

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin kriterler

Prof. Dr. İzzet Özgenç



1960 yılında doğdu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in asistanlığını yapmıştır. Daha sonra Dicle ve Selçuk üniversitelerinde görev yapmıştır. 2001 yılında göreve başladığı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2006 yılında profesör unvanını almıştır. YÖK üyesi olan Özgenç, Türk Ceza Hukuku'na ilişkin yeni kanunların hazırlanmasında etkin rol almıştır. Halen Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza Hukuku Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Yayımlanmış Kitapları: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2002 Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2004. Türk Ceza Kanunu GAZİ Şerhi, Seçkin Yayıncılık, 2005. Uygulamalı Ceza Hukuku, 2001. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2006. Türk Ceza Hukuku GAZİ Külliyyatı, 2005. Terörle Mücadele Kanunu, 2006.

İnsan, sağlıklı bir hayat sürme hakkına sahiptir. Bu itibarla, herhangi bir sebeple sağlık şartlarının bozulmuş olan insanın, kendisine sağlığını iyileştirici tıbbî müdahalede bulunulmasını talep etmesi, bu hakkın kullanılmasından ibarettir.

Kişi, sağlığının yerinde olup olmadığının yani hasta olup olmadığının, hasta ise ne tür bir hasta olduğunun belirlenmesi (teşhis, tanı) ve maruz kaldığı hastalığın iyileştirilmesi (tedavi) amacıyla kendisine tıbbî müdahalede bulunulmasına rıza göstermek (onam vermek) hakkına sahiptir.

Bu bakımdan, teşhis veya tedavi

amacıyla da olsa, rızası olmaksızın kişiye tıbbî müdahalede bulunulması, kural olarak suç oluşturmaktadır.

Ancak, salt bu rıza, yapılan tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlama bakımından yeterli değildir.

Kişinin, tıbbî müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için, uygulanacak olan teşhis ve tedavi yönteminin mahiyet, etki ve sonuçları bakımından yeterince bilgilendirilmiş olması gerekir: "aydınlatılmış onam" .

Bu bakımdan, uygulanacak teşhis ve tedavi yönteminin mahiyet, etki ve so-

nuçları ile ilgili olarak gerekli bilgilendirme yapılmaksızın gerçekleştirilen tıbbî müdahale "rıza"ya dayalı olsa bile, bu "rıza" hukuken geçersizdir. Dolayısıyla, hukuken geçerli olmayan bir rızaya dayalı olarak yapılan tıbbî müdahale, teşhis ve tedavi amacıyla da olsa, ceza sorumluluğunu gerektirir. Hatta, yapılan tıbbî müdahale sonucunda kişinin hastalığının iyileştirilmiş olması, bu ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Bazı hallerde, rıza açıklamasına hukukeni değer izafesi, usule ilişkin belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınabilir. Mevzuatımızda rıza açıklaması-



nın ne suretle yapılacağı konusunda çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Örneğin, 11.4.1928 t. ve 1219 s. "Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"un 70. maddesine göre, "Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvele mirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri (yazılı) olması lazımdır."

II. Belirtmek gerekir ki, tıbbî müdahaleye rıza göstermeyen bir hastaya buna rağmen tedavi amaçlı müdahale girişimi insan onuruyla bağdaşmaz. Aklen sağlıklı, bilinci açık olan hasta kendisine karşı tedavi uygulanmasını reddettiğinde, meselâ bağlı olduğu teknik cihazın çıkarılmasını istemek gibi hayatını sürdürücü tedaviyi artık kabul etmediğinde; buna rağmen, iyileştirilmesini veya hayatta kalmasını sağlamaya yönelik olarak bu kişiye tıbbî müdahalede bulunulmamalıdır .

Hatta, hastanın rıza göstermediği bir tıbbî müdahalenin başarı şansı da tartışılabilir. Bu nedenle tıbbî müdahalenin gerekli olduğuna hastanın kani olması, ikna edilmesi gerekir. İkna girişimine rağmen şuuru açık olan ve tedaviye rıza göstermeyen hastaya tıbbî müdahalede bulunulamaz. Bu itibarla, şuuru yerinde olan hastanın artık istememesi dolayısıyla kendisine karşı tedavi uygulanmasından, hayatını devamı için gerekli olan teknik cihazla olan bağlantısının kesilmesi gibi hayatını sürdürücü tedaviden sarfınazar eden sağlık görevlileri ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamazlar.

III. Rıza göstermemesine rağmen, kişiye tıbbî müdahale, ancak kamu sağlığı gerekçesiyle yapılabilir. Başka bir deyişle, kamu sağlığını korumak için, rıza göstermemesine rağmen, elverdiği ölçüde kişiye tıbbî müdahalede bulunulabilir .

IV. Keza, işaret etmek gerekir ki, teşhis ve tedaviye yönelik müdahale için kişi her zaman rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmayabilir. Bu gibi durumlarda, rızasının olup olmadığını araştırmaya gerek olmaksızın, kişiye tıbbî müdahalede bulunulması gerekmektedir. Çünkü, tabiplik mesleğini icra eden veya icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi, tıbbî müdahaleye ihtiyaç duyan bir kimseye iyileştirilmesi amacıyla matuf gerekli müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün varlığı halinde, gerçekleştirilen tıbbî müdahale, görevin yerine getirilmesi dolayısıyla hukuka uygundur. Bu gibi durumlarda, gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu "mefruz, varsa-

yan rıza"ya dayalı olarak açıklayan görüşlere iştirak etmemekteyiz.

V. Teşhis ve tedavi amacına yönelik bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için; ayrıca, bunun tabiplik mesleğini icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahale söz konusu ise; bunun, uzmanı olan tabip tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Uzmanlığı gerektiren ve fakat uzman tabip tarafından gerçekleştirilmeyen bir tıbbî müdahale, sonuçta kişi şifa bulmuş olsa bile, hukuka uygun değildir. Uzmanlığı gerektiren bir tıbbî müdahalenin uzmanı olmayan tabip tarafından gerçekleştirilmesi halinde, ancak zorunluluk haline ilişkin koşullar (TCK, m. 25, f. 2) bulunduğu takdirde, sorumluluk cihetine gidilemez.

VI. Keza, kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, bunun teşhis ve tedavi amacıyla yapılması gerekir. Belirli bir hastalıktan korunmaya yönelik olarak aşı uygulaması halinde de tedavi amacıyla hareket edilmekte ve dolayısıyla, fiil hukuka uygun bulunmaktadır. Bir hastalığın teşhisi ve tedavisi amacı taşımayan bir tıbbî müdahale, hukuka uygun değildir.

Ancak, kanun koyucu, belirli bir hastalığın teşhis ve tedavi amacını taşımasa bile, çeşitli mülahazalarla, kişiye tıbbî müdahalede bulunulmasına imkân tanımaktadır. Örneğin, kan bağıışı ile ilgili olarak 11.4.2007 t. ve 5624 s. Kan ve Kan Ürünleri Kanununda, kişilerden organ veya doku alınması ile ilgili olarak 23.1.1953 t. ve 6023 s. "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununda, kısırlaştırılma ve kürtajla ilgili olarak 27.5.1983 t. ve 2827 s. Nüfus Planlaması Hakkında Kanununda, cinsiyet değişikliği ile ilgili olarak 22.11.2001 t. ve 4721 s. Türk Medenî Kanununun 40. maddesinde, bilimsel bir deneyle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun 90. maddesinde hükümler bulunmaktadır.

VII. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, ayrıca tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Tıp biliminin verilerine uygun olmayan bir müdahale, tedavi amacıyla ve kişinin rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, hukuka uygun değildir.

Kişi üzerindeki tıbbî müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olup olmadığının tespitinde, müdahalenin gerçekleştirildiği tarih itibarıyla tıp biliminin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulmalıdır. Tıp bilimindeki gelişmeler karşısında, bir müdahale yönteminin bila-



Aklen sağlıklı, bilinci açık olan hasta kendisine karşı tedavi uygulanmasını reddettiğinde, iyileştirilmesini veya hayatta kalmasını sağlamaya yönelik olarak bu kişiye tıbbî müdahalede bulunulmamalıdır .

hare sakıncalı ve hatta yanlış olduğu tespit edilmiş olabilir. Ancak bu tespit, gerçekleştirildiği tarihte tıp biliminin verilerine uygun olması itibarıyla, bir tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı fiil olarak kabul etmemizi gerektirmez.

Hastalığın arz ettiği özellikler ile hastanın içinde bulunduğu sağlık şartları göz önünde bulundurularak belirlenen bir tıbbî müdahale yönteminin hastanın sağlığı ve hatta hayatı bakımından belli oranda risk oluşturması ve hatta, bu risk oranının fazlalığı, bu tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu etkilemez.

Yapılan tıbbî müdahalenin teşhis ve tedavi amacına yönelik olması ve yapıldığı tarih itibarıyla tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması, hukuka uygunluk açısından yapılacak olan değerlendirmede başvurulacak olan ölçütlerdir. Hukuka uygunluk açısından önemli olan, hastanın tedavi edilmemesinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu risk ile, belirlenen tıbbî müdahale yönteminin kişinin sağlığı ve hayatı bakımından oluşturduğu riskin mukayesesi sonucunda, ikincisinin birincisine tercih edilmesidir.