

Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme

Review of legal responsibility of physicians and other health care personnel based on Turkish penalty law

Türkiye Acil Tıp Dergisi - *Turk J Emerg Med* 2009;9(1):41-51

Mehmet Nihat KANBUR

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Ceza ve Ceza Hukuku Anabilim Dalı, Antalya

ÖZET

Hekimlerin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının yapmış oldukları tıbbi müdahalelerin hukuki nitelendirmeleri çok önemlidir. Bu müdahaleler çerçevesinde sağlık mesleği mensuplarının ve hekimlerin, hem cezai hem de tazminat hukukuna ilişkin sorumlulukları vardır. Bu makalede çeşitli örneklerle hekimlerin ve diğer sağlık personelinin tıbbi müdahalelerinin hukuki vasıflandırılması ve bunlardan kaynaklanan sorumlulukları değerlendirilecektir. Bu çerçevede tıbbi müdahaleye yetkili kişi kavramı, hastanın tedaviyi reddetmesi, tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi, acil durumlarda hekimin hastaya müdahale yükümlülüğü, gerçeği yansıtmayan reçete ve diğer belgeleri düzenlemek bakımından hekimin sorumluluğu incelenecek ve bunlardan kaynaklanan sorumluluk belirtilecektir.

Anahtar sözcükler: Ceza hukuku; hekimin hukuki sorumluluğu; malpraktis; sağlık hukuku; tıbbi müdahale.

SUMMARY

Legal descriptions of medical interventions performed by physicians and other healthcare personnel are important. Physicians and other health care personnel are responsible for their actions in criminal law and indemnity law. In this article, legal descriptions and corresponding responsibilities of physicians' and other health care personnel's actions about patient care will be evaluated with examples. Concepts such as liability and duty of care, refusal of care by patient, patient consent for care and lack thereof, duty of care for emergency situations, prescription and documentation errors and liability of these actions will be examined.

Key words: Criminal law; legal responsibility of physician; malpractice; medical law; medical intervention.

İletişim (Correspondence)

Dr. Mehmet Nihat KANBUR

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Ceza ve Ceza Hukuku Anabilim Dalı,
Konyaaltı, 07059 Antalya, Turkey.
e-posta (e-mail): nkanbur@yahoo.com

Giriş

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre birçok değişiklik getirmiştir. Kanun hem genel hükümlerine ilişkin birinci kitabında bir çok yeni müessese düzenlemiş veya bazı köklü müesseselerde değişiklikler yapmış, hem de suç tiplerinin yer aldığı ikinci kitabında bazı suçları ilk defa düzenlemiş bazı suçları da bağımsız suç olarak düzenlemekten imtina etmiştir. Yine aynı şekilde sağlık sektörünü ve sağlık personelini doğrudan ilgilendiren birçok yeni veya değişik müesseseler ve suç tipleri düzenlenmiştir. Bu makalenin konusunu, kanundaki bu yenilik ve değişikliklerin tıp mesleği ve sağlık personeli bakımından değerlendirilmesi oluşturacaktır. Bu makale sadece hukukçulara yönelik planlanmamış olup, aynı zamanda sağlık mesleği mensupları ve tıp mensubu olmayanlara da hitap etmesi bakımından mümkün olduğunca çok ağır hukuki tahlillere girmemeye özen gösterilecektir. Ancak kanunun önemi ve derinliği nedeniyle zaman zaman teknik hukuk bilgisi vermek kaçınılmaz olacaktır. Bu sebeple yazıda bir denge oluşturulmaya çalışılarak, spesifik ve teknik ceza hukuku bilgisi gerektiren noktalarda hukukçu meslektaşlarımızın ayrıntılı bilgi edinebilmeleri bakımından ilgili kaynaklara yollamalar yapılacaktır.

I. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Değerlendirmeler

1) Ceza Hukukunun Temel İlkeleri

Haksızlık içeriğine sahip fiillerin yaptırım altına alınması bakımından Ceza Hukuku kurallarının kullanılması mümkündür. Fakat her haksızlık içeriğine sahip fiil için mutlaka Ceza Hukuku kurallarının uygulanması gerekmez. Bu kuralların devreye girmesine ilişkin olarak Ceza Hukukunun kendisine özgü bazı temel ilkeleri vardır. Bu ilkeler Ceza Hukukuna özelliğini ve kendine özgü anlamını veren ilkelere dir. Bu ilkeleri kısaca şöyle sayabiliriz.

A) Hukuk Devleti İlkesi: En basit anlamda, temel insan haklarının sağlandığı, adaletin ve hukuki güvencenin gerçekleştiği devlettir.

B) Kanunilik İlkesi: Suç ve cezaların ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanun adı verilerek çıkarılan genel ve soyut düzenleyici işlemlerle konulabileceğini ifade eder. Buna göre suç ve cezalar kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerle getirilemez. Örf ve adetler ceza hukukuna doğrudan kaynak olamaz ve idare kendi düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanunla düzenlenen suç ve cezaların da hiçbir tereddüde yer vermeyecek ölçüde belirli ve anlaşılabilir olması gereklidir.

C) Kusur İlkesi: Kusursuz suç ve ceza olmaz. Fail, fiilini işlerken meydana gelecek neticeden sorumlu olabilmesi için mutlaka kusurlu hareket etmiş olması gerekir. Kusur bu bakımdan failin sorumluluğuna ilişkin bir husustur ve Türk Ceza Kanunu bakımından kast ve taksir şeklinde ortaya çıkar. Bunlara kusurluluk türleri demektiriz. Kusurluluk türlerine ilişkin açıklamalarımızı aşağıda yapacağız.

D) Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi: Herkes ancak kendi fiilinden dolayı sorumlu tutulabilir. Hiç kimse bir başkasının fiilinden sorumlu olamaz. Ceza hukuku ailenin, sülalenin veya toplumun ortak sorumluluğunu kabul etmez. Aynı şekilde ceza hukukunda ancak gerçek kişilerin cezai sorumluluğu vardır. Tüzel kişilerin (dernek - vakıf - şirket - sendika vb.) cezai sorumlulukları bulunmaz. Bu tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmişse yine bu suçları bizzat işleyen gerçek kişiler cezai olarak sorumlu olacaktır. Ancak tüzel kişilerin suç nedeniyle özel hukuk bakımından tazminata ilişkin sorumlulukları ve ceza kanunu çerçevesinde haklarında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümler saklıdır.^[1]

2) Ceza Kanununun Genel Hükümlerinde Yer Alan Düzenlemeler

A) Kusur Türleri

a) Genel Olarak: Kusur failin, kendi fiili ile olan subjektif ilişkisidir.^[2] Bir başka deyişle failin yapmış olduğu hareket ile kendi iradesi arasında kurulmuş olan manevi bir bağıdır.^[3] Bu sonuca göre kusur; suç teşkil eden bir fiilin, kusurlu hareket etme yeteneğine sahip olan bir kimse

[1] Güvenlik tedbirleri, fiili işleyen kişinin suçunun karşılığı olarak ceza yaptırımına tabi tutulmasına yönelik olarak değil, aksine failin tehlikeliliğinin sona erdirilmesine yönelik olarak tedbir altında tutulmasını sonuçlamaktadır. Türk Ceza Kanununda genel olarak kişinin bazı haklarından yoksun bırakılması, eşyasının ve kazancın müsadere, kişinin bir eğitim kurumuna veya bir sağlık kurumuna gitmeye, devam etmeye veya barınmaya hükmedilmesi gibi güvenlik tedbirleri bulunmaktadır. Tüzel kişiler bakımından ise faaliyet izninin iptali ve mallarının müsadere edilmesi gibi güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Güvenlik tedbirleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2008, s. 662 vd. KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2008, s. 470 vd.

[2] ÖNDER Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II, İstanbul, 1989, s. 287.

[3] HAKERİ Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 150.

tarafından kasten (bilerek ve isteyerek) veya taksirle (en azından bilerek) yapılmasıdır.^[4] Aşağıda bu kusurluluk türleri ile ilgili açıklama yapılacaktır.

b) Kast: Kusurun asıl türü kasttır. Suçlarda esas olan kusurluluk şekli kasttır. Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir. (TCK m.21/1). Bu hükümde düzenlenen kast **-doğrudan kast-** tir. Doğrudan kastın özelliği failin, hareketini bilerek yapmış olması ve hareketi sonucu gerçekleşecek neticeyi açıkça istemesidir. Bu anlamda doğrudan kastın bilme ve isteme unsurlarını bir arada bulundurmaktadır. Örneğin; birisini öldürmeye yönelik hareketlerin bilinerek ve ölüm neticesini elde etmeyi isteyerek yapılmasında fail doğrudan kastla hareket etmiştir. Kastın bir diğer görünüşü şekli ise **-olası kast-** tir. Olası kast Türk Ceza Kanununda; -kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır- (TCK m.21/2) şeklinde düzenlemiştir. Olası kastın doğrudan kasttan ayrılan yönü, failin her iki kastta da neticeye yönelmiş hareketi bilerek yapmasına rağmen olası kastta fail neticeyi aslında doğrudan kastta olduğu gibi mutlaka istiyor değildir. Ancak istemiyor da diyemeyeceğimiz için failin bu neticeyi doğrudan istememesine rağmen göze alması, kabullenmesi onun sorumluluğunu yine kast olarak ve fakat kastın daha az yoğun türü olan olası kast şeklinde gerçekleşecektir. Örneğin, kasten öldürme fiiline yönelik olarak tabanca ile ateş eden fail, hedefindeki mağdurun yakınında bulunanların da bu atışlardan ölebileceğini öngörmesine rağmen bu atışlardan vazgeçmeyerek, diğerlerinin de ölümünü kabullenmekte veya göze almaktadır.^[5]

c) Taksir: Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Taksir suçlarda asıl kusurluluk türü değildir. Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. (TCK m.22/1). Taksir kanunda, -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir - (TCK m.22/2) şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimizce taksir gerek hukuk kurallarından, gerek hayat tecrübelerinden,

gerek mesleki kurallardan ve gerekse olayın ortaya çıkış şeklinde kaynaklanan ve failin göstermesi gereken özen ve dikkat yükümlülüğünün ihlalidir. Burada özen yükümlülüğü objektif olarak faile yüklenmekte ve failin bu özen yükümlülüğüne tabi olması gerektiğini öngörmesi gerekmektedir. İşte bu noktada fail öngörmesi gereken neticeyi öngörememekte ve meydana gelen neticeden bu özen yükümlülüğünü ihlal nedeniyle sorumlu tutulmaktadır. Kanun koyucu bu durumu **normal taksir (bilinçsiz taksir)** olarak kabul etmiştir. (TCK m.22/2). Ancak bu durum taksirin sadece normal şekilde görüldüğü anlamına gelmez. Nitekim taksir bazen **bilinçli taksir** şeklinde de ortaya çıkabilir. Burada normal taksirden fark, failin özen yükümlülüğünü, neticeyi öngörmesine rağmen neticenin meydana gelmeyeceğine olan inancı ve kendisine güvenci dolayısıyla ihlal etmektedir. Görüldüğü üzere burada failin neticeye bilinç olarak daha fazla yaklaşması vardır ve bu neticenin meydana gelmesi tehlikesinin daha çok farkındadır. Bu neticeyi fail kesinlikle istememesine rağmen gerçekleşmemesi yolunda da çok ciddi bir çaba sarfetmemektedir. Bu durum normal taksire göre faile daha fazla cezai sorumluluk olarak kanun tarafından yüklenmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu m.22/3'e göre; kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır. Örneğin yeni ve henüz denenmemiş, belli olgunluğa ulaşmamış tedavi yöntemleri mesleki cüret sayılır.^[6] Bu tür fiiller mesleki riski çok yüksek tıbbi müdahalelerdir ve hekimin cezai sorumluluğu ortadan kalkmaz.^[7] Çalışmamızın konusu bakımından hekimin ve diğer sağlık personelinin cezai ve hukuki sorumluluğu çoğu zaman taksirli fiillerden kaynaklanmaktadır.^[8] Bu durumu aşağıda tıbbi müdahale örnekleri ile ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

B) Sorumluluk Hali (Tıbbi Sorumluluk ve Yükümlülüklerin Çatışması ile Mukayese)

a) Sorumluluk Hali: Tehlikeye katlanmak hususunda hukuki yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin yahut başkasının bir hakkına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunun suç

^[4] ÖZTÜRK Bahri / ÖZBEK Veli Özer / ERDEM Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. baskı, Ankara, 2001, s. 200.

^[5] KOCA / ÜZÜLMEZ; s. 181 vd.

^[6] ÖZBEK Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2006, s. 299.

^[7] ÜNVER Yener; Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları - Genel Tıp Hukuku), Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007, s. 10-11. HAKERİ Hakan; Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları - Genel Tıp Hukuku), Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007, s. 11.

^[8] Hekimin kast veya taksir şeklinde kusurlu davranışlarının ceza hukuku yönünden sonuçları hakkında bkz. BAYRAKTAR Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul - 1972, s. 203 vd.

olarak öngördüğü ve tehlike ile mütenasip bir fiil ile bertaraf etmesi halidir.^[9] Zorunluluk halinin şartları; - Ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması, - Tehlikenin bir hakka yönelik olması, - Tehlikenin meydana gelmesine bilerek sebebiyet vermemiş olması, - Tehlikeye karşı koyma yükümlülüğü bulunmaması, - Başka türlü korunma imkânının bulunmaması, - Tehlikenin ağırlığı ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması, - Korunma hareketinin hukuk düzeni ile uyusabilirliği'dir.^[10]

b) Hekimin Tehlikeye Karşı Koyma Yükümlülüğü: Tıp mesleğinin gereklilikleri bakımından hekimin ve diğer sağlık personelinin - tehlikeye karşı koyma yükümlülüklerinin bulunduğunu söylemek gerekir. Dolayısıyla bir hekim kendi kişisel hakkını mesleği ile ilgili bir tehlike karşısında feda etme yükümlülüğü altındadır. Mesela hastalara yardım etmek zorunluluğunda bulunan bir hekim salgın hastalık gerekçesiyle hastaneyi terk ederse veya kendisine de hastanın hastalığının bulaşacağından korkarak tıbbi müdahaleden kaçınırsa bir başka deyişle görevini yapmayı kasten ihmal ederse^[11] zorunluluk halinden yararlanamaz. Hekimin, mesleğin doğal riskleri karşısında tedaviyi reddetmesi ondan beklenemez. Ancak kanaatimizce salgın hastalığın çok ağır boyutlara ulaştığı ve hekim açısından da hayati tehlikenin ortaya çıktığı durumda hekimden kendi hayatını hiçe saymasını beklemek doğru değildir. Somut olayın özelliklerine göre bu gibi ağır durumlarda hekim de zorunluluk halinden faydalanmalıdır.^[12]

c) Yükümlülüklerin Çatışması: Görevli olan kişinin aynı zaman içinde yerine getirmesi gerekli iki görev karşısında bunlardan birini yerine getirerek, diğerini yapmamış olmasının, yapılmayan bu görev sebebiyle sorumluluğun olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu anlamda görevli kişi aynı anda yapması gerektiği birden fazla görevle karşı karşıyadır. Görevli bütün görevlerini aynı anda yerine getirmesi gerekip de fiilen getiremediği için daha yüksek değerdeki yükümlülük tespit edilmelidir. Daha üst değerdeki yükümlülük yerine getirilerek görevli sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, itfaiyecinin yangın sırasında bir köpek ile bir insanı kurtarması zorunluluğu bakımından insana ait yaşamsal değer hayvana ait yaşamsal değerden daha önce ge-

lir. İtfaiye erinin sadece insanı kurtarması yükümlülüğünü giderme bakımından yeterlidir, köpeğin o sırada ölmesinden sorumlu olmaz.

Bir başka örnekte ise bir trafik kazasında olay yerine giden hekim, acil ve hayati müdahaleyi gerektiren iki ayrı hasta ile karşılaşmışsa ve zaman bakımından birine müdahale halinde diğerine müdahale edilememesi sonucunu doğuracaksa, burada eşit iki değer arasında hekimin görevleri çatışmaktadır. Burada artık hekimin her ikisine aynı anda müdahalesi tıp bilimi bakımından mümkün değilse hekim bu hastalardan birine yönelik tıbbi müdahalede bulunarak görevini yerine getirmiş sayılacaktır. Ancak bu durumda hekimin tıp bilimi gereklerine göre, hangi hastanın yapılacak müdahale sonucu yaşama dönme ihtimalinin daha yüksek olduğu konusunda objektif bir değerlendirme yapması gerekecektir. Burada hekim bu değerlendirme dışında hiçbir keyfi ölçütle (*söz gelimi ırk, dil, din, cins, siyasi - felsefi - ekonomik görüş ayrılığı veya daha az iş yapma, yorulma kaygısı ile*) hareket edemez. O halde hekim kendi mesleki bilgisine, tecrübesine göre hangi müdahaleyi uygun görmüşse onu yapması halinde diğer görevine ilişkin hukuki yükümlülükten kurtulacaktır.

Yükümlülükler iki eşit değerın korunması sırasında ortaya çıkmışsa ve bu eşit değerlerden hangisinin daha üstün olduğu konusunda kanunda açık bir düzenleme yoksa o halde bu değerlerden biri diğerine feda edilemez. Örneğin, bir trafik kazasında ağır yaralanan 20 yaşındaki bir kişi hastanede yapay solunum cihazına bağlanması halinde kurtulabilecektir Ancak o civarda sadece bir hastane bulunmaktadır ve o hastanede de tek bir yapay solunum cihazı vardır. O cihazda ise 80 yaşındaki birisi bağlı bulunmaktadır. Burada hekim yeni gelen genç yaştaki hastanın cihaza bağlanarak hayatının kurtarılması ile hala cihaza bağlı olarak yaşayan yaşlı hastanın tedavisine devam edilmesi hususunda tabii olduğu yükümlülükler bakımından çatışma içerisindedir. Aslında her ikisini de yaşatmak görevidir ancak tek bir cihaz vardır. Burada hekim bu hastalardan yaşlı olanını cihazdan çıkarıp genç olanını cihaza bağlar ise bu durumda yaşlı olanın ölmesi halinde cezai sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü böyle bir tercih için yasada açık bir daya-

^[9] TOROSLU Nevzat; Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, 1968, s. 5 vd.

^[10] Zorunluluk halinin şartları ile ilgili açıklamalar ve örnekler için bkz. HAKERİ, s. 194-199.

^[11] Bu şekilde de görülebilen ihmal suçlarında en temel unsur hukuksal yükümlülük herkese, sıradan insanlara değil belirli statüde bulunanlara yüklenmektedir. Polis, jandarma, itfaiye eri, asker gibi hekim veya diğer sağlık mensupları ve hatta bazen anne - babalar da bu yükümlülük altında bulunmaktadır. Bkz. ÜNVER Yener; Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihi Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, in. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu - Sempozyum Kitabı, İstanbul - 2005, s. 95.

^[12] TOROSLU; s. 139, HAKERİ; s. 196-197.

nak bulunması zorunluluğu vardır. Böyle bir dayanak yoksa - ki bizim ceza kanunumuz bakımından yoktur - hekim mevcut durumu muhafaza etmeli, eski hastayı sırf yaşlı diye cihazdan çıkarmamalı ve yeni gelen hastaya ancak var olan diğer imkânlarla müdahale etmelidir. Bunun sonucunda yeni gelen ağır hasta ölmüş olsa bile hekimin sorumluluğu yoktur.^[13]

C) Hakkın Kullanılması

Türk Ceza Kanunu m.26/1'e göre; hakkını kullanan kişiye ceza verilmez. Hakkın kişilere hukuk düzeni tarafından tanınmış olması gereklidir. Öğretide^[14] hakkın kanun, tüzük, yönetmelik genelge gibi düzenleyici işlemlerden kaynaklanabileceği ileri sürülmekte ise de kanaatimizce ceza hukukunda hukuka uygunluk sebebi oluşturan hak ancak kanundan veya kanuna dayanarak diğer daha alttaki düzenleyici işlemlerden kaynaklanmalıdır. Dolayısıyla kanuna dayanmayan veya kanuna aykırı olan bir düzenleyici işlemde kaynaklanan hakkın kullanılması yapılan fiili hukuka uygun hale getirmez.

Burada çalışmamızın konusu ile ilgili olarak hekimlik mesleğinin icrası bakımından hakkın kullanılmasını değerlendireceğiz. Hekimler ve diğer sağlık mesleği mensupları tıbbi müdahalede bulunurken çeşitli kanunlardan^[15] kaynaklanan sağlık mesleğini icraya ilişkin mesleki haklarını kullanmaktadır. Dolayısıyla hekim sıfatını kazanan ve bu mesleği icra etmeleri kanunen bir hak olarak kendilerine tanınan tıp mesleği mensuplarının bu kapsamda yapmış oldukları müdahaleler suç olarak değerlendirilemez.^[16] Hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin hakkın kullanılmasının hukuka uygun olması için aşağıdaki şartlar somut olayda mutlaka bulunmalıdır:

a) Öncelikle bu mesleğin yetkili kişiler tarafından yerine getirilmesi gerekir. Hekimlik mesleği kapsamına giren müdahaleler bakımından yetkili kimsenin belirlenebilmesi için ilk önce aşağıda belirtilmiş

olan kanunlara, hüküm yoksa diğer kanunlara veya bu kanunlara uygun olarak çıkarılmış tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere bakmak gereklidir. Örneğin, rahim tahliyesi niteliğinde olan cenin düşürme benzeri fiiller bakımından yetkili kişi; 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 m.3/2 hükmüne bakarak tespit etmek gerekecektir.^[17] O halde bu tarz bir tıbbi müdahale bakımından bahse konu kanun hükümlerine göre yetkili olmayan kimselerin yaptıkları rahim tahliyesi fiilleri Türk Ceza Kanunu m.99'da belirtilen **-Çocuk Düşürme Suçu-** nu oluşturacaktır. Nitekim kanunlar o kişi sağlık mensubu hekim ve hatta kendi alanında uzman bir kişi olsa da fiil suç oluşturacak ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulamayacaktır.

b) Tıbbi müdahale konusunda tıbbi ve sosyal bir zorunluluk (endikasyon) bulunmalıdır. Tıbbi müdahale kavramı; tıp bilimi kurallarının uygulanmasının gerektirdiği şekilde ve özenle gerçekleşmesi gerekliliği olan müdahalelerdir.^[18] Tedavi yükümlülüğünün içerik ve kapsamı tıbbi gereklilikler, meslek etiği ve ilkeleri göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Mesleki tedavi yükümlülüğü, alınacak tedbiri kapsamlı ve gereklilik arz etmelidir.

c) Hastaya müdahaleden önce hastanın aydınlatılmak suretiyle rızasının alınması gereklidir. Hekim hastasını, yapacağı tıbbi müdahale bakımından en azından temel noktalar hakkında ve yapılacak işlemler konusunda aydınlatmalıdır. Hasta bu aydınlatma sonucu düşünecek ve müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine kendi özgür iradesince karar verecektir. Bu anlamda aydınlatma yükümlülüğü hekimlere yüklenen hukuksal bir yükümlülüktür.

^[13] Yükümlülüklerin çatışması hakkında ayrıntılı bilgi ve çeşitli örnekler bkz. ÖZBEK; s. 152 vd.

^[14] HAKERİ, s. 258. Hakkın kullanılması ile ilgili olarak ayrıca bkz. ÖZBEK; s. 364 vd.

^[15] Bu kanunlara örnek olarak, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Türk Tabipler Birliği Kanunu, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Türk Tabipler Birliği Kanunu ve Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu gibi kanunlar verilebilir.

^[16] ÖZTÜRK / ÖZBEK / ERDEM; s. 182, HAKERİ, s. 261.

^[17] Maddeye göre, gebeliğin sona erdirilmesine yönelik rahim tahliyesi fiilleri, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları tarafından yapılır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimlerin de kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstürel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. KANBUR Mehmet Nihat; Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, in. Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan - 2008, Ankara, s. 1235-1236.

^[18] ÜNVER Yener; Tıbbi Uygulama Hataları (Mal Praktis), Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu; Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Yayın No:16, İstanbul - 2008, s. 55, HAKERİ; Tıp Hukuku... s. 185.

d) Hekimin tedavi amacıyla, tıp mesleği ve sanatının gerektirdiği şekilde hareket etmesi ve meslek kurallarına bağlı kalarak hata yapmaması gerekir. Her hekimin kendi mesleki konularında bilgi sahibi olduğu kabul edilir. Hekimin mesleki bilgiler bakımından eksiğinin bulunması halinde, buna rağmen yaptığı müdahaleler bakımından kusurlu olduğu ve hukuka aykırı hareket ettiği var sayılır.

Bütün bu şartların yerine getirilmiş olması halinde hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleler hukuka uygun sayılacaktır.

D) İlgilinin Rızası

a) Genel Olarak: Türk Ceza Kanununun 26/2. maddesine göre; kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Bu düzenleme karşısında kişinin rızasının hukuka uygunluk teşkil etmesi için üç şart aranır. Öncelikle rızaya ehliyet bulunmalı, ardından rızanın açıklanması gerekli ve son olarak da rızanın konusunun bulunması ve korunması gereklidir.^[19] Rızaya ehliyet; kişinin rızanın ilişkin olduğu hakka sahip olması gereklidir. Kişi bu hakka sahip olsa da bu hakkı kullanmaya yetkili olmalıdır. Kişi rızasını açık veya örtülü olarak açıklayabilir. Ancak rızayı veren iradenin fesada uğramamış olması gerekir. Rıza suçu oluşturan fiilin öncesinde veya en geç fiil işlendiği sırada açıklanmış olmalıdır. Rızanın suçu oluşturan fiilin konusuna yönelik olarak verilmesi gereklidir. En nihayet kişinin verdiği rıza konusuna ilişkin tasarruf etme yetkisi bulunmalıdır.

b) Kişinin Rızası Üzerine Öldürme Fiilleri (Aktif Ötenazi): Burada konu ile ilgili olarak kişinin kendi yaşamına son verilmesine ve kendi vücut bütünlüğüne dokunulmasına ilişkin kısa bilgi vermekte fayda vardır. Bir kişinin kendi yaşamına son verilmesine ilişkin verdiği rıza, bunun üzerine yapılan öldürme fiilini hukuka uygun hale getirmez. Bu fiil, yaşam sahibinin rızası olmasına rağmen yine de adam öldürme suçu oluşturur. Kişinin yaşamı üzerinde hakkı vardır

ancak bu hak üzerinde haktan vazgeçme şeklinde tasarruf etme yetkisi yoktur.^[20] Dolayısıyla bir hekime kendi yaşamına son vermesi konusunda hastanın verdiği rıza üzerine o hastanın yaşamına son veren hekim, kasten öldürme suçunu işlemiş olur. Türk hukukunda hastanın isteği üzerine hekimin ve diğer sağlık personelinin bu isteğe dayanarak hasta yaşamına son vermesi (*aktif ötenazi*) konusu tek yasal düzenleme olan -Hasta Hakları Yönetmeliği- m.13'de açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne surette olursa olsun hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.^[21]

c) Vücut Dokunulmazlığına Yönelik Verilen Rıza: Kişinin kendi vücut bütünlüğüne dokunulması hususunda verilen rıza ise hak üzerinde tasarruf edilebilme durumuna göre bazen geçerli bazen de geçersizdir. Örneğin kişinin kendi gözünün kör edilmesi veya kolunun kopartılması hususunda verdiği rıza geçersizdir. Bu rıza üzerine yapılan fiiller suç oluşturur. Ancak tıbbi zorunluluk bulunduğu durumlarda bu rıza üzerine yapılan fiiller suç oluşturmaz. Örneğin kangren olmuş bir bacağı kesilmesine ilişkin cerraha verilen rıza üzerine cerrahın tıbbi müdahale ile bacağı kesmesi kasten yaralama suçunu oluşturmaz. Yine organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli hakkında kanun hükümleri çerçevesinde gösterilen rıza üzerine bir organın yetkili hekim tarafından alınması,^[22] başka bir hastaya tıbbi müdahale ile nakledilmesi gibi fiiller de kasten yaralama suçunu oluşturmaz.

d) Hastanın Verdiği Rızayı Sürdürmesi ve Tedaviye Katlanma Yükümlülüğü: Son olarak belirtmek gerekir ki bir hastalığı dolayısıyla tedavi görmek isteyen hastanın, hekimin tedavi yöntemlerine katlanma yükümlülüğü bulunmakla birlikte her zaman bu yükümlülüğünden vazgeçebilir. Bir başka deyişle yapılacak tedavi belki tek tedavi yöntemi de olsa hastanın mutlaka bu tedaviye rıza göstermesi zorunlu değildir^[23] veya başta tedavi için rıza göstermiş olsa da tedavinin

^[19] Kişinin rızasının geçerli olması için gerekli şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAR; s. 129 vd. Aynı yönde bkz. HAKERİ; s. 263.

^[20] Yaşama hakkının devredilmezliği ve başkası aracılığı ile kullanılamaması hususunda bkz. HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, Ankara - 2007, s. 283 vd.

^[21] Ötenazinin türleri ve Türk Hukuk Sistemindeki yerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ATLADI Ramazan Barış; Türk Ceza Hukuku ve Aktif Ötenazi, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007, s. 417 vd.

^[22] Bahse konu rıza alınmazdan önce hastanın mutlaka çok ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmış olması gerekir. Bkz. BAŞPINAR Veyssel; Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü; in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007, s.191 vd. Türk Ceza Kanununda (m.91) şartları oluşmadan yapılan organ ve doku nakli, satılması ve saklanması gibi fiiller suç olarak düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. HAKERİ Hakan; Organ veya Doku Ticareti Suçu, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007, s. 241 vd.

^[23] HAKERİ Hakan; Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri; in. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu - Sempozyum Kitabı, İstanbul - 2005, s. 132.

sonuna kadar rızasını muhafaza etmek zorunda değildir, rızasını geri alabilir hatta tavsiye edilen tedaviyi uygulayabilir. Dolayısıyla hastanın tedaviye ilişkin hekimle olan sözleşmesinin ihlali şeklinde gözükebilecek bu durumlarda hastaya mutlaka tedavi uygulanmaya zorlama mümkün değildir, aksi sözleşme içeriğinden kaynaklansa bile diğer şartları varsa suç oluşurur.

Burada dikkat edilecek husus kişinin bizzat kendisi ile ilgili durumlarda tedaviyi reddetme veya uygulamamaya ilişkin taktırirdir. Ancak bir küçük çocuğun yaşamsal faaliyeti için zaruri bir tedavi sırf ailesinin rızasızlığı nedeniyle ihmal edilmemelidir. Aksine gerektiğinde yasal yollara başvuru olarak çocuk ailesine karşı bile korunmalı, muhafaza altına alınmalı ve hekimlik mesleğine ilişkin hakkın kullanılması kapsamında tedavi uygulanmalıdır.^[24]

II. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun Özel Hükümlerinde Düzenlenen Çeşitli Suç Tipleri

Çalışmamızın bu kısmında sadece genel olarak Türk Ceza Kanununda sadece hekimler ve diğer sağlık personeli için özel düzenlenmiş hükümler ile ayrıca hekimlerin veya diğer sağlık personelinin de işleyebileceği bazı suçlara ilişkin hükümleri buraya aktarmakla yetineceğiz.

1) Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi: MADDE 83.- (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. **(2)** İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; **a)** Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, **b)** Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

2) Taksirle öldürme: MADDE 85.- (1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3) Taksirle yaralama: MADDE 89.- (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

4) Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi: MADDE 280.- (1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlen-

diği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(2)** Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

5) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma:

MADDE 187.- (1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. **(2)** Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmî izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti: MADDE 188.- (8) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile işgal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

7) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma: MADDE 190 - (3) (Değişik: 29.06.2005 - 5377/23 md.) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile işgal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

8) Çocuğun soy bağı değiştirme: MADDE 231.- (1) Bir çocuğun soy bağı değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(2)** Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

9) Resmî belge hükmünde belgeler: MADDE 210.- (2) Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.

^[24] Aynı görüşte bkz. HAKERİ; Tıp Hukukuna Giriş... s.3-4.

III. Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Bu bölümde özellikle uygulamada sık karşılaşılan ve tıp mesleği mensupları tarafından çokça sorulan bazı hususların ceza hukuku çerçevesinde değerlendirilmeleri yapılacaktır.

1) Tıbbi Müdahalelerde Yetkili Kişi Kavramı ve Tıp Mesleği Mensuplarının Sorumluluklarıyla İlgili Hususlar

Kural olarak tıbbi müdahalelerde yetkili kişi hekimdir. Genel olarak çeşitli tıbbi müdahaleler bakımından yasalarca ayrıca diğer sağlık personeli de yetkili kılınmış olabilir. O halde tıbbi müdahalenin, tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa'da tıbbi müdahalelerde bulunabilecek kişiler; hekimler (tabipler), diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir. Burada dikkat edilecek husus yapılan her tıbbi müdahalenin tıp mesleği kuralları gereği, gerçek anlamda o müdahaleyi yapmaya yeterli donanımına sahip olan tıp mesleği mensupları tarafından yapılması gereklidir. Dolayısıyla hekim olmak herçeşit tıbbi müdahale için yeterli bir özellik değildir. Hekimin her müdahalenin gerektirdiği uzmanlığa sahip olması da ayrıca aranır.

Sağlık mensubunun tıbbi müdahaleyi tek başına ya da diğer meslektaşlarıyla birlikte yapabilir. Ancak bazı durumlarda tıbbi müdahaleyi yapmaya tek başına yetkili olmayan sağlık mensubunun buna cüret etmesi de meydana gelecek sonuç bakımından cezai sorumluluklarını ortaya çıkarabilecektir. Örneğin yapılacak müdahalenin niteliği gereği hekime yardımcı sağlık personeli gerekiyorsa bu kişiler olmadan o nitelikte bir girişime başlamaması gereklidir. Tıbbi müdahaleyi yapmaya yetkili bir hekimin asistanı da onun nezaretinde müdahale yapmaya yetkilidir. Ancak asistanın önemli sayılabilecek tıbbi müdahaleleri tek başına yapması uygun değildir ve bu durumda hem kendisi hem de onu gözetmekle yetkili uzman hekim sorumlu olacaktır.^[25] Ancak uzman hekiminin yasaklamasına rağmen asistan müdahale etmişse sorumluluk sadece ona aittir.

Tıbbi müdahaleye yetkili kişi bakımından uygulamada karşılaşılan diğer örnekleri şu şekilde verebiliriz: Bir hekimin hemşiresinden bir hastaya tıbbi müdahale niteliğinde bir

enjeksiyon uygulamasını istemesi halinde, hemşirenin enjeksiyon uygulamasından kim sorumlu olacaktır? Kanaatimizce bahse konu enjeksiyon hemşirenin mesleki yeterliliğini aşmıyor ise bu durumda sorumluluk sadece kendisine ait olacaktır. Ancak bu tıbbi müdahale mutlaka hekim kontrolü ve müdahalesini de gerektiriyorsa bu durumda cezai sorumluluk ikisine de ait olacaktır. Burada önemli olan yapılan enjeksiyonun önemi ve kim tarafından yapılabileceğinin tıp bilimi ve mesleği kurallarınca belirlenecek olmasıdır. Burada son olarak belirtmemiz gereken husus, pratisyen hekimlerin tıbbi müdahale yetkisidir. Pratisyen hekimler uzmanlık gerektirmeyen genel tıbbi müdahalelere yetkilidirler. Ancak bu müdahaleleri aşan ve alanında uzman hekim tarafından yapılması gereken müdahaleleri veya bir uzman nezaretinde yapabileceği müdahaleleri tek başına yapamaz. Bunun gibi yine bir uzman tarafından yapılacak bir tedaviyi tek başına uygulayamaz. Pratisyen hekimlerin ilaç yazma yetkisi vardır ancak kendi uzmanlık alanına girmeyen bir tedaviye ilişkin ilaç yazma yetkileri yoktur. Böyle bir yetki olmadan ilaç yazmışsa ve bu sebeple hastanın tıbbi zararı ortaya çıkmışsa bunda pratisyen hekimin sorumluluğu bulunacaktır.

2) İlaç Yazma - Reçete Düzenleme - Sahtecilik İle İlgili Hususlar

Uygulamada karşılaşılan en büyük sorunlardan biri de hekimlerin hastanın sadece isteği üzerine, herhangi bir muayene yapmadan ilaç yazması, reçete düzenlemesidir. Hatta bazen hastalar düzenli olarak kullandıkları ilaçları hekime başvurmadan kendi yakınları, çocukları veya hizmetlileri aracılığı ile yazdırmak istemektedirler. Hekimlerin hastanın sağlık durumuyla ilgili olmayan reçeteler düzenlemesi Türk Ceza Kanunu anlamında sahtecilik suçunu oluşturur. Aynı şekilde hekim hastayı bizzat görmeden, muayene etmeden de reçete düzenleyemez. Hastanın o ilaçlara gerçekten ihtiyaç duyuyor olması da bu durumu değiştirmez. Çünkü reçete düzenlemek için hastanın mutlaka görülüp tedavi edilmesi gereklidir.^[26]

Uygulamada bazen tedavide kullanılan bir ilaç henüz sağlık bakanlığı tarafından ödenen ilaçlar listesine girmediği için başka bir hastalık da varmış gibi bu ilaçların yazılması halinde de reçetede aslında olmayan bir hastalık dayanak gösterildiği için yine sahtecilik suçu oluşacaktır.

^[25] HAKERİ; Soru ve Cevaplar ... s. 4.

^[26] Aynı yönde bkz. HAKERİ; Soru ve Cevaplar ... s. 7.

3) Hastanın Aşamalı Gelişen Hastalık Seyrinde Önerilen Tedavileri Şuuru Yerindeyken Reddetmesi ve Şuuru Kapandığında Hekimin Uygulaması Gereken Tedavi Yöntemleri

Hastanın muayenesi ardından gereken tedavi yöntemleri alternatifli olarak kendisine sunulduktan sonra bu tedavi yöntemlerinden hiçbirinin hasta tarafından kabul edilmemesi halinde hekimin sorumluluğu olacak mıdır? Burada öncelikle yapılması gereken hastaya tıbbi müdahalede bulunmak için varsa çeşitli alternatifli tedavi yöntemleri önermek ve hangi tedavi yönteminin daha tavsiye edilir nitelikte olduğunu bildirmektir. Örneğin mide kanaması olan bir hastada, hipovolemik şok mevcut ve hastaya endoskopi yapılmasını öneriyorsunuz ancak hasta endoskopi yapılmasını reddediyor. Yine aynı şekilde hasta cerrahi müdahaleyi de kabul etmiyor. Bu durumda hastanın tıbbi müdahaleye yönelik açık bir rızasızlığı var demektir. Bu açık rızasızlığa rağmen hekimin tıbbi zorunluluk olsa bile müdahalesi hukuka aykırı olacaktır. Çünkü hastanın iradesine ve rızasızlığına üstünlük verilmelidir. Peki bu gibi hallerde hekim nasıl kendini hukukten koruma altına alacaktır. Hastanın rızasızlığından kaynaklanan kötü sonuçların sorumluluğu bizzat hastanın kendisine aittir. Hekim açısından sorumluluk teşkil etmez. Ancak yine de böyle durumlarda hastaya her türlü imkân sağlandığı, alternatifli tedavi yöntemleri önerildiği, hastanın vakasının seyrinden haberdar edilip aydınlatıldığı ve buna rağmen tıbbi müdahaleye rıza gösterilmediği orada bulunan hekim, sağlık personeli ve mümkünse hastanın kendisi ve yakınlarının bir tutanakla hazırlanması ispat bakımından hekime kolaylık sağlayacaktır.

Hastanın açık rızasızlığını durumu daha kötüye gitmezden önce belli etmesinden sonra şuuru kapalı hale gelir ve tekrar rızası alınması mümkün olmazsa hekim doğrudan müdahale edebilir mi? Burada iki şekilde düşünülebilir. Baştan beri rızası yoktu denilerek tıbbi müdahaleden kaçınılabilir. Ancak tersi de mümkündür. Şuuru kapandıktan sonra yapılan tıbbi müdahale hekimin mesleğini icra etme hakkına dayanır. Burada şu şekilde de düşünülebilir. Hasta eğer durumu bu kadar ağırlaşırsa tıbbi müdahaleye rıza gösterirdi diyebiliyorsak varsayılan rıza çerçevesinde yapılan tıbbi müdahale hukuk uygundur diyebiliriz. 1219 sayılı kanun da şuurun kapalı olduğu takdirde tıbbi müdahale yapılabilir şeklinde düzenlemeye sahiptir. Burada hastanın önceki rızasızlığına karşı yine de şuuru kapandığında müdahale etmek, etmemekten daha fazla sağlık personelinin koruyacağını düşünmekteyiz.

Cezaevlerindeki açlık grevleri bakımından ise Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun özel bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre;

Hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi: Madde 82- (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır. **(2)** Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır. **(3)** Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır. **(4)** Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için 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.

Görüldüğü üzere cezaevlerindeki açlık grevleri veya ölüm oruçları bakımından artık kişinin rızası ya da rızasızlığı önem taşımaz. Kanuni rıza da diyebileceğimiz kanuni bir müdahalede bulunma zorunluluğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla artık hekim hasta mahkûmun kararıyla bağlı değildir, aksine kanunun emriyle bağlıdır.

4) Sorunlu Hastaların Hekimlerce Tedavi Edilmek İstememesi ve Başka Hastaneye Sevk Sırasında Ölüm ya da Ağırlaşan Yaralamadan Doğan Sorumluluk - Tıbbi Müdahalenin İhmalinden Kaynaklanan Sorumluluk

Özellikle ölüm tehlikesi altında bulunan bir hastanın tedavi edilmesinde ihmal gösterilirse bu durumda hekim sorumlu-

luktan kurtulamaz. Örneğin bir hastanın acil müdahale ihtiyacıyla hastaneye getirilmesi durumunda, hekim, gerekçesi ne olursa olsun bilerek bu hastaya müdahale etmekten çekiniyorsa bu durumda hastanın ölümünden veya yaralanmasının daha da ağırlaşmasından sorumlu olacaktır. Burada dikkat edilecek husus hastanın getirildiği ilk yerde müdahale edilmesi durumunda kurtulma ihtimalinin var olup olmayacağıdır. Eğer kurtulma ihtimali varsa müdahale etmemekten, geç müdahale etmekten veya gereksizyere başka bir hastaneye sevk etmekten kaynaklanan cezai sorumluluk bakmakla yükümlü olan hekime ait olacaktır.

5) Rıza Prosedürü - Yazılı Olup Olmaması - Çok Acil ve Acı Veren Hallerde Mutlaka Rıza Aranıp Aranmayacağı

Hastanın rızasının mutlaka yazılı olarak alınması gerekli değildir. Ancak rızanın ya da rızasızlığın yazılı olması hekimin bu anlamda durumu ispatını kolaylaştıracaktır. Fakat kanun koyucu bazı rıza beyanları bakımından yazılılık koşulunu aramıştır. Örneğin organ nakli bakımından rıza yazılı şekilde olmak zorundadır.^[27] Aksi takdirde hekimin sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Bu gibi kanunlarda özel olarak yazılı rızanın alınması zorunluluğu yoksa rıza veya rızasızlık sözlü olarak da geçerlidir.

Hastanın rızasından önce mutlaka yapılacak tıbbi müdahalenin türü, ağırlığı, yan etkileri ve tüm riskleri bakımından durumun gerektirdiği ölçüde aydınlatılması gereklidir.^[28] Ancak bazı çok acil durumlarda hastanın yazılı rızasını almak veya tam olarak aydınlatma yapmak fiilen mümkün olamayabilir. Bu gibi durumlarda şuuru varsa hastanın sözlü rızasını almak ve mümkün olabildiği ölçüde aydınlatmak yeterlidir. Hekimi sorumluluktan kurtarır. Ancak hastanın şuuru kapalıysa tıbbi müdahaleyi yapmak hekimin bir yetkisi ve aynı zamanda görevidir. Bu gibi durumlar için rıza alınmasına veya aydınlatma yapılmasına gerek yoktur. Hekim hastalığı doğal seyri, hekimlik mesleğinin gerekleri ve kendi mesleki tecrübelerine göre doğrudan hareket edebilecek ve tıbbi müdahale uygulayabilecektir.

Sonuç

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu son derece önemli bir konu olup son yıllarda gerek ülkemizde gerekse başka

ülkelerde çeşitli şekillerde hukuki yaptırımlar altına alınmaktadır. Bu konuda başta hekimler olmak üzere tüm sağlık personelinin yapmış olduğu tıbbi müdahaleler bakımından mesleğin gerektirdiği tüm donanıma, yeterliliğe ve dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmaları gerekmektedir. Ayrıca hukuki sorumluluğun ortaya çıkış şekli bakımından herhangi bir sınır olmadığından mesleğin her aşamasında bu tarz bir problemle karşı karşıya kalınabilir. O halde sağlık personelinin gerek kurumsal, gerek kişisel ve gerekse hukuksal olarak kendilerini koruma altına alıcı önlemleri bir an evvel almaları, eğitici faaliyetlere, seminerlere katılmaları ve hatta gerekirse hukuki danışmanlık bürolarından yardım almaları son derece gereklidir.

Kaynakça

- ATLADI Ramazan Barış; Türk Ceza Hukuku ve Aktif Ötenazi, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007.
- BAŞPINAR Veysel; Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007
- BAYRAKTAR Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul - 1972. TOROSLU Nevzat; Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, 1968.
- ÇAKMUT YENERER Özlem; Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007.
- ÇAKMUT YENERER Özlem; Tıpta Aydınlatma ve Rıza; Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 1, Tebliğler, Temmuz - 2007.
- HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- HAKERİ Hakan; Hastanın Hekimlik Sözleşmesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri; in. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu - Sempozyum Kitabı, İstanbul - 2005.
- HAKERİ Hakan; Organ veya Doku Ticareti Suçu, in. Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, Nobel Matbaacılık, İstanbul - 2007.
- HAKERİ Hakan; Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları - Genel Tıp Hukuku), Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007.
- KANBUR Mehmet Nihat; Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, in. Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Nisan - 2008, Ankara.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2008.
- ÖNDER Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II, İstanbul, 1989.
- ÖZBEK Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2006.
- ÖZGENÇ İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara - 2008, s. 662 vd.
- ÖZTÜRK Bahri / ÖZBEK Veli Özer / ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5. baskı, Ankara, 2001.

^[27] ZEYTİN Zafer; Hekimin Hukuki Sorumluluğu; Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007, s. 11 - 12. Ayrıca bkz. ZEYTİN Zafer; Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 1, Tebliğler, Temmuz - 2007, s. 77 vd.

^[28] ÇAKMUT YENERER Özlem; Tıpta Aydınlatma ve Rıza; Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 1, Tebliğler, Temmuz - 2007, s.9 vd. Ayrıca bkz. ÇAKMUT YENERER Özlem; Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007, s. 77 vd.

ÜNVER Yener; Tıp Hukukuna Giriş (Tıp Hukukunun Temel Kavramları - Genel Tıp Hukuku), Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007.

ÜNVER Yener; Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin birkaç Sorun, in. Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu - Sempozyum Kitabı, İstanbul - 2005.

ÜNVER Yener; Tıbbi Uygulama Hataları (Mal Praktis), Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu; Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Yayın No:16, İstanbul - 2008.

ZEYTİN Zafer; Hekimin Hukuki Sorumluluğu; Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap 2, Soru ve Cevaplar, Ağustos 2007, s.11 – 12. Ayrıca bkz. ZEYTİN Zafer; Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, Kitap Tebliğler, Temmuz - 2007.