, “Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı (Editörler:A.Demirhan Erdemir/Ö. Öncel/A. Namal/Y. Ünver/H.Doğan), İstanbul 2005, 30; G.Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, (çev. E.Direnisa), Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe HFD III, 2 (2006), 3 vd.; B.Tag, “Tıp Ceza Hu-

Tıbbi müdahaleyi yapacak hekimin üstlendiği rol önemli olsa da tek belirleyici değildir. Akıl sağlığı, iradesi tam olan, istediği biçimde davranabilen, kendisi için yararlı ve zararlı olanları ayırabilen, duygu düşünce ve hareketlerine hakim olan ve bu anlamda da diğer bireylerden saygı görmeyi bekleyen birey özerktir. Bu açıdan kişi, kendi seçimini kendi koşulları çerçevesinde değerlendirerek yapacaktır. Bu seçimi yaparken her türlü baskı ve yönlendirmeden uzakta kalmak ve gerektiğinde bu etkilemelere karşı koymak hakkına da sahiptir. Bu durum kişinin özerkliğinin bir sonucudur³¹. Tıbbi müdahaleler ise özerkliği olan kişinin bu hakkına saygı gösterilmesini beklediği en önemli alanlardan biridir. Dolayısıyla, bir anlamda hekimin müdahalesinin sınırını da ortaya koymaktadır. Hekim hastasının bu hakkını kullanarak yaptığı seçime saygı göstermek zorundadır ve bu durum özerkliği saygı ilkesi olarak isimlendirilen etik bir ilkedir³².

Hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisinin sonucu olarak hasta, hekime kendisini emanet etmektedir. Hasta, içinde bulunduğu sıkıntılı durumdan onu kurtarması için seçtiği bir hekime gitmekte, ona güven duymakta ve bir anlamda kendisini teslim etmektedir. Hekim ise bu güven ilişkisi içinde hastası için en iyi olanı yapmaya çalışmakta, mesleki deneyim ve bilgisini de kullanarak, hastasını iyileştirmek, sağlığına kavuşturmak için çalışmaktadır. Ancak, bunu yaparken gerçekleri hastaya açıklama görevi de hekimin yükümlülükleri içinde yer alır³³.

Hasta kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahip olarak vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her müdahaleye ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir karar verecektir. Bu karar tamamen

kukunda Özerklik, Rıza Ve Etik”, (Çev.:Y. Ünver), Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe HFD III, 2 (2006), 187 vd.

31 A. N. Kök, “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, KHUKA, Uluslar Arası Sempozyum, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (11-12 Kasım 2005), 8, 99-201 (Kasım 2005), 117.

32 Kök, İnsan Hakları, 117.

33 A. Demirhan Erdemir/Ö. Şaylıgil Elçioğlu, Tıp Etiği Işığında Hasta Ve Hekim Hakları, Ankara 2000, 30.

kişinin kendisine aittir ve onun tarafından özgürce, hiçbir etki veya baskıya maruz kalmadan kullanılmalıdır³⁴.

Tıbbi müdahale, amacı teşhis, tedavi veya koruma olsa da, temelde hastanın vücuduna yapılan bir müdahaledir ve hukuka uygunluğu için gerekli olan yasal şartlar gerçekleşmediği takdirde hukuka aykırı fiil niteliğinde kalacaktır. Hukuka aykırılığın giderilmesindeki en önemli şartlardan birisi ise tıbbi müdahalenin ilgilisi olan hastanın rızasıdır. Ancak bu rıza, hasta ve hekim arasındaki özel ilişki sonucu elde edilecektir³⁵.

Hekim, hastasının rızasını alabilmek için ve ayrıca bu rızanın da hukuken geçerli olması ve böylece tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun sağlanması için, hastayı bilgilendirmeli yani onu aydınlatmalı, neye, niçin ve ne şekilde rıza göstermiş olacağını açıklamalıdır³⁶. Ancak bu sayede hastadan alınan rıza, hukuken geçerli olacak ve etki doğuracaktır³⁷. Hastanın aydınlatılması, onun kendisi üzerinde yapılacak müdahalelere karar verme sürecine katılımını sağlayan en önemli etik ilkeler içinde yer alır³⁸.

Tarihi süreç içerisinde de hekimin gerçekleştireceği müdahalenin hukuki anlamda sorumluluk doğurmaması için hastanın aydınlatılması gerektiği, bugünkü kapsamında olmasa da düzenlenmiştir³⁹.

34 H. Narr/M.Rehborn, *Arzt-Patient-Krankenhaus*, Münih 1991, 166-167; H.-H. Heidner, *Die Bedeutung der Mutmasslichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, Insbesondere im Rahmen des Arztlichen Heileingriffs*, Göttingen 1988, 70-71; A.Hauschild, *Der Mastab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht*, Baden-Baden 1994, 3 vd.

35 Narr/Rehborn, *Arzt-Patient-Krankenhaus*, 166.

36 E. Özsunay, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", in: *Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, Ankara, 12-13 Mart 1982, 32; H. Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, 103.

37 Narr/Rehborn, *Arzt-Patient-Krankenhaus*, 166.

38 Kök, *İnsan Hakları*, 117.

39 Konuya ilişkin açıklamalar için bak.G.Sert, *Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde*, İstanbul 2004, 207 vd.

II. İlaç Kavramı

İlaç; Dünya Sağlık Örgütü (WHO)'nün tanımına göre; fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları incelemek veya bu durumları alanın yararına değiştirmek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen madde ya da üründür. En geniş ve eski anlamıyla ilaç, deva-şifa aracıdır. Tarih boyunca da derde derman olması için bitkisel, hayvansal kökenli maddeler, minareler ve bunlardan elde edilen karışımlar insanlar için kullanılmışlardır⁴⁰.

İlacın kullanım amaçları, onun önemini ortaya koymaktadır. İlaç kullanımı bugün tüm ülkelerde oransal olarak oldukça yüksek düzeydedir. Fizyolojik olarak gerçek anlamda bireylerin sağlığı üzerinde etken olmasının yanında psikolojik olarak da rahatlama sağlaması ilacın yaygın şekilde kullanılmasına neden olmaktadır.

Türk Hukukunda ilaç kavramını tanımlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik⁴¹ m.4/B'de, *hastalıklardan korunma, teşhis, tedavi veya vücudun herhangi bir fonksiyonunu değiştirmek üzere söz konusu Yönetmeliğe göre yapılacak klinik araştırmalarda kullanılacak sentetik, bitkisel veya biyolojik kaynaklı etken madde, terkip ve/veya farmasötik müstahzarların ilacı ifade ettiği belirtilmiştir.*

İnsana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı etkin madde ya da maddeler bileşimi, onların herhangi bir hastalığa yakalanmasını önlemek eğer yakalanmışlarsa bunu teşhis ve tedavi etmek ya da fizyolojik fonksiyonlarını düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla kullanılır. Bunlar beşeri tıbbi ürünlerdir⁴². Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik⁴³ m.4/c'de benzer biçimde bir tanım getirilmiş ve *beşeri Tıbbi Ürün/Ürün'ün; hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koy-*

40 N. Abacıoğlu, "İlaç: Meta Özellikleri Bakımından İrdelenmesi", Üniversite ve Toplum, 5, 4 (Aralık 2005), <http://www.universite-toplum.org/text.php3?id=252>, 02.01.2008, saat:12.55, 1.

41 RG 29.01.1993, No.21480.

42 Ö. Süzer, "Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar", www.onersuzer.com, 29.5.2007, 3.

43 RG 23.10.2003, No.25268.

mak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen Bakanlıkça ruhsatlandırılmış/ izin verilmiş her türlü madde veya maddeler kombinasyonunu ifade ettiği belirtilmiştir.

İlaç kavramı Yönetmelik bazında düzenlenmiş olmakla birlikte henüz yasa düzeyinde bir metin ülkemizde bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan bir Yasa Taslağı bulunmaktadır. *Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı* ilaç konusuna ilişkin düzenleme getirmektedir. Yasa Taslağı m.2/1-c'ye göre "ilaç", *insanlarda ve hayvanlarda; hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak, hastalığı tedavi etmek, fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek, değiştirmek üzere insan veya hayvanlara uygulanabilen her türlü maddeler veya madde bileşimleri, biyolojik ve immünolojik ürünleri* ifade etmektedir. Öte yandan aynı Yasa Tasarısı m.2/1-ç'de de "ileri tedavi amaçlı ürünler", *gen tedavisi (beşeri ve ksenojenik), somatik hücre tedavisi (beşeri ve ksenojenik) ürünleri ve benzeri ürünleri* belirtecek şekilde tanımlanmıştır. Aynı madde de "özel ürünler" kavramı *nutrasötikler, homeopatikler, tecrübe sonucu insan sağlığına iyi geldiği kabul edilen geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ile tıbbi ürünler ile tıbbi amaçlı kullanılan ancak ilaç olarak değerlendirilmeyen diğer ürünler* olarak belirtilmiştir⁴⁴.

Çok farklı amaçlar için kullanılan çeşitli ilaçlar olduğu gibi; aynı amaca hizmet eden birden fazla ilaç da olabilir. Hekim, hastasına ve onun şikayetlerine uygun ilacı onu aydınlattıktan sonra ve rızası üzerine kullanacaktır. Aydınlatma gerçekleştirilmeden ve ardından da rıza alınmadan ilaç kullanımı söz konusu olamaz. Aksi durum sorumluluğu doğurur. Hele hele rıza olmaksızın zorla ilaç kullanımı ise kişiyi sorumluluktan kurtarmaz.

Belirttiğimiz gibi bedensel rahatsızlıklar kadar psikolojik rahatsızlıkların da tedavi edilmesi ya da ilerlemesinin önüne geçmek adına kullanılan bir takım ilaçlar bulunmaktadır. Hastalığın türü-

44 http://www.ieg.gov.tr/kurumbilgileri/mevzuat/Documents/4_TIK_Kanun_Taslagi.pdf, 01.02.2008, saat:15.08, 1.

ne göre çok çeşitlilik gösteren bu ilaçlar *psikotropik ilaçlar* olarak adlandırılmaktadır. *Psikotropik ilaçlar*, beynin etkinliğini ve dolayısıyla ruhdurumu etkileyen ilaçlardır. Çeşitli etkin madde grupları mevcuttur, örneğin depresyonlarda kullanılan antidepresanlar, şizofrenide kullanılan nöroleptikler ve heyecan durumlarında verilen trankilizanlar (sakinleştiriciler)⁴⁵ gibi.

Konumuz açısından önemi nedeniyle üzerinde durmamız gereken psikotropik ilaçlar, düşünmeyi, duyguları ve davranışları etkileme yeteneğine sahip olan ilaçlardır. Antidepresanlar, antipsikotikler, duygudurum dengeleyiciler, santral sinir stimülanları ve anksiyolitikler olarak çeşitli gruplara ayrıldığı uzmanlarca belirtilmektedir. Psikotropik ilaçların büyük çoğunluğunda ilaç etkinliğinin, tedavinin başlangıcından haftalar sonra ortaya çıktığı, bundan dolayı uygulayıcının bu etkisizlik döneminde ilaca devam edip bekleme veya tedaviyi başarısız kabul edip alternatif bir tedaviye geçmek için tereddütler yaşayabildiği, bu period sırasında tedavi gören hastalarda psikiyatrik semptomların devam edebileceği, iş kaybı, sosyal disfonksiyon, tıbbi morbidite ve hatta psikozlu ve duygulanım bozukluğu olan hastalarda intihar girişimi olabileceği ifade edilmektedir.

Bu ilaçlarla ilgili bir diğer önemli problem genellikle klinik yanıtta kişisel farklılık göstermeleridir. İlaç yanıtının farklılığı; yaş, vücut ağırlığı, diyet, gastrointestinal absorpsiyon ve tedavi uyumu gibi pek çok faktöre bağlıdır. Diğer taraftan genetik faktörlerin de psikotropik ilaç yanıtı üzerinde önemli rol oynadığı yapılan çalışmalarda gösterilmiş ve son yıllarda ilaç cevabını etkileyen spesifik genler üzerinde bir odaklanma olmuştur⁴⁶.

Kullanılan ilaçların insan bedeninde özellikle de beyinde yarattığı etkiler inanılmaz boyutlara taşınabilmektedir. Nitekim insan beyninin özelliklerini ortaya koymak, sınırlarını keşfetmek adına yapılan “beyin araştırmaları” nedeniyle beliren etik sorular, nöroetik

45 <http://www.stada.de/gesundheitundmehr/GesundheitsInfos/glossar/home.asp?lang=tr&gid=839&index=80&item=Psikotropik%20ilaçlar&search=>, 21.04.2009, saat.09.55

46 M.Nacak, “Farmakogenetik ve Psikotropik İlaçlar”, http://www.tfd-kfcg.org/newsletter/200807/tfd_kfcg_200807.html, 21.04.2009, saat.09.55.

olarak adlandırılan yeni bir disiplinin ortaya çıkmasını sonuçlamıştır. Söz konusu bilim dalında yapılan araştırmalarda, hastalıkların öngörülmesi, dikkat, bellek ya da duygudurumun psikofarmakolojik olarak artırılması ve psikocerrahi, derin beyin stimülasyonu ya da beyin implantları gibi teknolojiler yer aldığı kritik sorulara cevap bulunmaya çalışılır. Çalışmalar bireyin özerklik hissi, otonomi ve kimliğini etkileme kapasitesini belirleme amacındadır. Öte yandan sinirbilim yoluyla elde edilen sonuçların yorumlanması ile ortaya çıkana baktığımızda özgür irade, sorumluluk, birey olma ve kendilik gibi batı kültürü ve toplumu için önemli görüşlere meydan okunmasına yol açabileceği görülmüştür. Bu sonuçlar ruh sağlığı ve hastalıkla ilişkili psikiyatrik kavramların kademeli olarak değiştirilmesine neden olabilecektir. Sinirbilimde yaşanan gelişmeler insan ve beyin ilişkisine dair etik, sosyal ve yasal konular ortaya çıkarmaktadır. Ruhsal hastalığı olanlar ile olmayanlara uygulanan beyin görüntüleme, psikofarmakoloji ve nöroteknoloji uygulamalarının potansiyel faydaları ile bunların potansiyel zararı dikkatli bir şekilde tartılmalıdır. Günümüzde beyin fonksiyonlarını monitorize ya da manipüle etmek için teknikler hızla gelişmektedir. Bunların uygulanmasının ihtiyatlı ve kısıtlı olması -ortaya çıkabilecek sonuçlardan duyulan endişe nedeniyle- önerilmektedir. Beynin farklı sistemlerinin nasıl etkileştiği ya da belirli bir beyin anormalliğinin gelecekteki durumu ve nasıl şekilleneceği kesin olarak bilinmemektedir. Psikiyatristler, nörobilimsel ilerlemenin ortaya çıkardığı etik sorunların belirlenmesinde önemli bir rol oynayabileceklerdir. Psikiyatristlerin hem kararlarında hem de hastalarıyla iletişimde yükümlülüğü biyolojik ve kişisel düzey arasındaki boşlukta köprülük yapmak olmuştur⁴⁷.

III. Tutuklu-Hükümlü Kavramları

Ceza Muhakemesi Yasası normlarının belirlediği maddi ve şekli koşulların varlığı halinde henüz kesinleşmiş mahkumiyet hük-

47 T.Fuchs, "Nörobilimde Etik Konular", http://209.85.129.132/search?q=cache:QDXAZWXX3VYJ:www.turkiyeklinikleri.com/download_pdf.php%3Fid%3D49365+mahkumlara+psikotropik+ila%C3%A7+verilmesi&cd=2&hl=tr&ct=clk&gl=tr, 21.04.2009, saat.10.12

mü bulunmaksızın hakim kararına dayanılarak özgürlüğü kısıtlanmış şüpheli veya sanığa *tutuklu* denir⁴⁸. *Hükümlü* veya mahkûm ise hakkında ceza hükmü verilmiş olan kişidir⁴⁹.

Hekim görevinin gereği olarak ister özgürlüğü kısıtlanmış isterse kısıtlanmamış olsun bedensel veya psikolojik sorunları olan ve hatta bu nitelikteki sorunları henüz başlamamış olduğu halde ileriye yönelik olarak başlamaması için önlem almak isteyen kişilerle ilgilenir ve gerektiğinde onlara müdahale eder. Bu durum hekimlik mesleğinin gereğidir.

IV. Tıbbi Olmayan Nedenlerle Zorla İlaç Verme

1. Zorla İlaç Verme ve Hukuk

Hekim, yukarıda belirttiğimiz gibi tıbbi müdahalenin amaçları içerisinde hastasını aydınlatmak ve rızasını almak koşuluyla ona ilaç verebilir. Hasta ilaç almaya baştan itibaren rıza göstermemişse veya önceden verdiği rızayı daha sonra geri almışsa ve artık ilaç içmeyi reddediyorsa tedaviyi durdurmuş demektir ve artık onu ilaç içmesi için zorlamak söz konusu değildir. Çünkü kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde ulusal ve uluslar arası düzenlemelerde kişinin bedeni üzerinde uygulanacak tıbbi müdahaleye reddetme veya durdurma hakkı bulunmaktadır (Hasta Hakları Yönetmeliği m.25; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.5 vb.). Böyle bir kişiye iradesine aykırı olarak diğer bir ifadeyle zorla ilaç vermek onun hukuken korunan değerlerine müdahale etmek demektir ve bunu yapan kişi tamamen insani amaçlarla hareket eden hekim dahi olsa yasalar karşısında sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Bazı durumlarda yasalar, belli statüdeki kimselere belli sınıflara sahip kişiler tarafından müdahale edilmesini öngören düzenlemeler getirmiş olabilir. Böyle durumlarda yasalar tarafından düzenlenmiş bulunan hal ve koşullar oluştuğunda müdahale kaçınılmaz olmakta hatta müdahalenin yapılmaması sorumluluğu doğurmaktadır. Bunun

48 N. Toroslu/ M. Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, 212.

49 Türkçe Sözlük, 1 (A-K), 543.

en tipik örneği 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa⁵⁰ m.82'de "*hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi*" başlığı altında düzenlenen hükümdür. Bu hükme göre; "*(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 ciddî 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 hayatî 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***".

CGİK m.82'ye aykırı hareket 5237 sayılı Türk Ceza Yasası⁵¹'nin ilgili hükümleri gereğince cezalandırılacaktır.

50 13.12.2004 Gün ve 5275 sayılı Yasa (RG 29.12.2004, No.25685).

51 26.09.2004 Gün ve 5237 sayılı Yasa (RG 12.10.2004, No.25611).

Bu nitelikteki bir düzenlemenin temelinde yatan esas düşünce özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin durumunun devletin yükümlülüğü bakımından ayrı bir öneme sahip olmasıdır. Devletin, tutuklu ve hükümlüyü korumak, onların yaşam ve sağlıklarını iyileştirmek sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kişiler, özgürlüklerinin kısıtlanmış olduğu süre içerisinde devletin koruması altındadır⁵². Bu nedenlerle cezaevi personeli için tehlikeye maruz kalan grevciye müdahale etmek yasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır ve görevli gerekenleri eksiksiz yapmaktan kaçınamayacaktır. Aksi durum hem ceza hukuku anlamında, hem de idare hukuk anlamında sorumluluğu ortaya çıkartacaktır.

2. Zorla Verilen İlacın Çeşidi ve Nedenleri

Günümüzde cezaevlerinde bulunan saldırgan ve anti-sosyal mahkumlara, kurumun düzen ve yönetiminde cezaevi personeline çıkarttıkları güçlükler nedeniyle ciddi biçimde hasta olmamalarına karşın, mahkumların kontrol altına alınmalarını sağlamak amacıyla ilaç verildiği raporlara konu olmuş bir durumdur. Cezaevi görevlileri, tıbbi görevliye başvurarak mahkumlara ilaç verilmesini talep etmektedir.

Aslolan tıbbi görevli tarafından mahkumun psikolojik durumunun, tıbbi müdahale ve tedavi için ilaç verilmesine rıza gösterip göstermediğinin ve hatta rıza gösterme durumunda olup olmadığının yapılacak değerlendirme ile belirlenmesi ve bu değerlendirmenin ardından mahkumun menfaati ışığında hareket edilmesidir⁵³.

Cezaevindeki hekimin görevi cezaevinin düzen ve disiplinine yardım etmek değil; mahkumlara tıbbi bakım hizmeti vermektir. Bu nedenle tıbbi bakım hizmeti ile cezaevi hizmetinin birbirinden ayrıl-

52 C. B. Akal, "İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar", Argumentum, 2, 19 (Şubat 1992), 292, 295; M. Feyzioğlu, "Açlık Grevi", AHFD, 43, 1-4 (1993), 167; Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın, 191.

53 İhanete Uğrayan Tıp, Doktorların insan hakları ihlallerine katılımı üzerine bir çalışma grubu raporu, Britanya Tabipler Odası, İstanbul 1996, 146.

ması hususuna hassasiyetle önem verilmelidir⁵⁴.

Olan ve olması gereken her zaman birbiri ile uyumlu olmamaktadır. Özellikle ilaçlara tutuklu ve mahkumlar bakımından tedavi nedenleri ile değil de disiplin kaygısıyla başvurulduğunu gösteren kanıtlar birçok ülkede oluşturulan Çalışma Grupları Raporlarında vurgulanmıştır. Ancak duruma ilişkin iddialar yetkililer tarafından yalanlanmaktadır⁵⁵. Mahkumlara tıbbi olmayan nedenlerle verilen ilaçların büyük çoğunluğunu psikotropik ilaçların oluşturduğu belirtilmektedir. Psikiyatrinin sınırlarının muğlak olması suistimale yönelik davranışlara kapı aralamaktadır. Psikiyatrinin suistimal edilmesi, gerçek anlamda tıbbi nedenlerle değil de siyasi, toplumsal veya dinsel görüşleri nedeniyle bireylerin zorla tutuklanması ardından tedavi edilme kisvesi altında psikiyatrik uygulamaların, teknik ve bilgilerin ve hatta hastanelerin farklı amaçlarla kötüye kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bu nitelikteki bireylerin tutuklanmasındaki asıl neden yasal koşulların varlığı veya kendileri ya da toplum için tehlike oluşturması değil; ancak görüşlerinin yetkililer için rahatsızlık verici olmasıdır⁵⁶.

Bireyin akıl hastası olduğuna ilişkin teşhis, devlet tarafından onun zor kullanılarak tutuklanmasını kolaylaştıracağı gibi, hem kendisi hem de toplum yararı adına zorla tedavi altına alınmasına da olanak verecektir. Psikiyatri, otoriter devletlerde, bireyin suçlu olup olmadığının belirlenmesi için takip edilecek yasal işlemlerin atlanmasına imkan yaratmakta ve ayrıca siyasi yargılamalara duyulan tepkiye neden olmaksızın bireylerin siyasi tutuklu olarak alıkonulması fırsatının doğmasına zemin hazırlamaktadır. Psikiyatri sayesinde yetkililerin bireyi sınırsız süre ile özgürlüğünden yoksun bırakması söz konusu olabilmekte, birey tam bir tecrit halinde tutulabilmekte ve tekrar yaşama döndürmek, iyileştirmek adına psiko-farmakolojik ilaçlar kullanılması mümkün hale gelmektedir⁵⁷.

54 İhanete Uğrayan Tıp, 194.

55 İhanete Uğrayan Tıp, 146 dn.2.

56 İhanete Uğrayan Tıp, 140, 77-78.

57 İhanete Uğrayan Tıp, 78.

3. Zorla İlaç Verilmesine İlişkin Somut Olgular

Psikiyatrinin siyasi amaçlarla kötü niyetli kullanımı ve bu sırada bireylere zorla psikotropik ilaçlar verilmesine ilişkin somut olgulara özellikle 1960-1986 yılları arasında Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde sistematik olarak, Yugoslavya, (ayrılmadan önce) Çekoslovakya, Macaristan ve Romanya'da ise zaman zaman rastlandığı çeşitli çalışma gruplarının raporları ile ortaya konulmaktaydı. Örneğin SSCB'de psikiyatrik hastanelerde tutulan mahkumlara siyasi nedenlerle klorpromazin veya haloperidol isimli ilaçların verildiği bilinmektedir. Benzer biçimde SSCB'ye 1989 Şubat'ında giden Amerika Birleşik Devletleri delegasyonu bir psikiyatri hastanesinde hasta oldukları iddiasıyla tutulan ancak daha sonra çıkarılan 12 kişiden dokuzu ile görüşmüş onları muayene etmiş ve ne geçmişte ne de görüşme anında bireylerde herhangi bir ruhsal hastalık bulgusu tespit edememişlerdir. Durum heyet tarafından rapor altına alınmıştır. Öte yandan Sovyet yetkililer hasta oldukları iddiası ile hastanede tutulan kişilere sulfazin ve atropin komları verdiklerini de kabul etmişlerdir⁵⁸.

Yine benzer biçimde Romanya'da psikiyatri hastanelerinin kısa dönemli tutuklama merkezleri olarak kullanıldığına ilişkin raporlara geçmiş bilgiler bulunmaktadır⁵⁹.

1980'lerden önce Küba'da psikiyatrinin siyasi amaçlarla sustimal edildiğini gösteren olgulara rastlanmıştır. Uluslar arası Af Örgütü ve Amerika Kıtası İzleme Derneği (Americas Watch) tarafından yazılan raporda Havana'daki ana psikiyatri hastaneleri ile ülkenin güney doğusunda Santiago de Cuba'daki Gostavo Machin Hastanesi'nde psikiyatrinin kötüye kullanıldığına ilişkin örnekler vermektedirler. Ülkenin değişik cezaevlerindeki mahkumlar çeşitli bahanelerle belirtilen psikiyatri hastanelerine yerleştirilmekte, buralarda adli tıp koşullarına getirilerek kendilerine anestezi yapılmadan ya da kas gevşetici herhangi bir ilaç verilmeden elektro-konvülsif

58 İhanete Uğrayan Tıp, 82-83.

59 Johannes Wier Foundation tarafından kaleme alınan "Report on prison health care and psychiatry in Romania", aktaran, İhanete Uğrayan Tıp, 86.

(ECT) tedavi dahil olmak üzere kötü muamelelere maruz bırakılmaktadırlar⁶⁰.

1972-1983 yılları arasındaki askeri diktatörlük döneminde Uruguay'da Libertad Cezaevi'nde bulunan mahkumlara psiko-aktif ilaçlar verilmiştir. Öyle ki bu ilaçların verildiği mahkumlar psikiyatristler tarafından yeterli bir biçimde muayene edilmeden verilmiştir. Ayrıca mahkumlara anti-Parkinson ilaçları verilmeden nöroleptik ilaçlar çirrilmiştir. Tüm bu yapılanların mahkumları psikolojik olarak yıkmaya yönelik bir plan ve sistemin gerçekleştirilmesi amacını taşıdığı ifade edilmiştir⁶¹.

Yine İsveç'te tıbbi personel tarafından iltica talebi reddedilen ve sınırışı edilen 24 Şili'liye uçak yolculuğu sırasında araçta bulunan hemşire tarafından polis tarafından hazırladığı sakinleştirici ilaç-haloperidol verilmiştir. Bu madde sınırışı edilenlerin çaylarına haberleri olmaksızın katılmıştır. Benzer uygulamanın Kanada'da ülke dışına çıkarılanlara da yapıldığı, sınırışı etme işlemleri öncesinde ilgililere zorla sakinleştirici ilaç verildiği haberleri ortaya çıkmıştır⁶².

Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkum ve tutuklular tıbbi neden olmasızın zorla kendilerine ilaç verildiğini belirtmişlerdir. Konuya ilişkin eyaletler bazında yapılmış düzenlemeler bulunsa da bir birlik yoktur. Ancak Amerikan Yüksek Mahkemesi 1990'da Walter Harper isimli mahkum önceleri gönüllü olduğu anti-psikotik ilaçları daha sonra almayı reddetmiştir. Ancak ardından mahkuma zorla ilaç vermeye başlanmıştır. Harper, psikiyatri uzmanları ve psikiyatri merkezi idari üyesinden oluşan Kurul önüne çıkartılmış ve Kurul durumun zorla ilaç verilmesiyle ilgili sivil ölçütlere uygun olduğu kanaatine varmıştır. Konu temyiz yoluyla Yüksek Mahkeme önüne götürülmüştür. Yüksek Mahkeme verdiği kararında Harper'ın bağlı olduğu Washington Eyaleti ceza sisteminde geçerli olan ve zorla ilaç verilmesi ile ilgili bulunan teftiş usullerinin Anayasa'ya aykırı olma-

60 İhanete Uğrayan Tıp, 87-88.

61 İhanete Uğrayan Tıp, 140-141.

62 İhanete Uğrayan Tıp, 142.

dığına karar vermiştir⁶³.

Öte yandan Avusturya ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne bir gelen bir dosya⁶⁴ Avusturya'da ikamet eden, Macar göçmeni olan ve adi suçlardan dolayı değişik zamanlarda iki kez tutuklanan Istvan Herczegfalvy'e ilişkindi. Herczegfalvy, değişik cezaevlerinde geçirdiği tutukluluk dönemlerinde idare edilmesi güç biri olduğu ileri sürülen kendisine akıl hastası olduğu teşhisi konulan bu nedenlerle hakkında Taractan ve Dapotum depo tedavisinin uygulanmasına karar verilen ancak bu ilaçları almayı reddeden bir kişidir. Söz konusu ilaçlar kendisine zorla verilmiştir. Ardından mahkum açlık grevine gitmiş altı hafta sonra hastane yetkilisinin emri ile kendisine zorla yemek verilmiş, yine rızası olmaksızın Taracatan verilerek serum takılmıştır. Ayrıca kendisine Sordinol depo tedavisi uygulanmıştır. On gün sonra açlık grevine son vermiş, ancak bir süre sonra tekrar başlamıştır. Bir süre sonra günde bir kez hortumla kendisine yemek verilmesini kabul etmiştir. Ancak ilerleyen zaman içinde durumunun kötüleşmesi üzerine kendisine serum takılması için zorla ilaç verilmiştir. Ardından tekrar zorla ilaç verilmiştir. Ancak iddialara göre yaşanan bu son süreçte yetkililer ve mahkum arasında çatışma yaşanmış, karşılıklı saldırılar yoğunlaşmıştır. Etkisiz hale getirilmesi amacı ile gerçekleştirilen müdahale sonrası mahkum bir ay boyunca yatağına zincirlenmiş bir biçimde kalmış ve kendisine nöroleptik tedavi uygulanmıştır. Zamanla tedavinin dozu azaltılmış ve mahkum bir süre sonra tahliye olmuştur. Komisyon davaya ilişkin olarak davacının yaşadıklarının Sözleşmenin 3.maddesine aykırı olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır. Komisyon davaya ilişkin olarak davacıya zorla yemek verilmesi ve bunun yapılma biçimi, suni besin verme ve tecrit edilme uygulamaları ile birlikte değerlendirildiğinde insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele olarak kabul edilmek gerekir. Öte yandan Komisyona göre etkin tedavi uygulanması bakımından müdahale gerekli ise de bu işlemin gerçekleşme

63 İhanete Uğrayan Tıp, 142-143.

64 İHAK, Istvan Herczegfalvy v. Avusturya, 10533/83, aktaran, İhanete Uğrayan Tıp, 143.

biçimi ve süresinin aşırı olduğu görülmektedir⁶⁵.

Yine zihin ve beden gelişimine yönelik geleneksel Çin mediyasyon sistemi olarak kabul edilen Falun Dafa uygulayıcıları Zeyang Eyaleti Kadınlar Hapishanesinde tutulmuşlardır ve kendilerine zorla psikoterapik ilaçlar verilmiştir⁶⁶.

2. Sonuç

Hekimler, yapma hakkına sahip oldukları mesleklerini yerine getirirken hastasını asla ve asla göz ardı edemezler. Sahip oldukları hakkın kullanımının meşruiyeti hastalarından aldıkları rıza ile olmaktadır. Rıza ise hastanın aydınlatılmasının ardından alınmalıdır. Rıza olmaksızın yapılacak her hareket olumlu sonuçlara neden olmuş bulunsa da yapanı sorumluluktan kurtarmaz.

Ortaya koyduğumuz bu esaslar olmazsa olmaz olarak özgürlüğü kısıtlanmamış kişiler gibi özgürlüğü kısıtlanmış olanlar için de geçerlidir. Özgürlüğün kısıtlanmış olması bireylerin belli bir süre ile devletin sorumluluğu altına girmelerine neden olsa da insan olarak onur sahibi olma, kendi geleceğini belirleme hakkına sahip bulunma özelliklerinin ellerinden alınması anlamına gelmez. Devlet ve hekim arasındaki ilişki bazen sorunlu olabilir. Hatta hükümet ile hekim arasında çıkar çatışması söz konusu olabilir. Bu çatışma özellikle idarenin hekimi devletin siyasi ve güvenlikle ilgili amaçlarına yardım etmeye yönelttiği durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada önemli olan tıp mesleği ile siyasi kurumlar arasında gereken mesafeyi korumaktır⁶⁷.

65 İhanete Uğrayan Tıp, 143-145.

66 <http://www.falundafatr.org/turkish/soru.html>, 21.04.2009, saat:10.28.

67 İhanete Uğrayan Tıp, 195.





**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