

**T.C.**  
**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**DOKTORA TEZİ**

**TIBBİ MÜDAHALE VE İNSAN ÜZERİNDE**  
**DENEY BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI**

**Ezgi CANKURT**

**2502100129**

**Danışman**  
**Prof.Dr.Adem SÖZÜER**

**İSTANBUL-2018**



T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA  
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : EZGİ CANKURT Numarası : 2502100129  
Anabilim Dalı /  
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER  
Tez Savunma Tarihi : 13.09.2018 Saati : 10:30  
Tez Başlığı :  
TIBBİ MÜDAHALE VE İNSAN ÜZERİNDE DENEY BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,  
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR.ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF.DR.MAHMUT KOCA		Kabul
3- DOÇ.DR.MEHMET EMİN ALŞAHİN		Kabul
4- DR.ÖGR.ÜYESİ. SELMAN DURSUN		Kabul
5 -DR.ÖGR.ÜYESİ.SERDAR TALAS		

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR.ÖGR.ÜYESİ.A. BATUHAN BAYTAZ		Kabul
2- DR.ÖGR.ÜYESİ.ZAFER İÇER		

## ÖZ

# TIBBİ MÜDAHALE VE İNSAN ÜZERİNDE DENEY BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI

**Ezgi CANKURT**

İlgilinin rızası, suçun unsurlarına etkisi bakımından, tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ikili sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmanın temelinde de hukuki menfaate ilişkin yaklaşımlar yer almaktadır. Kişi özerkliğinin bir yansıması olarak kendi kaderini tayin hakkına sahip olan ilgilinin, rıza gösterip göstermeyeceği saptanmadan; tıbbi müdahalenin kişiye uygulanması mümkün değildir. İlgilinin aydınlatılmış rızasının fiile etkisi, ancak şartları gerçekleşmiş bir tıbbi müdahalenin varlığı durumunda tartışılabilir. Öte yandan tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından da ilgilinin rızası farklılık arz etmektedir. Bazı özel tıbbi müdahaleleri düzenleyen TCK'nın 90, 91, 99, 101 maddelerinde de ilgilinin rızası suçun tanımında yer almaktadır. Suç tipinde ayrıca rızanın yer aldığı durumlarda, ilgilinin rızasının hukuki niteliği tipikliği kaldıran rıza olarak ele alınacaktır. TCK m.26/2 bakımından ilgilinin rızası, gerekçeden de anlaşıldığı üzere- kanun koyucunun takdiri olarak hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesi sebebiyle-; tipiklikte yer almamakla birlikte, hukuki menfaatin taşıyıcısının rızası hukuken geçerli kabul edildiği suç tipleri söz konusu ise, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olarak ele alınacaktır. Öte yandan bazı özel tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde, ilgilinin rıza açıklamasının yanında bazı şartlar kanuni olarak aranmaktadır. Bu şartların, düalist hukuki menfaatin yansıması olarak, kanun koyucu tarafından madde metninde düzenlendiği anlaşılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İlgilinin Rızası, Tıbbi Müdahale, İnsan Üzerinde Deney, Tipikliği Kaldıran Rıza, Hukuka Aykırılığı Kaldıran Rıza

## **ABSTRACT**

### **THE CONSENT OF THE PERSON CONCERNED IN THE CONTEXT OF MEDICAL INTERVATION AND EXPERIMENT ON HUMAN**

**Ezgi CANKURT**

The consent of the person concerned, in terms of effect on elements of crime, is subject to two classifications as element excluding consent and justifying consent. At the core of this classification are approaches related to legal value. As a reflection of people's autonomy regarding who has the right to self-determination, whether or not to show consent; it is not possible to apply medical intervention to the person. The informed consent of the person concerned can only be discussed in the presence of a medical intervention whose conditions are fulfilled. However, there is a difference in the interest of medical intervention and human experimentation and experimentation. In Articles 90, 91, 99, 101 of the TPC, in which the consent included in the definition of a crime, regulates some special medical interventions. Also in the case where the consent of the type of crime, the legal nature of the consent shall be regarded as element excluding consent. The consent of the person concerned according to the Article 26/2 of the TPC, as understood from the grounds of law- because the lawmaker is regulated the consent as a justification; although not included in the typicality, in the case of crime types for which the legal value of the bearer is accepted as legitimate, will be discussed as element excluding consent. On the other hand, both in special medical interventions and in experiments and trials on human, besides the disclosure of consent of the person concerned's, some conditions are legally sought. It is understood that these conditions, as a reflection of dualistic legal value, are regulated by the legislator in the text of the article.

**Key Words:** The consent of the person concerned, Medical intervention, Experiment on human, Element excluding consent, Justifying consent

## ÖNSÖZ

“Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası” başlıklı çalışmamız özellikle tıp etiği ve bu alandaki temel hak ve özgürlükler ile de yakından ilişkilidir. Tezimizin konusunu oluşturan ilgilinin rızası kavramı, Ceza Hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Kişi özerkliğinin bir yansıması olarak kendi geleceği üzerinde bizzat belirleme hakkına sahip olan ilgilinin rıza gösterip göstermeyeceği saptanmadan böyle bir tıbbi müdahalede bulunmanın mümkün olup olmadığına dair değerlendirme yapmamız zorunlu olduğundan, öncelikle ilgilinin rızasının şartları ile bununla bağlantılı temel haklar ve ilkelere yer verilmiştir. Türk Ceza Hukuku açısından ilgilinin rızası, kişilerin özgürlüklerine ilişkin müdahaleleri hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebi olarak yer almaktadır. Ancak ilgilinin rızasının suçun unsurlarına etkisi bakımından da farklı değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu nedenle tek başına ilgilinin rızasının tıbbi müdahale teşkil eden filleri hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği mevhumunun da tezimizde tartışılması zorunluydu.

Tıbbi müdahaleler ve insan üzerinde deney-denemeler bakımından ilgilinin rızası, mukayeseli hukuk bakımından da sıklıkla ele alınmaktadır. Bu konulardaki güncel doktriner tartışmaların da ülkemiz bakımından da önemli olduğu kanaatinde olduğumuzdan, ilgilinin rızasına ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemelerin de irdelenmesi gerekmiştir. çalışmamıza yönelik olarak Türk ve mukayeseli hukuktaki doktrininde öne çıkan görüşler aktarılmaya çalışılmıştır. Bu hususta Freiburg Max Planck Enstitüsü ve Göttingen Georg-August- Üniversitesi Kütüphanelerinde araştırdığımız yabancı kaynaklar da değerlendirilip yorumlanmıştır.

Konunun belirlenmesi de dahil, en başından sonuna kadar çalışmamızın hazırlanmasında; bilgisini ve tecrübesini benden esirgemeyen ve kısıtlı vaktini bana ayırmaktan hiçbir zaman çekinmeyen, her zaman desteğini hissettiğim değerli hocam ve doktora babam olmasından onur duyduğum sayın Prof. Dr. Adem Sözüer’e bana olan emeği ve yardımları için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Tezimin hazırlanmasında her zaman bana vakit ayırdıkları, eleştiri ve görüşlerini benden esirgemedikleri ve sabırları için tez izleme komite üyesi olan değerli Hocalarım Prof. Dr. Mahmut Koca'ya ve Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun'a çok teşekkür ederim. Ayrıca her zaman desteklerini hissettiğim sayın hocalarım Yrd. Doç. Dr. Serdar Talas'a, Yrd. Doç. Dr. Tuba Topçuoğlu'na ve Yrd.Doç.Dr. Abdullah Batuhan Baytaz'a teşekkür ederim.

Araştırma sürecimin Almanya'da bulunduğum kısmında değerli görüşlerini benimle paylaşan sayın Prof.Dr. Albin Eser'e, gösterdikleri destek için Prof.Dr.Silvia Tellenbach'a ve Dr. Johanna Rinceanu'ya, Göttingen Georg-August- Üniversitesi kütüphanesinden faydalanmamı sağlayan Prof. Dr. Gunnar Duttge'ye ayrı ayrı teşekkür ederim.

Bununla birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum, bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım sayın hocalarım Prof.Dr.Erol Cihan ve Prof. Dr. Ersan Şen ile geçmiş yıllarda birlikte çalışma fırsatı bulduğum sayın hocalarım Prof.Dr. Mehmet Emin Artuk ile Prof.Dr. Hamide Zafer'e desteklerini benden esirgemedikleri, bana olan katkıları ve harcadıkları emekleri için teşekkürü borç bilirim.

Ezgi CANKURT  
İstanbul, 2018

## İÇİNDEKİLER

TIBBİ MÜDAHALE VE İNSAN ÜZERİNDE DENEY BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI .....	i
TEZ ONAY .....	ii
ÖZ .....	iii
ABSTRACT .....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR .....	xiv
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İLGİLİNİN RIZASI İLE BUNUNLA BAĞLANTILI TEMEL HAKLAR VE İLKELER

I. İlgilinin Rızası Kavramı .....	6
II. Tarihsel Gelişim.....	9
III. İlgilinin Rızasının Suç Genel Teorisindeki Konumu.....	13
A. Rızanın Hukuki Esasına Yönelik Öne Sürülen Teoriler.....	13
1. Genel Olarak .....	13
2. Hukuki İşlem Teorisi .....	14
3. Menfaaten Vazgeçme Teorisi .....	19
4. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi .....	20
5. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşleme Teorisi .....	22
6. Toplumsal Değerler Teorisi .....	23
7. Netice Teorisi.....	24
8. Değerlendirme .....	24
B. İlgilinin Rızasının Hukuki Niteliği .....	27
1. İlgilinin Rızasının Suçun Unsurlarına Etkisi .....	27
a. Genel Olarak .....	27
b. Tipiklik ve Hukuka Aykırılık Unsurlarının İlişkisi .....	29
c. İlgilinin Rızasının Tipiklik Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü .....	32
d. İlgilinin Rızasının Hem Tipiklik Unsuru Hem de Hukuka Aykırılık Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü.....	36
e. Görüşlere Yönelik Eleştiriler .....	39
f. Değerlendirme .....	41
2. İlgilinin Rızasının Hukuka Uygunluk Teorilerini Sınıflandıran Monist ve Çoğulcu Görüşler Açısından Değerlendirilmesi .....	47
3. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme.....	50
C. İlgilinin Rızasının (Hukuka Aykırılığı Kaldıran Rızanın) Koşulları .....	52
1. Genel Olarak .....	52

2.	Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunulabilen Hakkın Varlığı .....	55
3.	Rıza Gösterilen Fiilin Ahlak ve Adaba Aykırı Olmaması .....	61
4.	Rıza Açıklama Kapasitesi .....	64
5.	Rızanın Açıklanması .....	69
6.	Rızanın Sübjektif Unsuru .....	74
D.	Tipikliği Kaldıran Rıza .....	76
IV.	Mukayeseli Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahale İle İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Fiillerine İlgilinin Rızası .....	81
A.	Genel Olarak .....	81
B.	Ülkeler Bakımından Değerlendirme .....	82
1.	Kıta Avrupası (Almanya – Avusturya-Fransa –İspanya- İsviçre –İtalya-Yunanistan-)	82
2.	Anglo-Sakson (ABD, Kanada, İngiltere, Avustralya, Güney Afrika) ...	94
V.	İlgilinin Rızasının Dayanağını Oluşturan Evrensel İlkeler ve Bunlarla Bağlantılı Temel Haklar .....	101
A.	Genel Olarak .....	101
B.	Tıbbi Müdahale ile İnsan Üzerinde Deney ve Denemelerde İlgilinin Rızası İle Bağlantılı Temel Haklar .....	103
1.	Yaşam Hakkı .....	103
2.	İnsan Onuru .....	106
3.	Beden Bütünlüğü .....	112
4.	Sağlık Hakkı .....	113
5.	Bireyin Kendi Hakkında Karar Verebilmesi İlkesi ve Kişi Özerkliği ...	116
C.	Tıbbi Müdahale ve Deneyler Bağlamında İlgilinin Rızası İle Bağlantılı Temel Haklar .....	122
1.	Aydınlatılmış Onam İlkesi .....	122
2.	Güven İlkesi .....	123
3.	Hastaların Eşit ve Adil Muamele Görmesi .....	124
4.	Hastaya Olumlu Katkıda Bulunmak .....	125
5.	Hastaya Zarar Vermeme .....	127
D.	Değerlendirme .....	127

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALELERDE İLGİLİNİN RIZASI

I.	Genel Olarak .....	129
II.	Tıbbi Müdahale Kavramı .....	129
A.	Genel Olarak .....	129
B.	Tıbbi Müdahale .....	130
C.	Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği .....	132
1.	Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğuna Dair Görüşler .....	132

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliğini Tipiklik Bakımından Değerlendiren Teoriler.....	133
a. Tıbbi Müdahalelerin Tipik Olduğuna Dair Teori.....	133
b. Tıbbi Müdahalenin Tipikliğini Reddeden Görüşler.....	135
III. Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Şartları.....	137
A. Tıbbi Müdahalenin Uygulayıcısı Bakımından Şartları (Tıbbi Müdahalelere Rızanın Yöneleceği Kişi).....	137
1. Hekimler .....	137
2. Sağlık Mesleği Mensupları .....	141
3. Diğer Kişiler .....	143
B. Tıbbi Müdahalenin Amacı Bakımından Şartları.....	144
1. Genel Olarak .....	144
2. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde Düzenlenen Şartlar .....	144
a. Teşhis Amacıyla.....	144
b. Tedavi Amacıyla .....	145
c. Hastalıktan Korunmak Amacıyla ve Diğer Sebepler .....	145
C. Tıbbi Müdahalenin Sınırları Bakımından Rıza Açıklaması .....	149
1. Genel Olarak .....	149
2. Tıp Biliminin Prensipler ve Kaidelerine Uygun Olma .....	150
3. Gerekli Olma (Endikasyon).....	152
D. Tıbbi Müdahaleye Rıza Açıklayacak Kişi .....	154
1. Tıbbi Müdahale Uygulanacak Kişinin Hasta Olması .....	154
2. Hastanın Rızasının Olması.....	155
a. Genel Olarak .....	155
b. Hastanın Rıza Ehliyeti.....	156
c. Rıza Yetkinliği .....	164
d. Rızanın İrade Fesadı Hallerinden Yoksun Olması.....	166
E. Tıbbi Müdahaleye Aydınlatılmış Rızanın Açıklanması .....	168
1. Genel Olarak .....	168
2. Tarihi Gelişimi .....	172
3. Aydınlatma Kavramı.....	174
a. Genel Olarak .....	174
b. Aydınlatmanın Kapsamı.....	176
c. Aydınlatmanın Şekli .....	184
d. Aydınlatmanın Zamanı.....	186
e. Aydınlatılmış Onam .....	187
4. Aydınlatma Türleri .....	191

a. Terapötik Aydınlatma (güvenlik aydınlatması-tedaviye ait=Sicherheitsaufklärung-Therapeutische Aufklärung) .....	191
b. Hastanın kendi kaderini tayin hakkı kapsamında aydınlatma- karar-otonomi aydınlatması (Selbstbestimmungsaufklärung) .....	193
(1) Teşhis / Bilgilendirme Aydınlatması - Diagnoseaufklärung .....	194
(2) Uygulama Aydınlatması-Verlaufsaufklärung .....	195
(3) Tedavi Alternatifleri-Behandlungsalternativen .....	196
(4) Risk aydınlatması-Risikoäufklärung.....	197
c. Hekimin Otobiyografik Aydınlatması .....	199
d. İlaç Aydınlatması .....	200
e. Ekonomik Aydınlatma .....	201
5. Hastanın Rızasının Alınmamış Olmasının Hukuka Aykırılık Yaratmadığı Durumlar .....	202
a. Varsayılan Rıza .....	202
b. Acil Tıbbi Müdahale .....	207
c. Hipotetik Rıza .....	209
d. Katlanma Yükümlülüğü .....	211
e. Rızanın Aranmadığı Diğer Durumlar.....	217
6. Aydınlatılmış Red Kavramı (Tedaviyi Reddetme Hakkı) ve Tedaviyi Durdurma Hakkı.....	219
IV. Özellik Arz Eden Bazı Tıbbi Müdahaleler Ve İlgilinin Rızası.....	228
A. Genel Olarak .....	228
B. Üremeye Yönelik Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme .....	228
1. Kastrasyon ve Sterilizasyon (Kısırlaştırma) .....	228
2. Küretaj (Kürtaj-Gebeliğe Son Verme).....	234
3. Genital Muayene.....	247
4. Yapay dölllenme .....	248
5. Vekil annelik-surrogate mother .....	255
C. Cinsiyet Değişikliği .....	256
D. Estetik Operasyonlar Bakımından Değerlendirme .....	263
E. Ötenazi Bakımından Değerlendirme .....	266
F. Organ ve Doku Nakli Bakımından Değerlendirme .....	279
G. Diş Hekimleri Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme .....	293
H. Psikiyatrlar Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme .....	294
İ. Açlık Grevleri Bakımından Değerlendirme .....	299
J. Sünnet Bakımından Değerlendirme .....	307
K. Önemsiz Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme.....	310

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇU BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI

I.	Genel Olarak .....	313
II.	İlgili Kavramlar .....	316
A.	İnsan Üzerindeki Araştırmalar .....	316
1.	Klinik Araştırma .....	316
2.	İnsan Üzerinde Deney .....	317
3.	İnsan Üzerinde Deneme .....	319
B.	Klinik Araştırma Dönemleri .....	321
4.	Klinik öncesi .....	321
5.	Faz 0 .....	321
6.	Faz 1 .....	321
7.	Faz 2 .....	322
8.	Faz 3 .....	324
9.	Faz 4 .....	325
III.	İnsan Üzerinde Deney .....	326
A.	Tarihsel Gelişim .....	326
B.	İnsan Üzerinde Deney Yapılabilmesinin Şartları .....	329
1.	Genel Olarak .....	329
2.	İnsan Üzerinde Deney Fiiline Rızanın Yöneleceği Kişi .....	330
a.	Genel Olarak .....	330
b.	Araştırmacı .....	331
c.	Destekleyen .....	332
3.	İlgilinin Rıza Açıklayacağı Deney Fiillerinin Amacı .....	333
a.	Genel Olarak .....	333
b.	Yetişkinler Bakımından Değerlendirme .....	334
(1)	Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunun İnsan Üzerinde de Yapılmasının Gerekliliği .....	334
(2)	Amacın, Kişiye Yüklediği Külfet ve Kişinin Sağlığı Üzerindeki Tehlikeye Göre Ağırlığı .....	335
c.	Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar .....	338
(1)	Doğrudan ve Gerçek Yarar Ölçütü (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Bakımından) .....	338
(2)	Gereklilik Ölçütü (TCK Bakımından) .....	338
4.	İlgilinin Rıza Açıklayacağı Deney Fiillerinin Sınırı .....	339
a.	Yetişkinler Bakımından Aranılan Şartlar .....	339
(1)	Yetkili Kurul ve Makamlardan Gerekli İzin Alınmış Olması ..	339

(2) İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması .....	343
(3) İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Etki Bırakmaması .....	345
b. Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar.....	348
5. İnsan Üzerinde Deneye Gösterilecek Rızanın Özellikleri .....	349
a. Genel Olarak .....	349
b. Yetişkinler Bakımından Aranılan Şartlar .....	350
(1) Genel Olarak .....	350
(2) Deneyin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirilme .....	351
(3) Yazılılık .....	355
(4) Menfaat Teminine Olmaksızın Verilmesi.....	360
c. Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar.....	361
(1) Rıza Açıklayabilen Çocuklar Bakımından Değerlendirme .....	361
(2) Rıza Açıklayamayan Çocuklar Bakımından Değerlendirme.....	362
d. Gönüllüler Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar Bakımından Değerlendirme .....	363
(1) Genel Olarak .....	363
(2) Hükümlüler Bakımından Değerlendirme.....	364
(3) Gebeler Bakımından Değerlendirme .....	366
(4) Kısıtlılar Bakımından Değerlendirme.....	367
(5) Klinik Açısından Durumu Acil Kişiler Bakımından Değerlendirme .....	368
6. İnsan Üzerinde Deneyin Uygulanacağı Yer Bakımından Şartları.....	369
7. Gönüllünün Hukuken Geçerli Rızasının Bulunmamasının Sonuçları ...	370
IV. İnsan Üzerinde Deneme .....	372
A. Tarihsel Gelişim.....	372
B. İnsan Üzerinde Deneme Fiilleri Bakımından Rıza .....	373
1. Genel Olarak .....	373
2. İnsan Üzerinde Deneme Fiiline Rızanın Yöneleceği Kişi (Uzman Hekim veya Diş Hekimi Olma Şartı).....	374
C. İlgilinin Rıza Göstereceği İnsan Üzerinde Deneme Fiilin Amaçları ve Sınırları .....	376
1. Amaçları.....	376
a. Genel Olarak .....	376
b. İnsan Üzerinde Denemenin Tedavi Amaçlı Yapılması Şartı .....	376
c. Klasik Tıbbi Yöntemlerin Sonuçsuz Kalması Durumu .....	377
2. Sınırları .....	379

a.	Bilimsel Yöntemlere Uygun Olma.....	379
b.	Denemenin Hastane Ortamında Gerçekleştirilmiş Olması .....	379
D.	İnsan Üzerinde Deneme Fiiline Rıza Gösterecek Kişi .....	380
1.	Genel Olarak .....	380
2.	Kişinin Hasta Olması Şartı .....	381
3.	Kişinin Rıza Göstermiş Olması Şartı.....	382
a.	Genel Olarak .....	382
b.	Denemenin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirilmiş Olma Sonucunda Rıza Verilmeli.....	383
c.	Rıza Yazılı Olmalı.....	385
E.	Hastanın Geçerli Rızasının Bulunmamasına Bağlı Hukuki Sonuçlar.	385
V.	Özellik Arz Eden Bazı İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Fiilleri Bakımından Değerlendirme .....	388
A.	Genetik Bilimi Açısından Değerlendirmeler .....	388
B.	İlaç Deney ve Denemeleri.....	393
C.	Kök Hücre Deney ve Denemeleri.....	394
D.	Psikolojik Deney ve Denemeler .....	401
VI.	Tıbbi Müdahale İle İnsan Üzerinde Deney veya Deneme Fiillerine İlişkin Açıklanacak Rızanın Karşılaştırılması .....	403
<b>SONUÇ</b> .....		<b>408</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....		<b>421</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ</b> .....		<b>460</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>ACHRE</b>	: Advisory Committee on Human Radiation Experiments -İnsan Radyasyon Denemeleri Danışma Komitesi
<b>Ac P</b>	: Archiv für die civilistische Praxis
<b>Alm. CK</b>	: Alman Ceza Kanunu
<b>AT</b>	: Allgemeiner Teil
<b>Av. CK</b>	: Avusturya Ceza Kanunu
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof
<b>BGHSt</b>	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
<b>Biyo-tıp Sözleşmesi</b>	: Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
<b>BMKSHS</b>	: BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
<b>CEDAW</b>	: Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılık Sözleşmesi
<b>CGTİHK</b>	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
<b>CHD</b>	: Ceza Hukuku Dergisi
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>ÇHS</b>	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
<b>ÇKK</b>	: Çocuk Koruma Kanunu
<b>Ed.</b>	: Editör
<b>EÜHFD</b>	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>FPR</b>	: Familie, Partnerschaft Recht
<b>Fra. CK</b>	: Fransız Ceza Kanunu
<b>GA</b>	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
<b>GÜHFD</b>	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HKK</b>	: Hayvanları Koruma Kanunu

<b>HHY</b>	: Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>İBÜKAHY</b>	: İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik
<b>İHAM</b>	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
<b>İHAS</b>	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
<b>İHEB</b>	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
<b>İta. CK</b>	: İtalyan Ceza Kanunu
<b>İsp. CK</b>	: İspanyol Ceza Kanunu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>J Prof Nurs</b>	: Journal Of Professional Nursing
<b>JuS</b>	: Juristische Schulung
<b>KAHY</b>	: Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik
<b>m</b>	: Madde
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>MÜHF</b>	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>NPHK</b>	: 27.05.1983 tarihli 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
<b>NStZ</b>	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
<b>ODNK</b>	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun
<b>RCT</b>	: Random Controlled Treatment- Rastgele Kontrollü Deneyler
<b>RTSHYDİT</b>	: Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük
<b>SHTK</b>	: Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TCK</b>	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>TDN</b>	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
<b>UHK</b>	: Umumi Hıfzısihha Kanunu
<b>UNESCO</b>	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
<b>UNİCEF</b>	: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu

<b>WHO</b>	:	World Health Organisation
<b>Yun. CK</b>	:	Yunan Ceza Kanunu
<b>YÜHFD</b>	:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>ZStW</b>	:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## GİRİŞ

Tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri, kişilerin vücut bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilmektedirler. AY 'nin 13.maddesi “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” ve 17/2. maddesi “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*”<sup>1</sup> hükümlerini içermektedir. Bu hükümler uyarınca ilgilinin rızası, tıbbi müdahale ve insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından oldukça önemlidir.

Rıza kavramı, en basit tıbbi müdahaleden en ağırına kadar hekimin tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak yapılabilmesi şartlarının arasında yer almaktadır. Örneğin hastadan kan alınması durumunda dahi, vücuda iğne ile fiziki müdahale gerçekleşmiş olduğundan ilgilinin rızasının bulunması gerekmektedir<sup>2</sup>. Hasta, kan alınmasına belirli bir şeyin araştırılması için rıza gösteriyorsa, aynı kan ile başka bir hastalığın araştırılması durumunda, hasta aydınlatılırken devamında bu kandan çalışılacak husus ilgiliye aktarılmamışsa ve aynı kan üzerinde çalışma yapılırsa; bu durumda şartları varsa cezai sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>3</sup>. Kişi özerkliği/otonomisinin bir yansıması olarak, kendi geleceği üzerinde bizzat belirleme

---

<sup>1</sup> (Çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm> , 29.12.2014 .

<sup>2</sup> Aynı görüşte Özlem Yenerer Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, 1. Baskı, İstanbul, **Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006**, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları –MÜHF, 2007, s.85.

<sup>3</sup>“*Hastadan aldığınız kan, yapılması amaçlanan o bilimsel araştırma ya da teşhis, tedaviye yönelik ne ise onun için kullanacaksınız. Hasta buna rıza göstermiş. Onun dışında, hastanın rızası olmadan, onun kendi üzerinde tasarruf edebileceği, rıza gösterdiği bir konudan başka, sizin kendi menfaatleriniz veya başka amaçla, bilimsel amaçlarla da olsun tasarrufta bulunmanız gene mümkün değil.*” Bkz. Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.86.

hakkına sahip olan ilgilinin rıza gösterip göstermeyeceği saptanmadan tıbbi bir müdahalede bulunmak mümkün değildir.

Çalışma konumuzu yakından ilgilendiren “*ilgilinin rızası*”; Türk Ceza Hukuku açısından doktrindeki hakim görüşe göre kişilerin özgürlüklerine yapılan müdahaleleri hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK’ nin bir yeniliği olarak genel hükümlerde yer alan bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlense de, pek çok ülke hukukunda özel hükümler bünyesinde de düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Fakat tek başına ilgilinin rızası, inceleme konumuz olan tıbbi müdahaleler ve insan üzerinde deney/deneme teşkil eden fiilleri hukuka uygun hale getirmeyecektir<sup>5</sup>.

Bazı tıbbi müdahalelerde, bunların nitelikleri itibariyle ilgilinin rızasının varlığına ek olarak başka şartlar aranmaktadır. Kişi özerkliği bakımından sorun teşkil etmemesi için, aydınlatma kapsamını daha da geniş tutularak farklı düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızda da görüleceği üzere, birçok ülke hukuku bakımından tıbbi müdahalede ilgilinin rızasının varlığı vazgeçilmezdir. Hasta rıza vermedikçe, doktorun ister tıbbi ister cerrahi olsun tedaviye devam edebilmesi mümkün değildir<sup>6</sup>. Önemle belirtmelidir ki, aranan ek koşulların gerçekleşmemesi durumunda bu tip tıbbi müdahaleler hukuka aykırı sayılacaktır. Şöyle ki; genel anlamda bir tıbbi müdahalenin diğer şartları gerçekleştiğinde ilgilinin rızasının varlığı fiili hukuka uygun hale getirecek idiye de, özel tıbbi müdahaleler bakımından ilgilinin rızasının varlığı yeterli olmayacaktır.

---

<sup>4</sup> Birçok ülkede genel hükümlerde düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi olduğuna dair aksi düşünce için bkz. Ezgi Aygün Eşitli, “Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu ’ya Armağan**, C.I Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No:459, 2015, s.180; Detaylı açıklamalarımızı çalışmamızın Mukayeseli Hukuk Bakımından İlgilinin Rızası Kavramı başlığında aktaracağız.

<sup>5</sup> Ezgi Aygün Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.65.

<sup>6</sup> Sunila Sharma, **Law and the Doctor**, 1<sup>st</sup> Edition, Hyderabad, Paras Medical Publisher, 2005, s. 21.

İlgilinin rızası, suçun unsurlarına etkisi bakımından; tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ikiye ayrılmaktadır. Çünkü tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından ilgilinin rızası farklılık arz etmektedir. İnsan üzerinde deney ve denemeler ile genel anlamda tıbbi müdahalelerde aranan rızanın hukuki niteliği farklıdır. Çalışmamızda bu farklılara da değinilecektir.

Tıbbi müdahalelerin geçerlilik şartlarından birisi, güncel tıbbın seviyesinde geçerli addedilen bir müdahaleyi gerçekleştirmektir; fakat tıp biliminin gelişebilmesi de yeni araştırmaları zorunlu kılar<sup>7</sup>. Bu araştırmaları sıkı şartlara bağlı tutmak; devletin insanlar üzerindeki sorumluluğunun bir yansıması olarak kabul edilse de, bunların uygulanamaz hale getirilmemesi gerekir. Özellikle de insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde; yeni yöntemlerin tıbbi bir standardın kapsamına girmesi için çaba sarf edilmektedir<sup>8</sup>. Kanaatimizce, insan sağlığının korunması bakımından; devletler, insan üzerindeki araştırmalara izin vermelidir. Helsinki Bildirgesinin 5.maddesinde de belirtildiği üzere; “*tıp biliminin ilerlemesi insanlar üzerinde yapılan araştırmalara bağlıdır*”. Çünkü insan üzerinde bazı deney ve denemelerle varılan bilimsel ilerlemeler, insanlığın bütünlüğünün yararına gereklidir ve her ne kadar insan dışı ortamda da yapılsa hayvan üzerinde de yapılsa bazı deneylerin insan üzerinde yapılması zorunludur<sup>9</sup>.

İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin çerçevesinin çizilebilmesi için, tıbbi müdahale kavramı açıklanmalıdır. Tıbbi müdahaleler; yaygın uygulanan prensiplere göre, her hasta için bireyselleştirilerek uygulanırlar. Hekim, bir tıbbi müdahaleyi uygularken esasında tıbbi bir deneye başlamaktadır. Çünkü insan bedeni ne kadar

---

<sup>7</sup> “İster klinik araştırma, ister deney, ister deneme olsun, hepsinin ortak noktası, tıp alanında yeni olan bir hususun standart hale dönüşüp dönüşmeyeceğinin belirlenmesi çalışmasının yapılmasıdır.” Bkz. Hakan Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, **2.Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s.299; Bkz. M. Onursal Cın, “İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:2, Sonbahar 2004, s.168.

<sup>8</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s. 299.

<sup>9</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s. 473.

keşfedilirse keşfedilsin, hâlihazırda bilinmeyenlerle doludur. Fakat her tıbbi müdahalenin deney olduğunun kabul edilmesi; her uygulamanın hukuka uygun addedilmesine sebep olacaktır. Öte yandan sınırları belirsiz müdahalelere hukuken izin verilmeyeceği açıktır. Kişinin vücut dokunulmazlığı hakkı, anayasal düzeyde korunan bir insan hakkıdır ve buna müdahalenin de sınırı AY'nin 17. maddesinde açıkça belirtilmiştir. İnsan üzerinde tıbbi deney ve denemeler ile tıbbi müdahale ayrımı kullanılan metotlara ve araçlara bakılarak yapılabilir. Çünkü tıbbi müdahalede yeknesak bir uygulama varken; insan üzerinde tıbbi deney ve denemelerde belirsizlik arz eden bazı metotlar ve araçlar kullanılmaktadır<sup>10</sup>. TCK'nin 90. maddesinden önceki mevzuat değerlendirildiğinde, çelişkili ifadeler barındırdığını hatta bazı düzenlemeler sebebiyle adeta bu araştırmaların hiç yapılamayacağı sonucuna da varılabilmektedir. Ancak mevzuattaki değişiklik sonucunda hukuk düzenimiz sıkı şartlara bağlı tutularak, insan üzerinde deney ve deneme yapılabilmesine izin vermektedir.

Öte yandan Ceza Hukuku, hiçbir zaman negatif anlamda algılanabilecek ve birey özerkliğine saygı duymayan bir koruma sağlamayacaktır. Bunun aksine güvence sağlamak vasfı ve insan onuruna saygılı bir bakışla, korunan hakların evrensel niteliğine vurgu yapar. Çalışmamız da bu bakış açısıyla kaleme alınmıştır. Bu doğrultuda hedeflediğimiz amaç; ilgilinin rızası kavramının Ceza Hukuku açısından niteliğini açıklamak, daha sonra bu kavramın tıbbi müdahale ve insan üzerinde deney ve deneme bağlamında teknolojinin değişim hızıyla paralel olarak çeşitlenen güncel teorilerin de gerçekliğini ve gerekliliğini yadsımadan hukuki yansımalarını ortaya koymaktır.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde, ilgilinin rızasının şartları ve bununla bağlantılı temel haklar ve ilkelere yer verilecektir. Ayrıca bu bölümde ilgilinin rızasının Ceza Hukukundaki yerini hem

---

<sup>10</sup> Benzer görüşte bkz. Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, İstanbul Sermet Matbaası, 1972, s.159.

kavramın hukuki niteliğine yönelik tartişmalar ve hem de konunun esasına ilişkin çeşitli teoriler ele alınarak irdelenecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise tıbbi müdahale kavramını açıkladıktan sonra, ilgilinin rızasına yönelik olarak ‘‘aydınlatmış onam’’ kavramından bahsedeceğiz. Ayrıca zel bazı tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının hukuki yansımaları ayrıca değerlendirilecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise salt bilimsel ve tıbbi olmak üzere insan üzerinde deney ve tıbbi standardın dışına çıkılarak gerçekleştirilen insan üzerinde deneme kavramlarının hukuki nitelikleri belirtilecek, şartlarına değinilecek; bunun sonucunda da ilgilinin rızası kapsamında söz konusu kavramlar değerlendirilecektir. Ayrıca zel bazı insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde ilgilinin rızasının yansımaları da ayrıca değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde konuya ilişkin uygulamadaki ve doktrindeki problemleri noktalara çözüm nerisi getirilmeye çalışılacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İLGİLİNİN RIZASI İLE BUNUNLA BAĞLANTILI TEMEL HAKLAR VE İLKELER

#### I. İlgilinin Rızası Kavramı

Sözlükte rıza ; “*Razı olma, isteme, istek*”<sup>11</sup> demektir. Rıza, günlük dilde ise; *bir dilek veya başkasının talebine uymak* olarak kullanılmaktadır<sup>12</sup>. Ceza hukuku anlamında ise rıza göstermek, “*kişinin, kendi iradesi ile bir başkasının iradi davranışının örtüştüğünü açıklaması*” veya “*rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuki değere karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuki değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.*” olarak da tanımlanır<sup>13</sup>. Aslında rıza terim olarak açık bir kavramdır. Ancak teorik ve uygulamadaki sorunlar rıza açıklanabilecek alanlara ilişkindir.

Mukayeseli hukuk öğretilerinde genel olarak “mağdurun rızası” terimine de rastlanılmaktadır. Alman doktrininde de, tıbbi müdahalelerle sınırlı olmamak kaydıyla konuya dair çalışmalarda, rızaya ilişkin terim çeşitliliği görülmektedir<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> (Çevrimiçi) , [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54a11a77329c22.40701517](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54a11a77329c22.40701517) , 29.12.2014 .

<sup>12</sup> Peter-Rene Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, Köln Uni-Diss. 2008,Troisdorf, Duhme-Verlag, 2009, s.5.

<sup>13</sup> Richard Kessler; Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung; Berlin 1884,s.26’dan nakleden Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2012, dip not: 2 s.5.

<sup>14</sup> Örneğin; “*mağdurun rızası*” (die Einwilligung des Verletzten), “*yetkilinin- hak sahibinin rızası*” (die Einwilligung des Berechtigten), “*mağdurun rızası*” (die Einwilligung des Opfers), “*mağdurun onayı*” (die Zustimmung des Opfers), “*rıza*” ( die Einwilligung) veya “*izin*” (Einverständnis) terimlerinin de tercih edildiği görülmektedir. Terimler için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.11; kanaatimizce die Einwilligung des Verletzten terimi, TCK’da yer alan „*ilgilinin rızası*“ teriminin tam karşılığıdır. Bu nedenle çalışmamızda özellikle ilgilinin rızası terimini kullanmayı uygun bulmaktayız.

İlgilinin rızası, Türk Ceza Hukuku açısından yeni bir kavram olmakla birlikte; maddenin düzenlendiği hukuka uygunluk sebebi bakımından yerinde olup, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yeniliğidir. Öte yandan TCK m. 26/2’de yer alan “*ilgili*” terimi doktrinde geniş kapsamlı olması ve doktrindeki yerleşik olarak konuya dair ele alınan “*mağdur*” terimi yerine kullanılması ve hukuki niteliğinin bulunmaması sebebiyle eleştirilmektedir<sup>15</sup>. Hatta “*İlgili*” yerine “*hukuki değer sahibi*” teriminin<sup>16</sup> yahut “*hak sahibi*” teriminin kullanılması gerektiği de savunulmaktadır<sup>17</sup>. Öte yandan doktrinde ilgili teriminin kullanılmasını da savunanlar mevcuttur<sup>18</sup>.

Öncelikle “*mağdurun rızası*” kavramının yerine, ilgilinin rızası kavramının kullanılması yerindedir. Çünkü gerekçede de belirtildiği üzere<sup>19</sup>, “*Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur.*” Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere rızanın fiilin işlenmesinden sonra ortaya konulmasının ceza sorumluluğuna bir etkisi olmayacaktır. Bu halde ceza sorumluluğunun olacağı tartışmasızdır. Gerekçede haklı olarak, “*Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, “mağdur” yerine “ilgili” veya “kişi” kelimesi tercih edilmiştir.*” denilmektedir. Söz konusu eleştiriler, alışlagelmiş terimde değişikliğe gidilmesi açısından ve hukuka uygunluğun ancak gerçekleştirilecek bir muhakeme sonucunda saptanabileceği noktalarında toplanmaktadır<sup>20</sup>. Esasında mağdurun

---

<sup>15</sup> Eleştiriler için bkz. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Y.1, S.1, 2006, s.64-65; Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, **Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.344.

<sup>16</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.11.

<sup>17</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005, s.55.

<sup>18</sup> Açıklanan rıza, gerçekleştirilen fiili en başından itibaren hukuka uygun kılacağı gerekçesiyle, gerçekte ortada bir suç bulunmaması sebebiyle mağduriyetin de bulunamayacağı için; ilgilinin rızası teriminin tercih edilmesinin yerinde olduğu görüşü için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s.432.

<sup>19</sup> Bakınız madde gerekçesi.

<sup>20</sup> Köksal Bayraktar, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, 2002, s.20; Zeki Hafizoğulları, “Hukuka Uygunluk Nedenleri”, (Çevrimiçi), <http://www.abchukuk.com> , 29.12.2014 ; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2015, s.227.

varlığından bahsederek, zaten suçun unsurlarının tamamlandığını yargılama yapmadan kabul etmiş olmaktadır. Hukuka uygunluğu kaldıran rıza bakımından, rıza açıklanması fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Bu etki de fiilin gerçekleştirilmeye başlandığı andan itibaren doğmaktadır<sup>21</sup>. Bu nedenle mağdur yerine ilgili teriminin kullanılması kanaatimizce de yerinde olmuştur.

İlgilinin rızası kavramı, *“hukuki değer sahibinin dışında başka biri tarafından”* açıklanabilme ihtimali olan durumları da kapsamaktadır. Hukuki menfaat taşıyıcısı kişinin, rıza açıklayamayacağı durumlarda rıza açıklamasında bulunan kişi ile hukuki menfaatin taşıyıcısı birbirinden farklı kişiler olabilir. *“Örneğin, yapılması zorunlu tıbbi bir müdahaleye akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle, rıza gösteremeyecek durumda olan kişilerin yerine, onların yararına olmak kaydıyla kanuni temsilcileri rıza gösterebilir. Kanuni temsilci burada, doğrudan doğruya tıbbi müdahalenin konusu olan hukuki değer sahibi değildir, ancak bu hukuki değer sahibi ile temsilcilik ilişkisi içinde olan kişidir.”*. Bu hallerde rıza açıklayacak kişi ile rızanın etkileneceği hakkın sahibi; örneğin ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçüğe gerçekleştirilecek tıbbi müdahalede mutlaka rızayı açıklayacak olan küçüğün anne ve babasının olduğu durumlarda olduğu gibi farklı kişiler olabilir. Kanaatimizce sadece suçla korunan hukuki menfaatten doğrudan doğruya etkilenecek kişilerin değil, bunların dışındaki kişilerce de rızanın açıklanabilmesi; ilgili teriminin kullanılmasının olumlu bir sonucudur<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.432.

<sup>22</sup> Yener Ünver, *“Türk Tıp Hukukunda Rıza”*, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3, S.2, İstanbul, 2006, s. 234; ayrıca doktrinde başka bir yazar, kavramın kullanılış nedenini kanun koyucunun kanuni temsilciye dair madde metninde bir açıklama yapmadığı için eleştirmektedir. Hak sahibi kavramının madde metninde kullanılması sebebiyle savını gerekçelendirmektedir. İlgilinin rızası” teriminin, “hukuki değer sahibinin rızası” ve maddede geçen “hak” teriminin de “hukuki değer” olarak değiştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.10-11; Hukuki menfaat taşıyıcısı ve hukuki menfaat sahibi kavramlarının kullanımına dair tercih, hukuki menfaate ilişkin görüşlere göre değişecektir. Hukuki menfaat taşıyıcısı birey olsa da, bu hukuka ait bir menfaat olarak kabul edilirse, her durumda devlet hak sahibi olacaktır. Öte yandan hukuki menfaat sahibi olarak sadece birey kabul edilirse, bu durumda da bireyin hukuki menfaat taşıyıcısı olduğu veya devletin hukuki menfaat taşıyıcısı olduğu biçiminde ikili ayırım yapılabilecektir. (Yazar hukuki değer ibaresi kullanmaktadır. Bizim tercihimiz hukuki menfaat kullanımı şeklindedir. Bunun gerekçesi olarak da, menfaat teriminin daha kapsayıcı olmasını gösterebiliriz.) Bkz. Yener Ünver, **Ceza**

Rıza gösterecek ilgili hukuki menfaatin sahibi olmalı ve ilgilinin rızasının da suç tipi bakımından işlevi bulunmalıdır<sup>23</sup>. Madde gerekçesinde, mağdur kelimesi yerine ilgilinin rızasının kullanılmasının kanun koyucu tarafından tercih edildiği belirtilmiştir. Söz konusu tercih sonucunda; ortada bir hukuka uygunluk sebebi varsa suçun diğer unsurları tamamlanmış olsa dahi hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecektir. Bu tercih de oldukça yerinde olmuştur<sup>24</sup>. Kanun koyucunun madde gerekçelerinde bütün istisnai durumları açıklamaları mümkün olmadığı gibi, kanun yapma tekniği bakımından da gerekçelerin şerhler gibi istisnai durumlara dair açıklamaları kapsamaları mümkün değildir. Kaldı ki; kanun koyucunun gerekçesi metne dahil değildir. Hukuk hızlı ilerleyen bir yapıdır, ve değişik durumlara uygulanabilir kanun maddelerinin yapılabilmesi önemlidir. Kanaatimizce ilgili terimi istisnai durumlara dair, yaşanabilecek tereddütlerin giderilmesi hususunda başarılı oluyor ise terim yerindedir<sup>25</sup>.

## II. Tarihsel Gelişim

Roma hukukunda tıbbi müdahaleler ile yakından bağlantılı olan yaralama suçu; kapsamı ve tamamlanma zamanı bakımından belirsizlikler içermekteydi<sup>26</sup>. Temelde kasıtlı fiziksel ve zihinsel kötü muameleler, *injuria* adlı medeni hukuk kavramı altında ele alınmıştır. Bu kavramın hukuki etkisi olarak; açıkladığı rızası sonucunda mağdur, yasadışı içeriği önemsemediğini belirtmektedir<sup>27</sup>. Eski

---

**Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.488-489.

<sup>23</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler**6, s.345.

<sup>24</sup> Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s.327; Fakat doktrinde bu husus TCK'nin 26. Maddesinin gerekçesinin mağdurun rızası teriminin kullanılmamasını açıklamakta fakat neden ilgilinin rızası teriminin kullanıldığını açıklamadığı hususunda eleştirilmektedir. Bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.9.

<sup>25</sup> “Kanun koyucunun, “mağdurun rızası” yerine “ilgilinin rızası” demeyi tercih etmesinin nedeni bu gibi istisnai durumları da dikkate almak olsaydı, “ilgili” kelimesi hak sahibi dışındakileri de kapsayan bir kelime olduğu için yerinde olurdu.” Eleştiri için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.10-11.

<sup>26</sup> Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Besonderer Teil**, 5.Auflage, Karlsruhe, Verlag CF Müller, 1969, §8 I 1.

<sup>27</sup> Maurach, **BT**<sup>5</sup>, §8 I 1.

dönemlerden beri ilgilinin rızasının suç teşkil edip etmediği - Antik Çağdaki eserlerde dahi<sup>28</sup> - yer almaktadır. İlgilinin rızası terimi, Romalı hukukçu Ulpianus'un "*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*" ile ilişkilendirilmektedir<sup>29</sup> ve "*volenti non fit iniuria*" gibi yaygın bir ifade ile ele alınmaktadır<sup>30</sup>. Doktrinde esasında bu ifadenin, "*sapienter volenti non fit iniuria*" olması gerektiği de iddia edilmektedir. Çünkü hukuka aykırılığı ancak bilinçli olarak verilen rıza kaldırabilecektir<sup>31</sup>. İlgilinin rızası, günümüzde de Roma Hukuku gibi geniş bir uygulamaya sahip olmaya başlamıştır<sup>32</sup>. Özellikle tıbbi müdahaleler açısından, zaman içerisinde kişi özerkliği ve insan onuru kavramları ile birlikte daha fazla değere sahip olacaktır kanaatindeyiz.

Hammurabi Kanunlarında da m. 215-223 arasında hekimlere özgü düzenlemeler bulunmaktaydı. Bu düzenlemelerde hekimin gerçekleştirdiği cerrahi operasyonun başarılı olmasının da gerektiği, tek başına rızanın hekim fiilini hukuka uygun hale getirmediği görülmekteydi<sup>33</sup>.

İslam Hukuku bakımından ise rıza kavramı oldukça önem arz etmektedir. Şöyle ki; İslam hukukunda mağdura yahut onun kanuni temsilcisine suç işleyen

---

<sup>28</sup> Aristo, *Etica Nicomedica*, V, s.15 aktaran Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C.II, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, kn.736.

<sup>29</sup> Digest, Book 47, title 10, section 1/5 (Çevrimiçi), [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D47\\_Scott.htm#X](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D47_Scott.htm#X), 22.09.2017.

<sup>30</sup> Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 4.Auflage,München, Verlag C.H.Beck,2006, §13 kn.1; Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert, **Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 15.Auflage, Wien, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, 2016, E 1 5 54; Roma Hukukunda "nulla iniuria est,qua in volantem fiat" ilkesi sonucunda, ilgilinin rızasının varlığı bağlamında hukuka aykırılığın kaldırıcı etkisi benimsenmiştir. Roma hukukunda insanın kişiliğine yönelik sağlık, yaşam hakkı gibi hukuki menfaatler bakımından da rıza açıklanabiliyordu. Constitio Thereseniana (1768) 'in 3.maddesinin 16. Fıkrasında rıza açıklayan kimsenin bizzat cezalanırılacağı belirtilmiştir Bkz. Honig, s.1-4.

<sup>31</sup> Claudia Maria Schrafl, **Die strafrechtliche Problematik des kosmetischen Eingriffs**, 1.Auflage, Winterthur, Verlag Hans Schellenberg, 1958, s.54 dip not 21.

<sup>32</sup> Roma hukukundaki kadar geniş uygulamasının bulunmadığı yönünde karşı görüş için bkz. Ahmet Emrah Akyazan, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", **Ankara Barosu Dergisi** **2006/1**, s.89; Ayrıca bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1989, s.233.

<sup>33</sup> Fethi Gedikli, "Osmanlı hukukunda hekim sorumluluğu ve XVII.yüzyılda ünlü bir fitık cerrahı", **Osmanlı Hukuku-Makaleler-**, 1.Baskı, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012, s.152-153.

kişiyi af yetkisi tanınmaktaydı<sup>34</sup>. Esasında günümüz hukukunda suçtan zarar görene karşılık gelen kişilere yahut mirasçılara yahut yasal temsilcilere tanınan “af” yahut “ibra” yetkisi şeklinde kendini göstermekteydi<sup>35</sup>.

Osmanlıda şeriyye sicilleri incelendiğinde tıp mesleğine ilişkin rıza kayıtlarına da rastlanmaktadır<sup>36</sup>. Kadılar tarafından tutulan bu sicillerde kişilere karşı işlenen suçlar da yer almakta olduğundan<sup>37</sup> ispat aracı bakımından da önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu sebeple Osmanlı Hukukunda, özellikle sözlü hatta yazılı olarak yapılsa dahi, bu irade beyanları yeterli kabul edilmemiştir. Söz konusu husus mahkeme huzuruna taşınmıştır<sup>38</sup>. Bu kayıtların tutulma sebebi, hekimin müdahalesinden sonra hastanın maruz kalabileceği yaralanma sonucunda tazminat sorumluluğundan hekimi uzak tutmaktır<sup>39</sup>. Bazı kaynaklarda *rıza senedi*<sup>40</sup>, bazılarında ise *rıza belgesi*<sup>41</sup> olarak adlandırılan bu onamlar, tıbbi müdahaleden önce şahitler huzurunda alınmaktaydı<sup>42</sup>. Hastanın bizzat kendisinin yahut varsa onun kanuni vasisinin rızası yoksa, hastaya tıbbi müdahalede bulunulmamaktadır<sup>43</sup>. Osmanlı hukukunda eğer hekim rıza ile “mutat usule göre” –kanaatimizce o dönemin güncel tıbbının vardığı seviyeye ulaşmış bir şekilde- fiilini gerçekleştirmiş ise; hekimin ceza sorumluluğu bulunmamaktaydı<sup>44</sup>. Görülmektedir ki; tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ilgilinin rızasının varlığının yanı sıra, hekim fiilinin de güncel tıbbın seviyesinde olması gerektiği aranmaktadır.

---

<sup>34</sup> Dönmezer/Erman, C.II, kn.736.

<sup>35</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.432.

<sup>36</sup> Alparslan Demir, “Konya Şer’iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)”, **History Studies, Prof. Dr. Enver Konukçu Armağanı**, 2012, s.32 (Çevrimiçi), [http://www.historystudies.net/Makaleler/1399492556\\_4-Alparslan%20Demir.pdf](http://www.historystudies.net/Makaleler/1399492556_4-Alparslan%20Demir.pdf), 22.05.2014 .

<sup>37</sup> Özen Tok, “Osmanlı Dönemi Hasta-Hekim İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)”, **Turkish Studies**, 3 / 4, 2008, s. 793 (Çevrimiçi), [http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/OSMANLI\\_DONEMI\\_HEKIM\\_HASTA\\_ILISKILERI.pdf](http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/OSMANLI_DONEMI_HEKIM_HASTA_ILISKILERI.pdf) , 22.05.2014 .

<sup>38</sup> Tok, s.794.

<sup>39</sup> Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010 s.17.

<sup>40</sup> Demir, “Konya Şer’iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)”, s.33.

<sup>41</sup> Metin, s.17.

<sup>42</sup> Demir, “Konya Şer’iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)”, s.33.

<sup>43</sup> Tok, s.803.

<sup>44</sup> Gedikli, s.153.

Osmanlı Devleti'nde genellikle gerçekleştirilecek cerrahi müdahale öncesinde rızanın yazılı olarak alındığı görülmektedir. Hekimin bilinen tıbbın seviyesine ulaşmış şekilde fiilini gerçekleştirmesi de gerekmektedir. Bu durumda tek başına rıza senedinin de yeterli olmadığı görülmektedir<sup>45</sup>. Bu da Osmanlı Hukukunda yaşam hakkına verilen önemin incelikli bir göstergesidir<sup>46</sup>. Ancak eklemek gerekir ki; İslam Hukukunun uygulandığı ülkeler bakımından bir suçun rızaya aykırı olarak gerçekleşmiş olmasının aranması şartının unsur olarak kabul edildiği suçlar bakımından ancak rıza cezalandırmanın önüne geçebilecektir. Diğer suç tipleri bakımından ise rızanın etkisi cezalandırmayı ortadan kaldırmaz<sup>47</sup>.

İlgilinin rızası mukayeseli hukukta da, tıbbi müdahaleler bakımından ön plana çıkmıştır. Örneğin Almanya İmparatorluk Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına göre; öldürme ve kasten yaralama fiillerinde, ilgilinin rızasının hukuka aykırılık bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Özellikle kasten yaralama için, 15.11.1880 kararıyla ilke haline gelmişti<sup>48</sup>. Hatta İmparatorluk Mahkemesi Ceza Dairesi, 1900-1920 arasında verilen kararlarda sadece Alm. CK m.216'da yer alan talep üzerine öldürme suçu açısından rızayı tartışmış ve yaralamaya rıza söz konusu olduğunda ise, bunun hukuka uygunluk yaratabileceği sürekli olarak reddedilmiştir. Hatta doktrinde bir görüşe göre, İmparatorluk Mahkemesi'nin talep üzerine öldürme suçu açısından kabul ettiği rıza kavramını, kasten yaralama suçunda gözardı etmesi tartışılması gereken bir sorundur<sup>49</sup>. O dönemlerdeki bir çalışmada, kasten yaralama fiilleri bakımından, eğer kişi *volenti non fit iniuria* ilkesinin uygulanmasını talep

---

<sup>45</sup> Hekimin sorumlu tutulabilmesi için rızanın bulunmaması yahut rızanın olması durumunda da "*te'addide bulunmuş olması*" yani yazar tarafından "*örf,adet,kanun ve kuralların sınırını aşma*" olarak tanımlanan teaddi teşkil eden fiilin olması gerekmektedir. Açıklamalar için ayrıca bkz. Gedikli, s.153; Günümüzde Alman Hukuku'nda yer alan "*gutensittenwidrigkeit*" (Ahlak ve adaba uygunluk) yahut etik standartlara uygunluk kriterine karşılık gelebilecek şartın, o yıllarda aranmasının dikkat çekici olduğu kanaatindeyiz.

<sup>46</sup> Tok, s.789; Demir, "Konya Şer'iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)", s.32.

<sup>47</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.432 dip not 1022.

<sup>48</sup> RGSt 2 Urt. V. 15.11.1880 tarihli karar bkz. Breithaupt, **Volenti non fit iniuria**, 1891, s.56.

<sup>49</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, s.64 ve s.64 dip not 501.

ederse bu Alm. CK m. 216' nin kapsamına giren fiilleri de kapsayabileceği ve bunun da ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacağı savunulmuştur<sup>50</sup>.

### III. İlgilinin Rızasının Suç Genel Teorisindeki Konumu

#### A. Rızanın Hukuki Esasına Yönelik Öne Sürülen Teoriler

##### 1. Genel Olarak

Rıza, hukuki niteliği bakımından doktrinde birçok tartışmaya sebep olmuş hala da tartışmaların devam ettiği bir kavramdır. Bir görüşe göre hukuki işlem olarak nitelendirip, kendi içerisinde özel hukuk yahut kamu hukukuna ait olduğuna dair ayrımlara gidilmiştir<sup>51</sup>. Bir görüşe göre de rıza bir haktan feragat anlamına gelmektedir. Bu feragat özel hukuktan farklı olarak geri alınabilmektedir<sup>52</sup>. Binding'e göre de ilgilinin rızası, "*ibra, hakkın temlik, feragat*" gibi çeşitli anlamlara gelebilir<sup>53</sup>. Haklarından mahrum kalmanın belirli genel koşullar altında bağlayıcı olduğu kabul edilen mağdur tarafın böyle bir izin yetkisinin varlığı, ceza normları tarafından tanınmaktadır<sup>54</sup>. Mağdur, haktan mahrum kalmak istediğini rızasını açıklayarak beyan etmektedir.

Bazen rıza kendi aleyhine suç işlemek anlamına da gelebilir. Kişi kendi aleyhine suç işlediğinde cezalandırılmadığından, rıza gösteren kişiye karşı işlenen suçun da cezalandırılmaması bu sebeplerdir<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Breithaupt, s.56.

<sup>51</sup> Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 21.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s.175.

<sup>52</sup> Dönmezer/Erman,C.II,kn.738c.

<sup>53</sup> Binding, Handbuchdes Strafrechts, Leipzig,1885,I,s.710 aktaran Dönmezer/Erman,C.II, kn.738a.

<sup>54</sup> Geerds, **ZtSW 1960 (72)**, s.43.

<sup>55</sup> Klee, "Selbsterletzung und Verletzung einen Einwilligenden", in **GA**, Cilt 48, s.181 aktaran Dönmezer/Erman, C.II, kn.738b.

## 2. Hukuki İşlem Teorisi

Hukuki işlem teorisi; medeni hukuktaki ilkeler dikkate alınarak, Zitelmann tarafından ortaya atılan bir teoridir. Bu teori, rızanın hukuki temelini hukuki işlem olarak değerlendirir. Kişi, özel hukuktan aldığı yetki ile bir hukuki işlem gerçekleştirir; hak sahibinin korunan hukuki menfaati ihlal edilse dahi, hak sahibinin gösterdiği rıza söz konusudur. Bu açıklama da fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Kişinin yaptığı hukuki işlem, hukuk düzeninin tamamı açısından hukuka uygun kabul edilecektir. Böylelikle bu teorinin ilgilinin rızasını hakkın kullanımı kapsamında ele aldığını görmekteyiz<sup>56</sup>.

Zitelmann'ın temellendirdiği “*hukuki işlem teorisi*” (Rechtsgeschäftstheorie) benimseyen yazarlara göre; rıza, bir özel hukuk işlemi olarak görülmelidir ve rıza bir başkasına geri alınabilir müdahale etme hakkı vermektedir<sup>57</sup>. Zitelmann esasında kendi teorisi bakımından ilgilinin rızasını bir anlamda *gönüllü beyannamesi* olarak nitelendirmiştir<sup>58</sup>. Doktrinde bu teoriyi eleştiren bir görüşe göre; rızanın hukuki işlem özelliği bulunmamaktadır. Özel hukuktaki rıza ile ceza hukukundaki rıza birbirinden farklıdır. Bir anlaşmanın unsuru olan rıza ile suç teşkil eden bir fiile rıza gösterilmesi farklı anlamlar içermekte ve farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkarmaktadır<sup>59</sup>. Oysa ki Zitelmann'a göre bu beyan esasında müdahalede bulunacak olan taraf lehine verilmiş bir yetkidir<sup>60</sup>. Bu sadece özel hukuk doktrini bakımından değil, ceza hukuku doktrini bakımından da takipçisi olan bir görüştür. Ayrıca bu teori yeni ceza hukuku doktrininde daha fazla taraftar bulmaktadır<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Alfred A. Göbel, **Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts**, Frankfurt am Main , New York, P. Lang, 1992, s.18; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınları, 2002, s.83-84; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.289-290.

<sup>57</sup> Göbel, s.68; Zitelmann, s.11.

<sup>58</sup> Stief, s.9.

<sup>59</sup> Oskar Holer, **Die Einwilligung des Verletzten**, Zürich, Schulthess&Co, 1906, s.80-81.

<sup>60</sup> Ernst Zitelmann, “Ausschluss der Wiederrechtlichkeit”, **AcP 99** (1906),s.55.

<sup>61</sup> Matthias Stief, **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht**, Berlin, Logos Verlag, 2012, s.9; Konuya dair bkz. Thomas Rönnau, **Willensmangel bei der Einwilligung im Strafrecht**, Tübingen,

Hukuki işlem teorisine göre; rıza, hukuk dünyasında özel hukuka ilişkin bir irade açıklaması ile eşdeğer olarak görülmektedir<sup>62</sup>. Söz konusu teoriye göre gerçekleştirilen fiile yönelik olarak bu açıklamayı yapacak olan kişi, tek taraflı irade beyanı ile her an bunu geri de alabilecektir. Hak doğurucu bir hukuki işlem olan rıza tamamen özel hukuk alanındaki rıza açıklaması ile eş değerlendirilmektedir<sup>63</sup>. Bu teori uyarınca hukuk bir bütündür. Özel hukuk için rızanın anlamı neyse, bu ceza hukuku bakımından da aynı değerde kabul edilmelidir<sup>64</sup>. Çok taraftar gören bu görüşe göre, özetle rızanın hukuki işlem olduğu kabul edilmiş ancak bunun özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı ait olduğu konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Özel hukuk bakımından hukuki işlem görüşüne göre, rıza özel hukuk bünyesinde bir hukuki işlemdir. İlgilinin rızasını beyan etmesi ile artık fiil hukuka uygundur ve ceza hukuku yaptırımını ile karşılaşmaz<sup>65</sup>.

Tanınan yetki sebebiyle, yetki doğuran hakkını kullanan kişinin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır<sup>66</sup>. Rızayı hukuki işlem olarak kabul edenler bakımından, rıza beyanının mutlaka taşınması gereken şartlarının da olduğu açıktır. Söz konusu şartlar bakımından irade açıklamasını yapacak olan kişi, bu açıklamanın muhatabı, zamanı ve içeriği gibi noktalarda özel hukuktaki hukuki işleme yönelik olarak belirlenen şartlarla bağlıdır<sup>67</sup>.

Söz konusu teori, ülkemizde de farklı bir bakış açısıyla taraftar bulmuştur. İlgilinin rızasının hukuki niteliği kamu hukukuna ait bir hukuki işlemdir ve kişilerin

---

Mohr Siebeck,2001, s.14; Doris Voll, **Die Einwilligung im Arztrecht**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 1996, s.42.

<sup>62</sup> Karl Albers, **Das Problem Der Einwilligung des Verletzten**, Dissertation Universität Köln, 1935, s.3.

<sup>63</sup> Albers, s.3; Wolfgang Rosener, **Die Einwilligung in Heileingriffe, Ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre**, Berlin, Dissertation-Freien Universität-Berlin, 1965, s.21, 23.

<sup>64</sup> Rosener,s.13.

<sup>65</sup> Dönmezer/Erman,C.II, kn.740.

<sup>66</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**,s.32-34.

<sup>67</sup> Albers, s.3.

kendilerine ait hukuki menfaatlerin korunması da kabul edilebilir. Kişi kendisine ait hukuki menfaatleri korumasız bıraktığında buna yönelik olarak da fiili gerçekleştiren kişiyi cezalandırmamız mümkün olmayacaktır. İlgilinin, ceza hukukunun sonuç bağladığı rızasını açıkladıktan sonra artık gerçekleşen fiil, kamu hukukunun bünyesinde değerlendirilecek bir hukuki işlem sebebiyle hukuka uygun kabul edilecektir. Kamu hukuku bakımından hukuki işlem görüşüne göre ise, rıza açıklayan kişi hakkını korumak istememektedir ve bu sebeple de *“Ceza Kanununun çözümlenmek istediği yararlar uyumsuzluğun bir hukuki işlem ile, esasen ortadan kaldırılmasından ibarettir fakat bu hukuki işlem, ayrı bir takım nitelik ve şartları gerekli kıldığından, özel hukukta görülenlerden tamamiyle farklı, kamusal ve cezai bir nitelik taşımaktadır<sup>68</sup>”*.

Doktrinde Honig bu teoriyi, Ceza Hukuku bünyesinde hak doğurmayan rıza kurumunun da olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir<sup>69</sup>. Dönmezer/Erman’a göre ise ilgilinin rızası üzerine gerçekleştirilen fiilleri her suç tipi bakımından aynı değerde görmek mümkün değildir. Ayrıca yazarlara göre ilgilinin rızası hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirmek gerekliliği mevcuttur. Asıl sorun ehliyetsiz kişiler bakımından kendini göstermektedir. Hukuki işlem yapamayanların açıkladığı rızaya hukuken anlam yüklemek mümkün olmayacaktır. Eğer Ceza Hukuku bakımından sonuç teşkil eden durumlar varsa –yani hukuki işlem teşkil ediyorsa – o zaman hukuka aykırılığı kaldırmaktadır<sup>70</sup>.

Bu teori bakımından hareketi gerçekleştiren kişi, subjektif bir hakka yönelik olarak hakkını kullanmaktadır. Fakat Ceza Hukuku açısından bu durumu değerlendirdiğimizde Özel Hukuk’ta yer alan hukuki işlem ehliyetinin de kişiye bir hakka yönelik hareket etmesine imkan verdiğini görmekteyiz. Ancak burada en çarpıcı ayırım söz konusu teorinin ilgilinin rızasına değil, hakkın icrası hukuka

---

<sup>68</sup> Dönmezer/Erman,C.II,kn. 740 ve740b.

<sup>69</sup> Honig, s.158-164.

<sup>70</sup> Dönmezer/Erman,C.II, kn.743.

uygunluk sebebine yaklaştığını görmekteyiz. Çünkü hakkın icrası bakımından failin kullandığı hakkın belirli yasal düzenlemelerden kaynaklanması gerekmektedir<sup>71</sup>.

Ayrıca bir başka eleştiri de, özel hukuktaki bir kavramın ceza hukuku bünyesinde bambaşka hukuki etkileri olan bir kurumla aynı değerde görüldüğü içindir. Rıza, eskiden beri hukukta yer almıştır. Fakat hukuki işlem için rızanın şartları ile hukuka uygunluk sebebi olan rızanın şartları birbirinden farklıdır. Çünkü özel hukukta hukuki işlem ortaya koymaya yetki veren rıza, sadece iki taraf arasında bağlayıcıdır. 3.kişinin ileri sürebileceği bir yetki vermez<sup>72</sup>. Ceza Hukuku bakımından ilgilinin rızası ise, özel hukuktaki gibi belirli şartları içermese dahi hukuka uygunluk sebebi olarak varlığını sürdürecektir<sup>73</sup>.

Hukuki işlemler hukuk düzeninde değişiklik yaratırlar. Ceza Hukuku bakımından ise ilgilinin rızasına bir sonuç bağlanması durumunda, mutlaka böyle bir değişikliğin yaratılmasına ihtiyaç yoktur<sup>74</sup>. Hukuki işlemi doğuran rızaya yönelik irade beyanı sebebiyle, rızayı açıklayan kişi de bir yükümlülük altına girmektedir. Oysaki Ceza Hukuku bakımından ilgili rıza açıklaması ile bir yükümlülük altına girmemektedir<sup>75</sup>. Genel ahlak ve adaba yönelik olarak yapılan hukuki işlemler geçersiz addedilirler, oysaki Ceza Hukuku bakımından bu etki kesin değildir<sup>76</sup>.

Konuya ilişkin aktardığımız görüşler her ne kadar doğru saptamalar getirselere de, kanaatimizce bazı yönleriyle de eleştiriyi hak etmektedir. Öncelikle özel hukuk bakımından rızanın 3. kişileri bağlamadığı açıktır. Aksinin kabulü hukuki işlemin hukuki niteliği ile bağdaşmaz. Ceza Hukuku bakımından ise ilgilinin rızası, ceza

---

<sup>71</sup> Benzer düşünceler için bkz.Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**,s.32; Hakkın icrasına yönelik olarak detaylı bilgiler için bkz. Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010, s.17 vd.; Faruk Erem," Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması", **AÜHFD** C.41,S. 1-4,1989-1990,s.6.

<sup>72</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.32.

<sup>73</sup> Friedrich Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, Kiel, Christian-Albrechts-Universität Inagrua- Dissertation, 1953,s.43.

<sup>74</sup> Honig,s.158.

<sup>75</sup> Roxin, **AT I**, §13 kn.71; Honig, s.158.

<sup>76</sup> Önder, **Genel Hükümler Cilt II**, s.210.

sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. İlgilinin rızası hukuk düzeninde Ceza Hukuku bakımından da değişiklik yaratır. Ceza Hukuku bakımından ilgilinin rızasının kişiye bir yükümlülük yüklediği de haklı bir eleştiridir. Fakat Genel ahlak ve adaba aykırı olarak gerçekleştirilen fiillere yönelik olarak açıklanacak olan rıza Ceza Hukuku bakımından sonuç doğurmayacağı hem Türk hem de Alman Hukuku'nda yasal düzenlemelerle kabul edilmiştir. Söz konusu ayırım– bazen eleştiriyi de hak edecek kadar- kesin olarak çizilmiştir. Ayrıca Ceza Hukuku bakımından ilgilinin rızası kavramının içeriğinin tespiti, kişiliğin geliştirmesi hakkı-bireysel özerklik hakkı bakımından gerçekten önem arz etmektedir. Açıklanan rızanın içeriği tıbbi müdahalelerde ceza sorumluluğunun tespiti bakımından da mutlak surette önemlidir. Örneğin; bir tıbbi müdahaleye verilen rızanın içeriği o kadar önemlidir ki, hekimin rızaya rağmen rızanın içeriğine riayet etmeksizin fiili gerçekleştirmesi Ceza hukuku alanı bakımından da failin sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

Hukuki işlem teorisine yönelik başka bir eleştiri de, yaşam hakkı, beden bütünlüğü gibi hakların hukuki işleme konu edilemeyecek olmasıdır<sup>77</sup>. Ceza hukuku bakımından tıbbi müdahalelere rıza dışında, özel hukukta da tıbbi müdahaleler için rıza gerekmektedir. Bu şekilde bir eleştiri hukuki işlem teorisi açısından kanaatimizce eksik kalmaktadır.

Özel Hukuk ve Ceza Hukuku kuralları birbirinden farklı düzenlemeleri içermektedir. Hukuki işleme yönelik düzenlenen kurallar kurucudur, fakat ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk sebeplerine yönelik düzenlemeler ise düzenleyici olduğu gerekçesiyle söz konusu teori eleştirilmektedir<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Steffen Odenwald, **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unterbesonderer Hervorhebung ärztlichen Handels**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2004, s.20; Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**,s.33-34.

<sup>78</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.34; Werner Neyen, **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht**, Dissertation Universität Trier,1991, s.8 vd.

### 3. Menfaatten Vazgeçme Teorisi

Bu teoriye göre<sup>79</sup>; kişi açıkladığı rıza ile hukuki menfaat taşıyan ve hukuk düzeni koruması altında bulunan menfaatini iradi olarak terk etmektedir<sup>80</sup>. Kişi bu teoriye göre üzerinde tasarruf edebileceği hak ve menfaatlerini terk ettiğinde, artık ceza hukuku bakımından hukuk düzeni bu hakları koruması mantıksız olacaktır. Genellikle bu görüşün taraftarları yaşam hakkı bakımından kişinin tasarruf yetkisini tanımazlar<sup>81</sup>. *Volenti non fit iniuria* (rıza gösterene karşı haksız fiil işlenmiş sayılmaz) kuralına göre; hukuk düzeni kişilerin menfaatlerini kendi rızaları hilafına korumaz<sup>82</sup>. Bireyin belirli koşullar sağlandığında, haklarından mahrum kalmasına rıza açıklaması hukuk sistemlerince kabul edilmektedir. Bunun dayanağı olarak “menfaat eksikliği” gösterilmektedir<sup>83</sup>. Rızayı tek taraflı hukuki muamele olarak kabul etmek de mümkün değildir. Kişi kendi menfaatlerine yönelik bir koruma istememiştir. Çünkü, rıza, esasında ilgilinin kendi menfaatlerine değer vermemesidir. Bu görüşe göre, “*Rızanın objektif olarak varlığı yeterdir.*”<sup>84</sup>

Menfaatten vazgeçme teorisi, yaşam hakkı ve beden bütünlüğünden vazgeçilmesi konusunda olumsuz bir bakış açısı sergilemesi ve bunların korunmasına toplumu oluşturan bireylerin veya devletin menfaati sebebiyle eleştirilmiştir. Çünkü bireylerin yaşam hakkı ve beden bütünlüğüne devlet de tutuklama, zorunlu aşı gibi

---

<sup>79</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.290; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 8.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s.318.

<sup>80</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.84; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.290; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoglu/ Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000,s.180.

<sup>81</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.35-36.

<sup>82</sup> Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**,16.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, §5 kn.430.

<sup>83</sup> Geerds, **ZtSW 1960 (72)**, s.43.

<sup>84</sup> Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007, s.243-245.

uygulamalarıyla zarar vermektedir. Bu sebeplerle de bu haklar üzerinde devletin menfaati olduğunu savunmak mümkün değildir<sup>85</sup>.

Doktrinde Toroslu/Toroslu'ya göre, “..bütün hukuka uygunluk nedenlerinde olduğu gibi, devletin bir ceza tehdidi ile müdahalesini haklı gösteren sosyal zararın bulunmayışı” ya da “cezalandırmaya ilişkin menfaatin yokluğu” gerekçeleri ilgilinin rızasının hukuki esasını açıklamaktadır. Ancak toplumdaki bireylerin tamamını ilgilendiren suçlar bakımından ilgilinin rızası fiilin “antisosyal karakterini” ortadan kaldırmayacaktır. İlgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği hallerin dar yorumlanması da doktrinde savunulmaktadır<sup>86</sup>.

#### 4. Hukuki Korumadan Vazgeçme Teorisi

Bu teoriye göre, kişi bilinçli bir şekilde bir başkasının müdahalesine izin veriyorsa artık hukuk düzeni o hukuki menfaati koruması için bir gerekçe kalmayacaktır<sup>87</sup>. Doktrinde ilgilinin rızasının yasal koruma sağladığı ve ayrıca kişinin kendi kaderini tayin hakkını meşrulaştırdığı da savunulmaktadır<sup>88</sup>. Kişinin hukuki menfaati varlığını sürdürür, fakat kişi sadece hukuki korumadan vazgeçmektedir<sup>89</sup>. Hak sahibinin, özerk olarak, sahip olduğu hakkını koruma talebinden vazgeçtiği durumda bariz bir hak ihlali söz konusudur, çünkü kanuni tanıma uygun fiile rağmen ortada hukuka aykırılık bulunmamaktadır<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Peter Noll, **Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe Im Besonderen Die Einwilligung Des Verletzten**, Basel, Verlag Für Recht Und Gesellschaft AG, 1955, s.78-79.

<sup>86</sup> Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.176, 180-181.

<sup>87</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.39vd.; Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, s.45; Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Berlin- Heidelberg, Springer-Verlag,2005, §6 kn 37; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9, kn. 23.

<sup>88</sup> Leckner/Sternberg-Lieben, in:Sch/Sch-StGB, 28. Auflage,vorbem 32ff rn 33; Lackner/Kühl, StGB, vor 32 rn 10; Haft,AT, s.73; Krey/Esser, AT, Rn.660;Wessels/Beulke, AT, rn.370; Amelung/Eymann, JUS,2001,937(939); Bichlmeier, JZ,1980, 53(54); Rouka,Selbstbestimmungsrecht,s.85 aktaran Stief, s.9 dip not 32.

<sup>89</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.180; Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler**<sup>6</sup>,s.314.

<sup>90</sup> Albin Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, Athenaum Verlag, 1.Auflage, Frankfurt, 1971, § 8 A 2.

Devletin hukuki menfaatleri korumaya yönelik olarak bozulan kamu barışını sağlama görevi mevcuttur<sup>91</sup>. Rıza, suçun tamamlanma anına dek açıklanmış olmalıdır. Şikayet hakkının kullanımında ise ancak şikayete tabi bir suç unsurları ile tamamlandıktan sonra söz konusu olabilecektir<sup>92</sup>. Rıza gösteren kişi, şikayete tabi suçlarda hukuki korumadan vazgeçmiştir fakat söz konusu teori resen takip edilebilen suçları açıklayamadığı için eleştirilmiştir<sup>93</sup>.

Doktrinde menfaatten vazgeçme teorisi başlığında ele alınan yazarlar<sup>94</sup>, rızayı bir hukuka uygunluk sebebi olarak görmemektedir. Çünkü rıza hukuki menfaat ihlaline ilişkin bir sorundur. Rıza açıklayan ilgili, kendi hukuki menfaatini hukuk düzeninde koruma hakkından vazgeçer. Bu görüşün etkisi ile, “hukuki menfaatten vazgeçme teorisi”nde Alman Ceza Hukukunda suç tipini ortadan kaldıran anlaşma (rıza) ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ikili bir ayırım bulunmaktadır<sup>95</sup>.

Bazı görüşlere göre ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Kişi rıza gösterdikten sonra artık Ceza Hukuku bakımından suç tipiyle korunan hukuki menfaat ihlal edilemeyecektir<sup>96</sup>. İlgilinin rıza gösterdiği fiiller Ceza hukukunun konusunu oluşturmazlar, çünkü kişilerin hukuki menfaat üzerindeki tasarruf yetkileri rızanın konusunu hangi dereceye kadar sınırlandırabileceği tartışılmıştır<sup>97</sup>. Kişinin tasarruf edebileceği hukuki menfaatleri hakkında açıkladığı rıza sebebiyle, fiil haksızlık teşkil etmez. Bu görüşe göre rıza suç tipine dair bir sorun olduğu için, rızanın hukuka aykırılığa yönelik tartışılması gereken bir kavram değildir<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.181.

<sup>92</sup> Philippe Weissenberger, **Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben**, Bern, Verlag Stampfli+CIE AG, 1996, s.44.

<sup>93</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.42.

<sup>94</sup> Maurach/Zipf, Strafrecht, s.225’de aktarılan liste nakleden Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, s.978.

<sup>95</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, s. 225, 978.

<sup>96</sup> Manfred Maiwald, **“Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht”**, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Ed. Albin Eser/Walter Perron, Freiburg,1991,s.168.

<sup>97</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**,s.979.

<sup>98</sup> Roxin, **AT I**, §13 kn.12.

Rıza açıklayan ilgilinin hukuki menfaatini koruma yönünde isteği bulunmamaktadır<sup>99</sup>. Kişi zaten bilerek, hukuki menfaatine, bir başkasının müdahalede bulunmasına izin vermektedir. Hukuk düzenince de; kişinin hukuki menfaati korunmayacaktır<sup>100</sup>. Bu teorinin doktrinde menfaatten korunma teorisi ile aynı olduğunu kabul eden yazarlar<sup>101</sup> vardır.

Doktrinde hukuki korumadan vazgeçme teorisi, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile de ilişkilendirilmektedir. Kaldı ki, bu hak insan onurunun hayata geçirilmesine ve korunmasına hizmet etmektedir<sup>102</sup>. Kişilerin sahip oldukları hukuki menfaatler üzerinde tasarruf yetkilerine yönelik olarak “rıza açıklama özgürlüğü” bulunduğu gerekçesiyle<sup>103</sup> teori bağdaştırılmaktadır.

## 5. Kişinin Kendi Aleyhine Suç İşleme Teorisi

Kişinin iradesi açıkladığı rızası bir fiilin gerçekleşmesine yönelik olup da, kişinin bunun aksine hukuk düzeni tarafından zorlanmamasını temel alan, *kişinin kendi aleyhine suç işleme teorisi*<sup>104</sup>, doktrinde “*Mağdurların bizzat kendisine karşı işledikleri Ceza Hukuku İhlalleri*” adlı eserde de açıklanmış ve buna göre, bireylerin kendilerine yönelik tipik fiiller ile 3.kişilerin, ilgililerin rıza açıklamasından sonra rıza açıklayanlara karşı gerçekleştirdikleri fiilleri aynı değerde görülmektedir<sup>105</sup>. Çünkü bir başkasının hukuki menfaatine yapılan saldırıya, saldırılan menfaatin

---

<sup>99</sup> Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, s.45vd.

<sup>100</sup> Gropp, **AT**, §6, kn.37,47; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9, kn. 23; Walter Gropp, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Ön tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler-Diskussionsbeiträge zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuchs**, Çev.Faruk Turhan, Konya, Selçuk Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.226.

<sup>101</sup> Rönnau, **Willensmangel bei der Einwilligung im Strafrecht**, s.15.

<sup>102</sup> Wolfgang Frisch, “Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht”, **Rechtfertigung und Entschuldigung IV**, Ed. Albin Eser/Haruo Nishihara, Freiburg, 1991, s.324.

<sup>103</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.290.

<sup>104</sup> Kessler, s.33,52,65-69 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 47-49.

<sup>105</sup> Görüş için detaylı açıklamalar için bkz. Rudolf Schmitt, “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor Sichselbst”, **FS-Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Karschule, 1972; diğer açıklamalar için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.48.

sahibinin rıza açıklaması sonucunda saldırgan menfaat sahibi kişi gibi tasarruf edebilme hakkına sahip olur<sup>106</sup>. Bu teoriye göre; rıza, “*kişinin isteği ile bir başkasının hareket iradesini uygun bulma beyanı*”dır<sup>107</sup>. Sonraları doktrinde konuyu ele alan Pfersdorff ve Holer ile bu tanım biraz daha değişmiştir. Bu yazarlar tarafından rıza, kişinin isteği ile bir başkasının iradi olarak gerçekleştirdiği hareketini engelleyebildiği bir beyan<sup>108</sup> olarak tanımlanmaya başlanmış ve Geerds tarafından eleştirilmiştir<sup>109</sup>. Öte yandan doktrinde vekilin tek başına hareket edemeyeceği gerekçesiyle de bu görüş eleştirilmiştir<sup>110</sup>.

## 6. Toplumsal Değerler Teorisi

Toplumsal Değerler Teorisi de rızanın hukuki esasını açıklamaya çalışan başka bir teoridir. Doktrinde hukuk politikası teorisi olarak adlandırılan ve liberal bir bakış açısına sahip olan bu teori, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ilkesine dayanır<sup>111</sup>. Bu teori bakımından önemli olan, kişinin rıza gösterdiği ve serbestçe tasarruf hakkını kullandığı hukuki menfaatlerin toplumsal menfaatlerden daha üstün olmaması gerektiğidir<sup>112</sup>. Söz konusu doktrin, Alman hukukunda baskın görüştür. Kişi özerkliğinin uzantısı olarak; bireylere, hakları yönünde değerlendirme hakkı sunulması bu görüşün esasları olarak görülebilir<sup>113</sup>.

---

<sup>106</sup> Kessler, s.68-69 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 42-43.

<sup>107</sup> “*Rıza, isteğimin başka birinin iradesine uygun olarak açıklanmasıdır.*” Kessler’in tanımını aktaran Hugo Oelze, **Die Einwilligung des Verletzten**, Leipzig Uni- Dissertation, Borna-Leipzig, Robert-Noske, 1914, s.64

<sup>108</sup> “*Rıza, başka birinin, ortaya konulurken değişiklik gösterebilen, iradi fiili ile gerçekleştirdiği bir anlaşmadır.*” şeklinde aktaran bkz. Oskar Holer, **Die Einwilligung des Verletzten**, Zürich,1906, s.80; Konuya dair açıklamalar için ayrıca bkz. Oelze, s.65.

<sup>109</sup> Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, s.43.

<sup>110</sup> Kessler, s.26-27 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 49.

<sup>111</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.283.

<sup>112</sup> İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.180; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.283.

<sup>113</sup> Noll, s.74-76; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver,s.180; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık,2014,s.354; Peter Noll, “*Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*”, **ZStW 77 (1965)**, s. 15’den aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, dip not:73 s.45; Heinz Zipf, **Einwilligung und**

Kişilerin yaşam haklarına yönelik rızaları bu teori bakımından reddedilirken, beden bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen önemsiz fiiller bakımından, kişilerin açıkladıkları rızaları kabul görmektedir. Söz konusu teori toplumsal değerler ile kişisel değerler arasında çatışma yaşandığında bunlardan hangisine öncelik verileceği sorununa yönelerek, bir çok açıdan kişinin rıza gösteremeyeceği alanları da belirlemeye çalışmaktadır<sup>114</sup>.

## 7. Netice Teorisi

Honig'e ait olan Netice Teorisi'ne göre; kişinin açıkladığı rıza ne hukuki işlem ne de hukuki fiildir. Sui generis bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple kişinin rıza açıklaması, sonucunda hukuk düzeninde netice yaratıyorsa etki doğuracaktır. Honig, rızanın hukuki niteliğinin çok çeşitli temelleri olduğunu ve hukuki korumayı kaldırdığı için hukuka aykırılığı da kaldırdığını savunur. Rızanın hukuki niteliği çok kapsamlıdır, ancak rıza hukuki işlem olarak kabul edilemez<sup>115</sup>. Çünkü özel hukuk bakımından feragat müessesesi, hak sahibinin hakkını kaybetmesini sonuçlar. Fakat Ceza Hukuku bakımından değerlendirdiğimizde rıza gösteren ilgilinin, rıza açıklaması sonrasında talep edebileceği dava hakkı söz konusu olmaz. Zaten fiili hukuka uygun hale getirmiş olur<sup>116</sup>.

## 8. Değerlendirme

İlgilinin rızası, kişinin kendi kaderini tayin hakkının bir uzantısıdır<sup>117</sup>. Birey, hukuki menfaatleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilirse ancak kişiliğini geliştirebilir. AY'nin Başlangıç hükümlerinin 6. Bendinde *“Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince*

---

**Risikoübernahme im Strafrecht**, Neuwied&Berlin, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 1970, s.32.

<sup>114</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.44-46; Weissenberger, s.44.

<sup>115</sup> Richard Honig, **Die Einwilligung des Verletzten**, Teil I, Mannheim, Berlin, Leipzig, J.Bensheimer, 1919, s.144, 165 dipnot 103, 140-144-158.

<sup>116</sup> Dönmezer/Erman, C.II, kn.739.

<sup>117</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.52.

*yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” vurgulanmaktadır.*

Kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı olarak da adlandırılan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, AY m. 17/2 uyarınca koruma altındadır<sup>118</sup> ve iç hukukumuz bakımından Anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri nazara alınarak değerlendirilmesi gereken bir hükümdür. Ulusal mevzuatımız bakımından tıbbi müdahalenin veyahut insan üzerinde deney veya denemenin ilgilinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda, uygulanabilecek maddelerin korunan hukuki menfaat bakımından Türk Ceza Kanununda yer verildiği bölüm Hayata Karşı Suçlar ve Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar iken; mukayeseli hukukta kişi özerkliğinin korunan hukuki menfaat olarak kabul edildiği benzer bir suçun Kişi Hürriyetine Karşı Suçlar arasında düzenlendiği de görülebilmektedir<sup>119</sup>. AY m. 17 uyarınca da herkesin kişiliğini özgürce geliştirme hakkı söz konusudur<sup>120</sup>. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı, anayasal bir haktır; ceza kanunları da anayasaya uygun olmak zorundadır. Bu nedenle söz konusu suç tiplerinin yer aldığı bölüm doğru tayin edilmiştir. Çünkü hukuki menfaat soyuttur, ancak buna dair hukuki koruma somut bir durumla ilişkilendirilir<sup>121</sup>. Rızayı açıklayacak hak sahibi, ilk etapta, hukuki menfaatlerini ihlal etmeyi sonuçlayan açıklaması ile ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır. Anayasal koruma altındaki davranış, buna dair uzlaşma ihlallerini de kapsayacak şekilde ele alınmıştır. Böylelikle rıza sonucunda, cezalandırılmayan

---

<sup>118</sup> Ömer Uğur Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.202.

<sup>119</sup> İleriki bölümlerde de detaylı inceleyeceğimiz üzere, bazı ülkelerde aydınlatılmış onama yönelik Ceza Kanununda özel hükümler yer almaktadır. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu’nun 3.Bölümünde Hürriyete Karşı Suçlar başlığında düzenlenen yetkisiz tıbbi müdahaleyi düzenleyen 110.maddesinde rızasız gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi yaptırma bağlamıştır; bazı ülkelerde de özel kanunlarda konuya ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemiz açısından 1219 sayılı kanun hükümleri ilerleyen bölümde değerlendirilecektir.

<sup>120</sup> Zafer,s.327; ayrıca detaylı bilgiler için bkz. Jos Dute, “Principles of The Convention on Human Rights and Biomedicine”, **Health Law, Human Rights and The Biomedicine Conventions**, Ed.JK M Gevers/EH Hondius/JH Hubbens, 1st Edition, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005,s.9vd.

<sup>121</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, s. 526; Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.54.

davranış ile failin özgürlük alanı da genişlemektedir<sup>122</sup>. Hakka sahip olmak esasında belirli bir statüye sahip olmak anlamına da geldiğinden; ilgilinin rızası, kişiye başka bir kişiye imtiyaz, güç veya bağışlama getirerek bu durumu tek taraflı değiştirme imkânı tanır<sup>123</sup>. Öte yandan Alman ceza hukuku literatüründe, kişi özerkliği önemli bir yere sahiptir. Ceza sorumluluğu bakımından rızanın önemli bir etkisi vardır. Bir suçtan dolayı zarar gören rızası ile hukuki menfaatin korunmasına artık ilgisiz olduğunu beyan etmektedir<sup>124</sup>.

Aslında ilgilinin rızasından kaynaklanan hukuki korumadan vazgeçme, bir anlamda ilgilinin kişisel bir hoşgörüsüne ilişkindir<sup>125</sup>. Hukuki korumadan vazgeçme teorisi kapsamında yapılan değerlendirmeleri desteklemekle birlikte, ilgilinin rızasını kişinin kendi kaderini tayin hakkından bağımsız ele alınmasını doğru bulmamaktayız. Özellikle de tıbbi müdahaleler bakımından, kişinin kendi kaderini tayin hakkının varlığı ve bununla birlikte ilgilinin rızası her geçen gün önemini arttırmaktadır. Çünkü *“Hastanın menfaatleri, onun erken ölümüne yol açacak şekilde sağlığına zarar verse bile, kendi kaderini tayin - kendi hayatını istediği şekilde yaşama, hakkından oluşmaktadır”*<sup>126</sup>. Bu bağlamda rızaya ilişkin teorilerin odağında kişinin kendi kaderini tayin hakkı bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

---

<sup>122</sup> Detlev Sternberg-Lieben, **Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht**, 1.Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, s.20.

<sup>123</sup> Vera Bergelson, “Consent to Harm”, **The Ethics of Consent: Theory and Practice**, Ed. Franklin Miller/Alan Wertheimer, 1st Edition, New York, Oxford University Press, 2010, s.168.

<sup>124</sup> Markus Dubber/Tatjana Hörnle, **Criminal Law: A Comparative Approach**, 1st Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, s.469.

<sup>125</sup> Geerds, **ZtSW 1960 (72)**, s.44.

<sup>126</sup> Re T 1992, 661 aktaran bkz. Kenneth Veitch, **The Jurisdiction of Medical Law**, Ed. Sheila A.M.McLean, Hampshire-Burlington, Ashgate Publishing Limited, 2007, s.79.

## B. İlgilinin Rızasının Hukuki Niteliği

### 1. İlgilinin Rızasının Suçun Unsurlarına Etkisi

#### a. Genel Olarak

İlgilinin rızasının suça etkisinin tespiti için, ilgilinin rızasının suçun unsurlarına yönelik etkisi bakımından değerlendirme yapılması gereklidir ve bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Öncelikle tipiklik ile hukuka aykırılık unsurlarının birbiriyle ilişkisi ele alınmalıdır, çünkü hukuka aykırılık unsuru, tipiklik içerisinde ele alınırsa, ilgilinin rızasının bulunmaması da tipikliğin olumsuz bir unsur olarak nitelendirilecektir<sup>127</sup>.

Öte yandan belirtmemiz gerekir ki; Türk Ceza Hukuku'nun da içerisinde bulunduğu Kıta Avrupası sistemine göre, suçun unsurları belirli bir sırayla incelenmektedir. Hukuka Aykırılık unsuru, önceleri suçun unsurları arasında ayrı bir başlıkta ele alınmazken, zaman içinde çeşitli dinamiklerin de etkisiyle suçun unsuru olarak kabul edilir hale gelmiştir. Benzer durum mukayeseli hukukta da görülmektedir. Genel kabüle göre, bir kişinin kendisine yüklenebilen bir fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için diğer unsurların yanı sıra, fiilin hukuka aykırı da olması gerekir<sup>128</sup>. Hukuka aykırılık ise, insandan kaynaklanan fiilin hukuk düzeni ile çatışması olarak tanımlanabilir<sup>129</sup>.

Öte yandan hukuki menfaatlerin ait olduğu hukuki kişiliklerin saptanması, ilgilinin rızası açısından önemlidir<sup>130</sup>. Çünkü hukuki menfaat anlayışına yönelik yaklaşımların özellikle Alman Hukukunda birçok farklı teoriye kaynaklık ettiği görülmektedir. Hukuki menfaat kavramı, ağırlıklı olarak daha insan odaklı ve daha denetlenebilir suç ve ceza hukuku politikası için tartışma konusu olmaktadır. Hukuki

---

<sup>127</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262.

<sup>128</sup> Murat Volkan Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **CHD**, Sayı:24, 2014, s.139, 154.

<sup>129</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.93.

<sup>130</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.547.

menfaatin ait olduğu hukuki kişilik noktasında teoriler şekillenmektedir. Hak sahipleri ya da hukuki menfaat taşıyıcıları, genel bir görünüme sahip olabileceği gibi (örneğin devlet), bireysel (örneğin vatandaş) ya da her ikisi de birlikte olabilir<sup>131</sup>. Ceza normunun koruma amacının belirlenmesi ve hukuki menfaat kavramının somutlaştırılabilmesi için monist yahut düalist bakış açılarından hangisiyle konuya yaklaşıldığı önemlidir<sup>132</sup>. Çoğunlukla yaşam, bedensel bütünlük, hareket özgürlüğü, özel yaşamın korunması gibi korunan hukuki menfaatler; ceza hukukuyla korunması gereken ilk akla gelen hukuki menfaatlerdir<sup>133</sup>. Bu noktada monist ve düalist görüşler ortaya çıkmaktadır. İlgilinin rızasını yakından ilgilendiren kendi kaderini tayin hakkının değeri, hukuki menfaatlerin korunması bağlamında; hak sahiplerinin nasıl sınıflandırıldığına göre değişiklik arz etmektedir. Örneğin doğrudan hukuki menfaatleri tek başına veyahut ağırlıklı olarak devlete ait gören hukuki görüşe göre; hukuki menfaatlerin korunması kapsamına bireylerin tasarruf özgürlüğü girmemektedir<sup>134</sup>. Çünkü failin yasal olarak korunan değerlere karşı tutumu, her iki durumda da önemli ölçüde değişiklik gösterecektir<sup>135</sup>. İki hukuki menfaat anlayışı birbiriyle tümüyle zıtlıklar içermektedir<sup>136</sup>. Monist ve düalist görüşlerin arasındaki anlaşmazlığın temelinde, bireysel ve hukuki menfaatlerin birbiriyle nasıl ilişkilendirildiği, bunların birbirleriyle çatışıp çatışmadığı yahut birbirlerinden mi türedikleri sorularının cevabı yer almaktadır<sup>137</sup>. Monist düşünceler, hak sahipliğini tek bir ilkedен yani tek bir hakkın amacından hareketle tanımlar ve hukuki menfaatlerin tümünü aynı hukuki menfaat taşıyıcısına ait kabul eder. Bireyi (monist kişisel hukuk doktrini gibi) ya da devlet veya toplumu (monist etatistik hukuk

---

<sup>131</sup> Tobias Schwarz, **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht**, 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2009, s.82.

<sup>132</sup> Jakobs, **AT**, §2 Rn. 8; Sabine Benthin, **Subventionspolitik und Subventionskriminalität: zur Legitimität und Rationalität des Tatbestandes zum Subventionsbetrug (§ 264 StGB)**, 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2010, s.189.

<sup>133</sup> Otto Lagodny, **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfelddriminalisierung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, s.38.

<sup>134</sup> Schwarz, s.82.

<sup>135</sup> Johannes Wessels/Werner Beulke/ Helmut Satzger, **Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau**, C.F. Müller GmbH, 2009, § 7-Rn.217.

<sup>136</sup> Christian A. Sirch, **Die Strafbarkeit der Parteispendenakquisition: ein Beitrag zum Tatbestand der Vorteilsannahme**, 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2008, s.45.

<sup>137</sup> Benthin, s.189.

doktrini gibi) hukuki menfaatin sahibi olarak kabul eder. Düalist teorilerin amacı bazen bireyin bazen de devletin korunmasıdır<sup>138</sup>. Kolektif hakları, bağımsız ve bireysel olarak ele alan ve ortak bir üstünlük aramayan monist görüşün aksine; düalist görüş, bireye ait üstün menfaatler ile devlete ait kolektif menfaatleri birbirinden ayrı tutmaktadır<sup>139</sup>.

İlgilinin rızasını, sadece tipiklik unsuru bakımından etkili olduğunu savunan monist görüşe göre; tipikliği geri bırakan rıza (Tatbestandsausschließungsgrund) bulunmaktadır<sup>140</sup>. Bununla beraber, ilgilinin rızasını hem hukuka aykırılık hem de tipiklik unsurları bakımından etkili olduğunu savunan düalist görüşe göre ise; iki farklı rızanın varlığı savunulmaktadır. Doktrinde Geerds; rızayı ikiye ayırarak incelemektedir: Tipikliği kaldıran rıza (Einverständnis)<sup>141</sup> ve Hukuka aykırılığı kaldıran rıza (Einwilligung). Geerds çalışmasında bu iki farklı rıza terimini literatüre kazandırdığından beri, ilgilinin rızası birbirinden farklı olarak ele alınmaktadır<sup>142</sup>.

## **b. Tipiklik ve Hukuka Aykırılık Unsurlarının İlişkisi**

Tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının ilişkisi üç farklı görüşte ele alınmıştır. Tipiklik ve hukuka aykırılığı bir bütün olarak ele alan tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre tipik fiil aynı zamanda hukuka aykırı da kabul edilmektedir<sup>143</sup>. Çünkü

---

<sup>138</sup> Schwartz, s.82.

<sup>139</sup> Sternberg-Lieben, **Die objektiven Schranken Einwilligung im Strafrecht**, s.83 dip not 16.

<sup>140</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.78.

<sup>141</sup> Türk doktrininde de einverständnis teriminin Türkçe karşılığı olarak tipikliği kaldıran rıza terimini kullanan yazarlar olduğu gibi bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.286-289 ; tipikliği ortadan kaldıran kabullenme terimini kullanan yazarlar da bkz. Özge Sırma, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi,2011, s.20 bulunmaktadır. Einverständnis teriminin karşılığı olarak, söz konusu kavramın uyuşma, kabullenme, izin verme gibi anlamlarının bulunması gerekçeleriyle izin teriminin kullanılması gerekliliği için bkz. Heinrich, , § 16 kn.440. Kaldı ki, Heinrich eserinde eleştirel bir bakış açısıyla tipikliği kaldıran rıza teriminin kullanılmasını hatalı bulduğunu, ve hatta özellikle hata bahsi tartışılırken söz konusu ayırımın önem arz ettiğini vurgulamaktadır. Bkz. Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku (Genel Kısım-I)**, Ed.Yener Ünver, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, § 16 kn.440.

<sup>142</sup> Odenwald,s.6; Geerds, **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, s.142 vd.; Geerds, **ZtSW 1960 (72)**, s.43.

<sup>143</sup> Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.187.

tipiklik, hukuka aykırılığın varlık sebebi yani ratio esendi<sup>144</sup>,sidir<sup>145</sup>. Bu görüşe göre herhangi ceza normunda yasaklanan davranış, dolaylı olarak hukuka uygunluğun göz ardı edilmesi sonucunu doğuracak ve hukuka aykırılık unsuru incelemesinin yapılması mümkün olmayacaktır. Esasında suçun maddi unsurları ve hukuka uygunluk sebepleri arasında sistematik bir farklılık bulunmamaktadır. Bu teoriye göre tipik davranış aynı zamanda hukuka aykırıdır<sup>146</sup>. Bu görüşe göre, eğer madde metninde *rıza tabiri* yer alıyor ise, rızanın bulunmaması suçun maddi unsurları bağlamında ele alınması gereken olumsuz bir unsur olarak nitelendirilmektedir Buna göre yazılı yahut yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri, tipikliği tamamlayacak ve tipikliğin olumsuz elemanı olarak da değerlendirilecektir<sup>147</sup>. Tipikliğin olumsuz unsurları teorisinin kabulü halinde ise,“..*işlenen suç açısından hukuka uygunluk sebeplerinden birinin şartlarının gerçekleşmediği hususundaki bilgi, kasta dahil edilmektedir*”<sup>148</sup>. Bu teorinin suç tipinde yer alan soyut ihlal yasağı ve hukuka uygunluk sebepleri bakımından somut davranış yükümlülüklerinin birleştirerek, tek bir çatı altında toplanması noktasında gözetilmesi gereken menfaat dengesi doktrinde eleştirilmektedir<sup>149</sup>.

Diğer bir görüşe göre tipiklik hukuka aykırılığın karinesi (İndiz) olarak kabul edilmektedir. Bir fiil, kanundaki suç tipine uyuyorsa mutlaka hukuka aykırı olarak kabul edilemese de, bu bir karine teşkil edebilir<sup>150</sup>. Esasında hareket tek başına ceza

---

<sup>144</sup>Ratio essendi teriminin ingilizce anlamı için bkz. (Çevrimiçi), [https://en.oxforddictionaries.com/definition/ratio\\_essendi](https://en.oxforddictionaries.com/definition/ratio_essendi), 07.12.2017 .

<sup>145</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262.

<sup>146</sup> BeckOK StGB/Momsen/Savić, **StGB**, § 32 Rn.10.

<sup>147</sup> Howard Fisher, **The German Legal System And Legal Language**, 5th Editon, Dublin, Clarus Press Ltd, 2013, s. 398.

<sup>148</sup> Suçun olumsuz unsurları teorisi (Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen) uyarınca “suçun kanuni tarifinin fonksiyonu, sadece suça ilişkin maddi ve manevi unsurların belirlenmesinden ibaret değildir. Bu tarif, aynı zamanda fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiği hususundaki bütün unsurları da kapsamaktadır. Bu suretle, bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları, suçun olumsuz unsurları olarak mütalaa edilmektedir. Ancak bu şartların gerçekleşmediği hususundaki bilgi, kasta dahil edilmektedir.”Bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,3.baskı, Ankara,Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı,2006, s.392.

<sup>149</sup> BeckOK StGB/Momsen/Savić, **StGB**, § 32 Rn.10.

<sup>150</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262; Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)** ,s.248.

normunda düzenlenen suç tipini tek başına hukuka aykırı yapmayacaktır. Bir fiil başka bir yasal prensip ile hukuka uygun hale getirilmedikçe, tipikliğin gerçekleşmesi kural olarak hukuka aykırılığı göstermektedir ve “*tipe uygunluk, hukuka aykırılığın belirtisi*” olarak kabul edilmektedir<sup>151</sup>.

Öte yandan tipikliği hukuka aykırılığın tanımlanabilmesi için araç olarak kabul eden görüşe göre hukuka uygunluk nedeni yoksa fiil tipik sayılacaktır<sup>152</sup>. Bu görüşe göre tipiklik, hukuka aykırılığın ratio cognoscendi’si<sup>153</sup> olduğu için; tipiklik, hukuka aykırılığın bilinmesi için bilginin kaynağı olarak görülmektedir. Tipiklik aracılığıyla hukuka aykırılık da bilineceği için, ilk olarak ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığının ele alınması gerekir<sup>154</sup>.

İlk görüş, doktrinde kast ve hukuka uygunluk sebeplerinin subjektif unsurlar arasında yer alması gerekçesiyle eleştirilmektedir. Teorinin tipik fiilin kabul edilmeyen sosyal bir davranış olarak nitelendirilmesi sebebiyle, kastın ve taksirin neden cezalandırıldığına yönelik farklı yaklaşımları açıklamada yetersiz olduğu ve özel hukukta yer alan hukuka uygunluk nedenlerini ele almadığı için, mülkiyet hakkına yönelik fiiler bakımından cezalandırılmayan taksirli hareketi açıklayamadığı doktrinde savunulmaktadır<sup>155</sup>. Son görüş ise, hukuka aykırılık değerlendirmesinden sonra fiilin tipikliğini değerlendirmesini zorunlu kıldığından iki farklı unsurun birbirinden bağımsız ele alınmasını engellemektedir.

Tipiklik salt Ceza Hukukunun konusunu oluştururken, hukuka aykırılık hukuk düzeninin tamamı bakımından değerlendirilen bir kavramdır<sup>156</sup>. “*Toplumsal*

---

<sup>151</sup> Fisher, s.398.

<sup>152</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.188.

<sup>153</sup> Ratio cognoscendi teriminin İngilizce anlamı için bkz. (Çevrimiçi), [https://en.oxforddictionaries.com/.../ratio\\_cognoscendi](https://en.oxforddictionaries.com/.../ratio_cognoscendi), 07.12.2017.

<sup>154</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262-263.

<sup>155</sup> BeckOK StGB/Momsen/Savić, **StGB**, § 32 Rn.10.

<sup>156</sup> Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.54; İçel’e göre “...hukuka aykırılık, tüm hukuk düzeni açısından birlik-bütünlük gösteren ve parçalanması olanaksız bir kavramdır. Bir fiilin belirli bir hukuk dalı

*gerçeklik*” tarafından şekillendirilen kurallar ile insan davranışlarına bir tepki ortaya çıkacaktır. Ancak “*soyut tipte belirlenmiş karakteristikleri*” barındıran “*potansiyel*” hukuk düzeni tepkileri bizi tipikliğe götürecektir. Çünkü tipik fiil, o hukuk düzeninin tamamının özelliklerini yansıtan bir bakış açısı ile söz konusu madde ile korunan hukuki menfaatler ele alınarak açıklanabilir<sup>157</sup>. Kanaatimizce fiilin tipik olması, hukuka aykırı olduğunu kesin olarak ispatlamamakta; fiili sadece bir karine olarak ortaya koymaktadır. Örneğin TCK m.26/2’de yer alan ilgilinin rızasının varlığı söz konusu olduğunda, hukuka aykırılık kalkacaktır. Bu nedenlerle tipiklik, hukuka aykırılık gibi suçun bir unsurunu teşkil etmektedir.

### **c. İlgilinin Rızasının Tipiklik Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü**

Tipiklik, fiilin adeta fotoğrafını çekmektedir. Hukuk düzeni, gerçekleştirilen her yeni fiile bir tepki vermekte ve hukuki sonuca böyle varılmaktadır. Esasında bir hukuki problemin çözümü değerlendirme yapılacak hukuk düzeninin tamamının vereceği tepki ile ele alınabilir<sup>158</sup>.

Monist görüşler esas olarak ilgilinin rızasını tipiklik unsuru üzerinde etkili olduğunu savunmakta olup, rızayı salt suçun unsuru olarak görmekte ve rızasız hareketi bir unsur olarak suçun tanımına dâhil etmektedir. Bu görüşe göre ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmez<sup>159</sup>. Çünkü haksızlığı hukuka uygun kılan unsurların tamamı tipiklik kapsamındadır. Bu durumda da rızanın tipikliği dışlayıcı etkisi olmaktadır<sup>160</sup>.

---

*alanında hukuka uygun, başka bir hukuk dalı alanında ise hukuka aykırı sayılması bu hukuki yapıya ve mantığa aykırıdır.”* Bkz. İçel, s.287; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.262-263.

<sup>157</sup> Selahattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, Yıl 1980, Cilt 37, S. 1-4,s.69-71.

<sup>158</sup> Keyman, s. 69-70.

<sup>159</sup> Dubber/Hörnle , s.469.

<sup>160</sup> Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, § 8 A 2.

Monist görüşler uyarınca; suç, aynı zamanda sosyal bir zarar içermelidir. En azından fiil, korunan hukuki menfaatleri olumsuz yönde etkilemelidir<sup>161</sup>. Hukuki menfaatin ihlal edilmediği durumlarda, fiilin tipik olmayacağı görüşü; rızanın her durumda tipiklik açısından ele alınması sonucunu doğuracaktır<sup>162</sup>. Bu durumda ise, hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası yok sayılmaktadır.

Monist doktrin, temelde hakların, devlet mi yoksa kişi tarafından mı tasarruf edilebildiğine göre değerlendirme yapmaktadır<sup>163</sup>. Bu görüş içerisinde de monist etatistik ve monist kişisel olmak üzere iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bu nedenle de hakların yahut menfaatlerin, hukuki olarak düzenlenmiş yahut devletin fonksiyonlarından türetilmiş olduğu düşünülmektedir<sup>164</sup>.

Hukuki menfaatleri salt ceza hukuku kuralları ile ilişkilendirmediği gerekçesiyle; monist hukuk doktrininin, ceza hukukunun normatif anlamda sınırlandırılmasına yardımcı olarak, daha akılcı bir suç politikası oluşturduğu ve sosyal zararlılık, suç, orantılılık, insan onuru, kanunilik ilkesi ile kanunların geriye yürümesinin yasaklanmasının da bu politikanın bir ürünü olduğu belirtilmektedir<sup>165</sup>. Çünkü monist hukuki görüş, bireysel ve kolektif hakları birbirleriyle ilişkilendirerek aralarında hiyerarşik bir düzenleme yapmaktadır<sup>166</sup>. Böylelikle de bireysel hukuki menfaatler ve genel kamusal çıkarlar işlevsel hale gelmektedir<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> Harvey Wallace/Cliff Roberson, **Principles Of Criminal Law**, 1st Edition, N.Y.,Longman Publishers, 1996, s.23.

<sup>162</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.70-71.

<sup>163</sup> Marei Verena Wilfert, **Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat: Der Einfluss des grundgesetzlichen Demokratieprinzips auf Straftheorie und Strafgesetzgebung am Beispiel ausgewählter Staatsschutzdelikte**, 1.Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s.164.

<sup>164</sup> Schwartz, s.82.

<sup>165</sup> Lagodny,s.38.

<sup>166</sup> Sirch, s.46.

<sup>167</sup> Schwartz, s.82.

Monist kişisel teorisinin<sup>168</sup> temel ilkesi, her ceza yargısının bireysel bir davranış üzerine kurulması gerektiğine dayanmaktadır. Suçla korunan hukuki menfaat; hem bireysel hem de kolektif olabilir. Ancak bireyin önceliği söz konusudur. Böylece teorisinin kişi lehine bir yaklaşım geliştirdiğini görürüz<sup>169</sup>. Buna göre cezalandırmanın amacı tek başına fiilin kanunu ihlal etmesidir<sup>170</sup>. Monist kişisel teori, kolektif değerleri ceza normunun bir nesnesi olarak kabul etmemektedir. Genel kişisel çıkarlar ile bağlantısını yadsımadan, yalnızca bireysel çıkarların korunması şartıyla hukuki koruma sağlanabileceğini savunmaktadır. Bu gereklilikleri karşılamayan fiiller ancak ceza normlarına konu olabilir. Hukuki menfaatler, kişisel olarak anlaşılmakta ve onlardan türeyen kolektif değerler bulunmaktadır. Kolektif menfaatler, kişisel değerlerin iyiliği için geçerli kabul edilmektedir. Kolektif menfaatler, sadece bireysel vatandaşlar için, işlevleri sebebiyle dolaylı olarak kabul edilmektedir<sup>171</sup>. Monist etatistik/etütolojik hukuk doktrini ise<sup>172</sup>, hukuki menfaatleri

---

<sup>168</sup> Monist kişisel teoriyi geliştiren Hassemer, ceza hukukunun sınırlayıcı etkisini klasik çekirdek haklara indirgemıştır. Bkz. Wilfert, s.164; Hassemer'e göre bu hukuki anlayış hak sahipliğinin bizzat anlamı ve işlevinde oluşan değişiklikle açıklanmaya çalışılmıştır. Bireylerin uzun vadeli yaşamsal ihtiyaçları sabittir, bu da hukuki menfaatleri kurumsallaştırır. Bu kurumsallaşmanın bir sonucu olarak ihtiyaçlar, birey tarafından giderilmeye başlanır ve artık bireysel menfaatlerin toplamıyla özdeş olmayan genel kamusal bir çıkar ortaya çıkmıştır. Bkz. Schwartz, s.82; Ceza hukukunun, monist kişisel hukuk doktrini ile sınırlandırılabilmesini savunmaktadır. Bu doktrine göre "insan haklarındaki insani menfaatler" bağlamında da kolektif menfaatler ancak kişisel uzantıları oldukları ölçüde tanınmaktadır. Yani ceza hukuku tarafından önem atfedilen insani değerlerdir. Monist doktrin, kamusal hukuki menfaatlere yalnızca kişisel değerler ile örtüştüğü ölçüde önem vermektedir. Hassemer, kamu hukukunun ön planda fazla tutulması ve uzun süreli hapis cezasını eleştirerek; Evrensel hukuki menfaatlerin geniş çaplı ele alınması, ceza hukukunun hukuki menfaatleri korumada son çare olma rolünü yadsımak anlamına geleceğini savunmuştur. Doktrinde ise konuyu sadece suç politikası açısından değerlendirdiği ve anayasal hakların bağlayıcılığı noktasında derinlemesine bir analizde bulunmadığı için eleştirilmektedir. Bkz. Lagodny, s.38-39.

<sup>169</sup> Wilfert, s.164.

<sup>170</sup> Benthin s.188.

<sup>171</sup> Sirch, s.46.

<sup>172</sup> Monist-etatistik hukuki görüşün temsilcileri, devletin hukuki menfaatlerini toplumsal düzenin değerleri olarak anlamaktadır. Bu nedenle de bunlar bir bütünün yahut devletin hukuki menfaatleri olarak sınıflandırılmaktadır. Bkz. Sirch, s.46; Monist-etatistik görüş, siyasi ve yasal meşruiyeti kolektif olarak ele alan devletçi bir bakış açısına sahiptir. Buna göre tüm bireysel politik ve hukuki tasarruflar, kolektif bir amaca hizmet etmektedir. Bkz. Benthin s.196; Bireysel menfaatler ancak kolektif menfaatlerin korunmasının bir yansıması olarak görülür. Vatandaşlar sadece kendilerine tayin edilen hukuki menfaatlerin yöneticisidir. Bunlar da ellerinden alınabilir. Bu görüşe göre bireyin tasarruf yetkisi hukuki koruma kapsamında değildir. Bireysel menfaatlerin toplamından oluşan talepler sonucunda oluşan kurumsallaşma ile bireysel hak sahiplerinin çıkarlarının yerini genel menfaatlere bırakmıştır. Bu da yeri geldiğinde bireysel hak sahibinin menfaatlerine aykırı da olabilir. Bu hukuki anlayışa göre, kendi kaderini tayin hakkının korunmasına bir önem atfedilmemektedir.

ancak yasal olarak düzenlenmiş yahut kamusal faaliyetlerle bağlantılı ise ele almakta<sup>173</sup> ve tüm hukuki menfaatleri kolektif olarak nitelendirerek toplumun ortak menfaatlerine öncelik tanımaktadır. Bu teoriye göre bireysel haklar yahut hukuki menfaatler; ya hukuken bireylere tanınmış bir yetkiden kaynaklanmakta yahut devletin fonksiyonundan türetilmektedir<sup>174</sup>.

Tasarruf haklarının korunması bağlamında kişinin kendi kaderini tayin hakkının değeri bakımından; Monist-etatistik hukuk doktrinine göre, kamusal düzenin ve dolayısıyla toplumun haklarının korunmasının merkezinde yer alan tüm hukuki menfaatlerin bizzat sahibi devlettir. Kendi kaderinin tayin hakkının korunması gibi bireysel menfaatlere ise bu teori kapsamında tek başına değer atfetmemektedir<sup>175</sup>, ayrıca hukuka uygunluk sebepleri oldukça çeşitlilik göstermektedir, ki bunlar bazen çeşitli ölçütlere göre yasalarla somutlaştırılan çeşitli değerlere ilişkin de olabilirler. Bu bağlamda hareketin, "*çıkarların üstesinden gelme*" algısını mı yoksa "*doğru*" amaç için "*yeterli*" vasıtayı temsil edip etmediğinin belirlenmesi gerekebilir<sup>176</sup>. Suçun niteliğine yönelik görüşler de zamanla etatikten kişisel yaklaşımlara dönmektedir. Alman Ceza Hukuku doktrininde de Nazi rejimi süresince topluluk ilkesine önemli derecede atıf yapılmaktayken; günümüzde modern ve sosyal devlet anlayışı ile, bireyin sahip olduğu değerlerin her şeyin önünde olduğuna dair anlayış hâkim olmuştur. Alm. AY m.1 de, bireyi ilk sırada ele almaktadır<sup>177</sup>.

---

Hatta hukuki menfaatlerin ceza hukuku bakımından korunması kapsamında ilgilinin rızasının bir etkinliği bulunmamaktadır, çünkü bireyin tasarruf özgürlüğü sadece değerli hukuki menfaatlere indirgenmiş durumdadır. Alm. CK m.223 uyarınca, bedensel bütünlüğe yönelik ihlallerin sonucu olarak bedensel yaralanmaların varlığı kabul edilir. Alm. CK m.34 de, hem yasal düzenleme hem de hakkın içeriği bakımından bunu kanıtlayamamaktadır. Bu ancak kişisel hukuk doktrini ile açıklanabilir. Gerçekte hukuki menfaate yönelik olarak ceza korumasının kapsamı, konuya hangi teoriden yaklaşıldığına göre değişecektir. Bkz. Schwartz, s.82 ve 84.

<sup>173</sup> Lagodny,s.38.

<sup>174</sup> Benthin s.209.

<sup>175</sup> Schwartz, s.82.

<sup>176</sup> Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 Rn.7.

<sup>177</sup> Suçun niteliğinin ancak Monist hukuki menfaat anlayışı ile tam olarak açıklanabileceği bu ilke ile savunulmaktadır . Bkz. Sirch, s.46.

Zaman içerisinde kişi özerkliği temelli başka bir görüş (*şahsi Hukuki Menfaat Anlayışı*) ortaya çıkmıştır. Buna göre ise bireyin gelişimine yardım eden bir hukuki menfaat, hak sahibinin iradesi ile tasarruf edilebilir bir boyutta ise artık ortada Tipikliği kapatan/geri bırakan rıza vardır<sup>178</sup>.

Korunan hukuki menfaatin sahibi rızasını açıklarak iradesiyle fiili suç olmaktan çıkartmaktadır. Bu noktada rıza artık hukuka aykırılık unsuru bakımından ele alınamayacağından, rıza ile suç tipi ortadan kalkmaktadır. Çünkü hukuki menfaatten vazgeçen bireyin tasarruf yetkisi "*neticenin olumsuz değerliliğine*" bakılarak saptanmaktadır<sup>179</sup>.

#### **d. İlgilinin Rızasının Hem Tipiklik Unsuru Hem de Hukuka Aykırılık Unsuru Üzerinde Etkili Olduğu Görüşü**

İlgilinin rızasının hem tipiklik hem de hukuka aykırılık unsuru üzerinde etkili olduğunun kabulü için, rıza açıklanacak hukuki menfaate yüklenen anlam önemlidir. Doktrinde tüm hukuki varlıkları tek tek vatandaşlara ait olduğunu kabul edenler olduğu gibi, toplum ve vatandaşlarla ilişkilendiren görüşler de bulunmaktadır.

Düalist hukuk doktrini taraftarları, bireysel ve toplu hakların oluşumunu herhangi bir sınırlama getirmeksizin kabul eder<sup>180</sup> ve buna göre bireysel haklar ve menfaatler söz konusu olduğunda, bunlar toplumun veya devletin vatandaşlarına, uygulanmaktadır ve monist görevler yalnızca devlete aittir<sup>181</sup>. Çünkü düalist görüş bireysel olan veya olmayan değerleri kesin olarak birbirinden ayırmaktadır. Yapılan katı ayırmadan dolayı çoğunlukla eleştirilse de; monistler tarafından bu ayırımın

---

<sup>178</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.288.

<sup>179</sup> Bu görüş uyarınca hile ile elde edilen rıza hukuken etkisizdir. Bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**,s.979.

<sup>180</sup> Wilfert, s.164.

<sup>181</sup> Jakobs, **AT**<sup>2</sup>, §2-Rn. 8

yapılmadığı, monist etatistik ve monist kişisel hukuk doktrinlerinde görüldüğü gibi, diğerinin bir ötekenden kaynaklandığı kabul edilmektedir<sup>182</sup>.

Düalist teoriye göre, birbirinin yanında ancak ayrı ayrı ele alınan hukuki menfaat vardır. Bir yandan, kişiye atfedilen bireysel hukuki menfaatler diğer taraftan da kamuya veya devlete atfedilebilen kamusal menfaatlerdir. Düalist teoriye göre eş zamanlı olarak iki farklı nitelikte hak sahibi bulunmaktadır<sup>183</sup>. Hukuki düzenin korunması kapsamında, beden bütünlüğü ve tasarruf özgürlüğü bireye ait somutlaşmış hukuki menfaatler olarak kabul edilmekte olup, bireylerin somut çıkarları bu noktada belirleyici değildir<sup>184</sup>.

Düalist görüşe göre, hukuka aykırı bir fiile karşı açıklanan iki farklı rıza vardır. Bunlardan biri hukuka aykırı fiili, tutarlı bir sonuca bağlamakta yahut suçun sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Diğerisi ise hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınmaktadır<sup>185</sup>. Tipikliği kaldıran rıza, kişinin iradi karar verme yahut iradi hareket özgürlüğüne yönelik saldırı içeren durumlarda ortaya çıkmaktadır<sup>186</sup>.

Eski Ceza Doktrininde, Tipikliği kaldıran rıza; Ceza Hukuku Genel Hükümleri konuları arasında incelenmemekteydi<sup>187</sup>. Mukayeseli hukuk bakımından da düalist görüşü benimseyen baskın görüşe göre, rızanın iki farklı türü vardır<sup>188</sup>. Alm CK'da genel hükümlerde ilgilinin rızası kavramı, 765 sayılı mülga TCK'ya

---

<sup>182</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.555.

<sup>183</sup> Öte yandan düalist görüşe göre kamusal ve bireysel hukuki menfaatler birer alternatiftir. Ancak birbirleriyle olan ilişkisi içerik bakımından birbirinden farklı olarak değerlendirilir. Bkz. Schwartz, s.82; Tiedemann ve Hefendehl, hassas bir dengede hak sahiplerini bireysel ve evrensel olmak üzere ikili olarak ele alan düalist görüşün önde gelen taraftarlarıdır. Devlet ve kolektif menfaatler, ekonomik sistemin yapısı ve işlevleri konusunda bağımsız bir temelde ele alınmaktadır. Kolektif hukuki menfaatlerin korunması, özellikle ekonominin korunması için toplumun menfaatlerinin korunması anlayışı artık sona ermiştir. Tiedemann'a göre ekonomik ceza hukukundaki hukuki menfaatlerin, bundan soyutlanması gerektiğini çünkü bunların bireyle ilgilerinin olmadığını savunmaktadır. Bkz. Sirch, s.45.

<sup>184</sup> Schwartz, s.82.

<sup>185</sup> Andrade, s.138.

<sup>186</sup> Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, § 8 A 4.

<sup>187</sup> Frister, **AT**<sup>6</sup>, §15 kn.3.

<sup>188</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.432.

benzer bir şekilde yer almamaktadır. Bütün örf ve adet hukuku yansımaları hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi, bunlarda da failin yararı ön plandadır<sup>189</sup>. Fakat hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak adlandırdığımız rıza tipi ise örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>190</sup>.

Günümüzde de, ilgilinin rızası bakımından doktrinde ikili bir ayrım bulunmaktadır<sup>191</sup>. Rızanın iki farklı çeşidi olduğu, ceza kanunundaki düzenlemelerden anlaşılmaktadır<sup>192</sup>. Örneğin fiilden etkilenen tarafın rızasının tipikliği dışlayan etkisi olabilmesi için, fiilin haksızlık içeriğinin tam olarak fiilin kendisinden türemesi gerekmektedir. Yasal düzenlemede, bu nedenle “*kişinin rızasına aykırı*” yahut “*rızası olmaksızın*” ibareleri yer aldığı görülmektedir<sup>193</sup>. İlgilinin rızası bakımından yapılan bu ikili ayrımın kriterlerinin suç tipi ile korunan hukuki menfaatlere göre tespit edilebilir. Eğer tipik fiilin varlığı, rıza ile bağlantılı ise bu durumda ortada Tipikliği kaldıran rıza bulunmaktadır. Çünkü rıza, “*tipikliğin gerçekleşmesini engellemektedir*”<sup>194</sup>. Kişinin isteğine uygun yahut karşıt olsun, *invito laeso*<sup>195</sup> içeren suç tipleri bakımından tipik fiil, rıza gösterme noktasında karar vericinin açıkladığı rıza tipikliği kaldıracaktır. Diğer suç tipleri bakımından ise, rıza şartları varsa sadece hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>196</sup>.

---

<sup>189</sup> Heinrich, § 16 kn. 438; ayrıca yazılı olarak yer almayan hukuka uygunluk sebeplerine öğretide sıklıkla özel/diğer hukuka uygunluk sebepleri (sonstige Rechtfertigungsgründe) de denmektedir.

<sup>190</sup> Köhl, AT<sup>5</sup>, §9 kn. 20.

<sup>191</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.433.

<sup>192</sup> Andrade, s.138.

<sup>193</sup> Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, § 8 A 4.

<sup>194</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.280; Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, s.5.

<sup>195</sup> Bu terimin kullanıldığı suç tiplerine örnek olarak Constito Criminalis Carolina m.118’de kaçırma, CCC’de m.119’da düzenlenen ırza geçme fiilleri gösterilmektedir. Terim, kişinin iradesine aykırı olarak anlamında kullanılmaktadır. Benzer olgu kişinin haysiyetine karşı işlenen suçlardaki gibi de bkz. Weissenberger,s.10.

<sup>196</sup> Odenwald,s.7; Göbel,s.68, Krey/Esser, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 658; Rızanın sadece tipikliği ortadan kaldırdığına yönelik bkz. Roxin, AT I, §13 kn.12; Hukuki menfaat taşıyıcısının açıkladığı rızanın, her bakımından tipikliği ortadan kaldırdığını savunan görüşlerin varlığından daha önce de bahsetmiştik. Bu görüşler monist hukuk doktrininden etkilendiği için ikili ayırımda bulunmamaktadır.

İnceleme konumuz bakımından tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçu bakımından tipik hareket olarak değerlendirildiği durumlarda, faile ceza verilmemesi için mutlaka hukuka uygunluk nedeni gerekmektedir. Tıbbi müdahale ile ihlal edilen sadece bireysel hukuki menfaati ise, bu durumda rıza tipik hareket olarak kabul edilen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir<sup>197</sup>. Eğer ortada fiili hukuka uygun kılan bir kural bulunmaktaysa<sup>198</sup>, hukuki menfaat taşıyıcısı bakımından bir ihlal olmasına karşın, ilgilinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır<sup>199</sup>. Bunun dayanağı ise kanaatimizce kişinin kendi kaderini tayin hakkıdır<sup>200</sup>.

### e. Görüşlere Yönelik Eleştiriler

Monist teori, hakkın kim tarafından tasarruf edilebileceğini göz önünde bulundurarak, hakkın tanımlanması bakımından gerekli ve yeterli bir kıstas ortaya koymamaktadır, bu nedenle kamusal çıkarların, kişisel çıkarlardan nasıl ayrılacağı noktasında tartışmalıdır. Ancak teori bakımından fikir birliğine varılan nokta, hukuki etki yaratmayan salt ahlak ve adaba aykırılık durumlarında ceza hukuku korumasına gerek olmadığıdır<sup>201</sup>.

Salt insana ait hukuki menfaatleri korumak noktasından hareket eden monist kişisel teori, örneğin Alman Hayvan Koruma Kanunu'nun 17. maddesinde<sup>202</sup> yer alan hayvanlara kötü muamele fiilinin cezalandırılmasını açıklayamadığı için eleştirilmektedir<sup>203</sup>. Oysa ki; monist teorinin savunucularından Roxin'e göre, hayvanlara kötü muamelenin cezası sadece ahlaki bir kavramı korumamaktadır. Roxin, onların bir anlamda insanlara türdeş olduklarını savunur. Bu nedenle de normun amacının, yasama organının bütün canlıların kardeşliği ve buna yönelik

---

<sup>197</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s.983-984.

<sup>198</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.283.

<sup>199</sup> Bernd Heinrich, "Einverständnis–Einwilligung–Mutmaßliche Einwilligung", **Vorlesung Strafrecht –Allgemeiner Teil –Arbeitsblatt Nr. 16**, s.1 (Çevrimiçi), <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strat2011/16-rechtswidrigkeit-einverstaendnis-einwilligung.pdf> , 18.10.2016 .

<sup>200</sup> Benzer olarak bkz. Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB** , s.5.

<sup>201</sup> Wilfert, s.164-165.

<sup>202</sup> Animal Welfare Act, (Çevrimiçi), <https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act>, Erişim Tarihi: 07.11.2017.

<sup>203</sup> Wilfert, s.165.

dayanışmasını gözetmekten yana bir tutum izlediğini savunsa da; hayvanların korunmasının insanlığı koruyan ceza normlarının koruması kapsamında olması tam açıklanamadığı ve bu görüşün bir anlamda monist teoriden kopuş yaratmaması için ortaya atıldığı vurgulanmaktadır<sup>204</sup>. Ahlaki değerlerin ceza normunun koruması kapsamından çıkarılma gerekçesi tatmin edici bulunmamaktadır<sup>205</sup>.

Öte yandan doktrinde hukuka aykırılığı kaldıran rıza ve tipikliği kaldıran rıza bakımından ortaya çıkan sorunların çözümünü, çift katmanlı hukuk sisteminden vazgeçmekte görenler de vardır<sup>206</sup>. Bu görüştekilere göre, düalist doktrin bireysel ve kolektif haklar arasında net bir ayırım yapsa da, hukuki korumanın neden devletin görevi olduğuna tam olarak açıklık getirememektedir. Düalist görüş de, ceza hukukunun meşruluğunun kapsamına cevap vermediği, haklar arasındaki hiyerarşiyi açıklamadığı ve bireysel hukuki menfaatlerin nasıl korunacağına ilişkin soruları yanıtlamadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>207</sup>.

Hukuki menfaat teorisinin eleştirel bakış açısını başlangıç noktası aldıktan sonra, anayasayı dayanak alan görüşlerin ötesine geçilmesi ve bağımsız bir hukuki menfaat teorisi kavramının oluşturulması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>208</sup>. Çünkü korunan hukuki menfaatin ihlali olmaksızın suç oluşmayacağından, hedef nokta bağımsız bir hukuki menfaat teorisi oluşturmak olmalıdır<sup>209</sup>.

---

<sup>204</sup> Benthin s.239.

<sup>205</sup> Wilfert, s.165.

<sup>206</sup> Paeffgen/ Zabel, **Nomos Kommentar**, Vorbem. § 32 Rn.46; Tek katmanlı hukuk sistemlerinden olan İngiliz Hukukunda ise hukuka uygunluk sebepleri genel savunma sebepleri olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan hareketi olumlayan ve mazeret sebepleri kabul edilen savunma sebepleri de vardır, ve bunlar örneğin yasak hatası gibi suçun manevi unsurunu (-mensrea) dışlamaktadır. Bkz. Alman Ceza Hukukunda Alm CK m.35'te yer alan Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Zorunluluk Hali/ entschuldigender Notstand de buna örnektir Fisher, s. 414-145 dip not 25teki açıklamalar.

<sup>207</sup> Sirch, s.46.

<sup>208</sup> Nina Persak, **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts, 1st Edition, New York, Springer Science & Business Media, 2007**, s.129.

<sup>209</sup> Benthin s.191.

## f. Değerlendirme

İlgilinin rızasına yönelik görüşler hukuki menfaatlere yüklenen anlamlara göre şekillenmektedir. Ceza hukuku bakımından, kişinin yasal haklarına dair gerçekleşen ihlallere yönelik olarak saldırıyı defedebilme yetkisinin olup olmadığı bu görüşlere göre değişecektir<sup>210</sup>. Monist kişisel görüşler; bireyin anayasal düzenin merkezinde olduğu gerçeğini göz önünde bulundurarak, onu hukuki menfaatlerin sahibi olarak kabul eder ve kendi kaderini tayin hakkı kapsamında bireyin bizzat bu hakkından vazgeçmesine üstünlük tanır. Düalist görüşlerde ise hak sahipliği gerekli ancak yeterli değildir. Hak sahipliği olmaksızın ilgilinin rıza açıklaması hakkı söz konusu değildir ancak her durumda hak sahipliği de orantılı değildir<sup>211</sup>. Bireysel ve evrensel haklar arasındaki ilişkinin daha net olarak saptanabilmesi için öncelikle görüşlerin ayırt edici noktalarının da belirlenmesi gerekmektedir. Bunlar arasındaki farklara gerekçe olarak, hak sahiplerinin farklı olması doktrinde gerekçe gösterilmektedir. Yaşam, sağlık, özgürlük ve mülkiyet gibi bireysel hukuki menfaatlerin hak sahipleri ile devletin varlığı, demokratik düzenin korunması, adalet gibi hukuki menfaatlerin sahiplerinin birbirinden farklıdır<sup>212</sup>. Kolektif ve bireysel hukuki menfaatlerin arasındaki ilişkiyi araştırabilmek için öncelikle kolektif hukuki menfaatlerin kategorisini tanımlamak gerekir<sup>213</sup>. Kolektif haklar kategorisinde yer alan ve onun alt sisteminde yer alan haklar belirli bir somut kategoriye bağlanamayacak kadar karmaşıktır. Bunlar tanımlanırken tek bir bakış açısıyla

---

<sup>210</sup> Benthin s.190.

<sup>211</sup> Sternberg-Lieben, **Die objektiven Schranken Einwilligung im Strafrecht**, s.83.

<sup>212</sup> Benthin s.189.

<sup>213</sup> Hefendehl bunu sistemleştirmeye çalışmıştır. Ona göre; toplumu oluşturan her birey, evrensel değerlerden faydalanabilir, çünkü bu evrensel değerlerin yapısal anlamda karakteristiğidir. Bu değerlerin parçalanması ve bireylere tek tek dağıtılması mümkün değildir. Bunların tasarrufu ile de bu değerler azalmaz yahut yok olmazlar. Yani tüketildikçe sona ermeyeceklerdir. Hefendehl, kolektif hukuki menfaatleri sistematik olarak devlet ve toplum arasındaki ayrıma göre sınıflandırmaktadır. Buna göre bir yandan kişisel olarak yapılandırılmış kolektif hukuki menfaatler varken diğer tarafta da devlet sisteminin korunmasına yönelik kolektif hukuki menfaatler mevcuttur. Kişisel yapılandırılmış kolektif menfaatler, bireyler için özgürlük yaratmaktadır. Bunlara yönelik ceza hukuku koruması bireysel alanlara müdahale teşkil edebileceğinden dolayı, bu noktada çeşitli sorunlar ortaya çıkabilir. Bkz. Benthin, s.191; Özgürlük ve hak sahipliğine yönelik bireysel ihlallerini dahi, devletin hak taşıyıcısı olması sebebiyle devlete karşı işlenmiş olarak kabul eden görüşler de doktrinde mevcuttur. Bkz. Benthin, s.209.

konuya yaklaşılmaması durumunda, ceza hukukunun dışına taşabilen çok sayıda soruyu da beraberinde getirebilir<sup>214</sup>.

Temel hak ve özgürlükleri ele alan insan haklarını, toplumun temeli olarak kabul ederek; sırf devletin çıkarlarının üstün tutulması amacını reddeden ve vatandaşlara mümkün olan en fazla özgürlüğün tanınmasını artık devlete görev olarak yükleyen monist kişisel hukuk teorisine dayanak olarak Alm. AY gösterilmektedir<sup>215</sup>. Ancak bunun salt bireyci bir bakış açısıyla ele alınması “sosyal devlet” ‘in varlığını reddetmek anlamına gelecektir. Bu nedenle monist kişisel hukuk teorisine katılmamaktayız<sup>216</sup>. Çünkü sosyal devlet olmanın gereği toplumsal ihtiyaçların gerçekleştirilmesidir<sup>217</sup>. Hâlihazırda devlet toplum ve birey anlayışı temel olarak değişmiştir. Anayasal demokratik ve insan haklarına saygılı bir devlette artık toplum devletten ayrı düşünülemez. Çünkü devletin sahibi ve yaratıcısı toplumdur<sup>218</sup>. Sosyal devlet, temel hak ve özgürlüklerin korunması veya gerçekleştirilmesine olanak vermektedir. Kişinin kendi iradesi ya da olanakları ile gerçekleştiremediği durumlarda, sosyal devletin bu görevi üstlenmesi zorunludur<sup>219</sup>. Görülmektedir ki; bedensel bütünlük, insan onuru, mülkiyet ve sağlık gibi bireysel hukuki menfaatler ile devletin organları aracılığıyla kullandıkları kolektif hukuki menfaatler birbirinden farklıdır<sup>220</sup>. Örneğin Hefendehl, kolektif ve bireysel hakların

---

<sup>214</sup> Benzer şekilde Benthin s.206.

<sup>215</sup> Sirch, s.47.

<sup>216</sup> Karşı görüş için bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**,s.577.

<sup>217</sup> İndria Spiecker (Dahmann), “Sosyal Devletin Anayasa Teorisi”, Çev. Arslan Topkaya, **Anayasa Teorisi- Verfassungstheorie**, Ed.Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.İlyas Doğan, 1. Baskı, Ankara, Lale Yayıncılık, 2014, s.796.

<sup>218</sup> Benthin s.197.

<sup>219</sup> Spiecker, s.808.

<sup>220</sup> Eser, **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, § 8 A 18; Hukuki menfaatlere ilişkin de çeşitli saptamalar bulunmaktadır. Binding’e göre hukuki menfaatler toplumsaldır ve kamunun iyiliği önemlidir. Onun anlayışına göre, önemli olan toplumun bu değerlere affettiği önemdir. Ancak Binding, ilgilinin rızasını ve bireyim ceza hukuku ile korunmasını da yadsımamaktadır. Binding ve Oetker; bireysel hukuki menfaatleri reddetmektedir. Bu anlayışa göre örneğin kasten insan hayatının dokunulmazlığını ihlal etmiştir. Jeschenk’e göre de hukuki menfaatlerin toplumsal kökleri vardır veya toplumsal düzen içerisinde menfaati olan bir hukuki koruma söz konusudur. Bu bireysel yahut toplumsal olabilecektir. Hefendehl ise, bireysel hukuki menfaatlere sosyal bir atıf yapılmasını zorunlu tutar. Çünkü bireysel hukuki menfaatler ancak toplumsal bir varoluş içerisinde bireye yarar

birbirine bağılı olduğunu savunur. Bireysel kökeni olan ve devletin fonksiyonundan kaynaklanan kolektif haklar olarak tanımladığı hukuki menfaatleri ancak düalist bir bakış açısıyla ele alınabilecektir<sup>221</sup>.

Kanaatimizce bu anlayışın sadece monist kişisel doktrinde var olduğunu savunmak hatalıdır. Çünkü düalist görüş de bireyin menfaatlerini yadsımamakta, kolektif menfaatlerle aynı seviyede önem atfetmektedir<sup>222</sup>. Belirli bir insan ömrünün korunması, insan hayatının sonlandırılma yasağı ile korunmaktadır. Ancak doktrinde insan hayatının bireysel olanların toplamından ibaret olması sebebiyle soyut bir şey olmadığı gerekçe gösterilerek monist bakış açısı eleştirilmektedir. Çünkü tek kişinin ölümüyle insanlık sona ermeyeceğinden, hukuki menfaat olarak ele alınabilmesi için, bu anlayış yeterli görülmemektedir<sup>223</sup>.

Alm. AY m.1'deki genel hareket özgürlüğü de, rızanın etkisini belirlemek için tek başına yeterli değildir. Beden bütünlüğü, insan onuru, tasarruf özgürlüğü gibi haklar için özel olarak getirilen korumaların varlığı, bireysel hukuki menfaatlerin sadece iradeye yönelik müdahaleler açısından özel olarak yasayla korunmaya değerli

---

sağlayabilecektir. Genel olarak toplumu hak taşıyıcısı olarak kabul eden ve toplumsal menfaatlere yadsınamaz bir yer bahşeden Weigend'in aksine; Schmidhauser, hukuki menfaatleri bir bütün olarak ele almaktadır. Ona göre ceza hukukunun faydacı amacı öncelikle toplumsal işlevi olan değerlerin korunmasına yönelik olmalıdır ve hukuki varlıklar her ne kadar karmaşık yapıya da sahip olsalar, özleri itibarıyla topluma aittirler. Bkz. Benthin s.209, 211.

<sup>221</sup> Benthin s.206-207; Stratenwerth'e göre, sadece hukuki menfaatlerin korunmasına yönelik bir uyarı fonksiyonu dışında bir değerlendirme eksik olacaktır. Hukuki varlıklar ve bunların bireysel değerlere dönüşmesi çok önemli değildir. Bireysel çıkarları koruyamayan, sadece yazılı ve dogmatik unsurlar ceza hukuku koruması anlamına gelmeyecektir. Çünkü sadece birey özgürlüğü, toplumsal kimliğin varlığı için de normatif değerler söz konusudur. Bir ulusun oluşturduğu kolektif değerler ve ortak uzlaşmanın bir parçası olarak da davranış normları düzenlemiştir. Aynı yazar bkz. s.238; Kanaatimizce basit bir karşılaştırma yapılması, ahlaksal değerleri bünyesinde barındırabilen hukuki normları reddetmek anlamına gelebilecektir. Hukuka aykırı davranış tespit edilirken, ahlaki korumanın reddedilmesini de anayasal bir zemine bağlamak da hatalı olacaktır.

<sup>222</sup> Specker, s.808.

<sup>223</sup> Düalist Schmidhauser'a göre, hukuki menfaatin ihlali, haksızlığın gerekçesi olarak kullanılmak zorunda olduğu durumlarda; tek başına ceza hukuku standardının, yani normatif davranışın göz ardı edilip edilmediğinin araştırılması gerekmektedir. Çünkü yükümlülüklerin ihlalinde yatan hukuki menfaatin göz ardı edilmesi durumu; hukuki menfaat ihlalinin hem sonucuna hem de fiilin haksızlık içeriğine ilişkin değerini de ortaya koymaktadır. Bu da ancak ceza hukuku standartlarının yani normatif davranışın dikkate alınmaması ile ancak mümkün olabilir. Bkz. Benthin s.176.

bulduğunu gösterir<sup>224</sup>. Çünkü bireyin özerk olması, onun toplumdan bağımsız olmasını gerektirmez. Birey, toplumsal alanda da varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle her bireyin özerklik alanlarına saygı gösterilmesi gerekir<sup>225</sup>.

İnsan haklarının korunduğu evrensel ilkelere yönelik olarak, örneğin İHAS gibi uluslararası metinlerin iç hukuk metni olup olmamasına göre farklı bakış açıları da geliştirilebilir. Bazı ülkelerde İHAS anayasal düzeyde iken, bazı ülkelerde anayasal normun da üzerindedir. Bunun gerekçesi olarak da ulusal ve uluslararası hukuku farklı temellere dayandıran düalist görüş olarak belirtilmektedir<sup>226</sup>. Zaman içerisinde dayanağını anayasadan alan hakların gerçekleştirilmesi talepleri daha somut ve belirgin olmaktadır. Hatta bunların sınırlandırılmaksızın hayata geçirilmesi sosyal devletten beklenir olmuştur<sup>227</sup>. Devletin uluslararası hukuk düzenlemelerini hayata geçirme yükümlülüğü vardır ve İHAM'a göre hukuki düzenlemelerin varlığı bunları gerçekleştirdiğini kanıtlamamaktadır<sup>228</sup>.

Çünkü temel hak ve özgürlüklere konu olan evrensel ilkeler kişi güvenliğine hizmet eder. Sosyal devletin ise temel hakların geliştirilmesini sağlayan düzeni de koruma görevi de söz konusudur<sup>229</sup>. Kişilerin bizzat iradeleri ile tasarruf edebilecekleri konularda ise sosyal devlet olgusu söz konusu değildir. Bu nedenle devlet bir anlamda bu konularda pasif kalmaktadır<sup>230</sup>. Kanaatimizce; İHAS'a taraf olmanın imzacı devletlere getirdiği yükümlülük insan onuru başta olmak üzere kişinin temel hak ve özgürlükleri lehine uygulamalarda bulunmaktadır. Nitekim 1982

---

<sup>224</sup> Emel Özdemir, **Einwilligung und Einverständnis: Zustimmung des Betroffenen und ihre Behandlung im Strafrecht**, GRIN Verlag, 2007, s.3.

<sup>225</sup> Rainer Zacyzk, *Daas Unrecht der versuchten Tat.*, Berlin,1979, s.193'ten aktaran Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**,s.576 dip not 1223.

<sup>226</sup> Mathias Herdegen, “ Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması”, Çev. Gökhan Güneysu, **Anayasa Teorisi- Verfassungstheorie**, Ed.Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.İlyas Doğan, 1. Baskı, Ankara, Lale Yayıncılık, 2014, s.293-296.

<sup>227</sup> Spiecker, s.797.

<sup>228</sup> Herdegen,s.295.

<sup>229</sup> Spiecker, s.798.

<sup>230</sup> Sosyal devletin hareket alanı hakkında bkz. Spiecker, s.800-803.

AY m. 2 uyarınca da devletin “sosyal devlet” olmasından kaynaklanan sorumlulukları mevcuttur.

Bazı durumlarda bireylerin, devlet tarafından daha fazla korunması ihtiyacı da ortaya çıkmaktadır. AY m.5 gereği ve sosyal devlet olmanın yükümlülüğü gereğiyle bazı alanlarda daha fazla denetimde bulunabilir. Denetleme ve müdahale etme görevi, sosyal devlet olma vasfından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda örneğin TCK m. 90/4’te olduğu gibi; kişinin kendi kaderini tayin hakkının sınırlandırılabilirliği de görülmektedir.

Kolektif değerlerin ağır bastığı durumlarda rıza etkisiz olmaktadır. Öte yandan bireysel değerlerin ağır bastığı durumlarda, suç tipinin ortadan kalkacağı da doktrinde savunulmaktadır<sup>231</sup>. Ancak hem bireysel hem de kolektif hukuki menfaatleri içerisinde barındıran suç tiplerinde rızanın etkisi hukuka aykırılık unsuru açısından etkili olmayacaktır. Kanun koyucu, daha fazla denetimi zorunlu gördüğü alanlarda özel olarak düzenlemeye gitmektedir. Hukuki korumadan vazgeçilebilmesi için ilgilinin rızası gerektiği gibi, aynı zamanda başka yasal düzenlemeler ile diğer şartların oluşması da aranmaktadır. Bu durumlarda rızanın varlığı tek başına yeterli değildir. Çünkü bu suç tipleri ile korunan hukuki menfaat, hem bireysel hem de kolektiftir. Bu gibi durumlarda açıklanan rıza, hem bireyin hukuki menfaatinin hem de diğer şartların yerine getirilmesiyle evrensel hukuki menfaatlerin korunmasından vazgeçmek anlamını taşımaktadır. Bu nedenle gerekli şartların varlığında, rıza da mevcutsa ile tipiklik ortadan kalkacağından, ortada ihlal edilen bir suç tipi bulunmayacaktır.

Üzerinde sertbestçe tasarruf edilebilen hakların varlığında bu hukuki menfaatlere yönelik saldırılara rıza gösterilmesi ile, tipik fiil hukuka uygun kılınmaktadır. Ancak hem kolektif hem de bireysel değerleri çatısında bulunduran

---

<sup>231</sup> Ünver,  **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**,s.983.

suç tiplerinde, kanunkoyucu suç tipini düzenlerken rızanın olmamasını yahut rızaya aykırı olmasına önem vermektedir.

Tıp biliminin gelişmesi; klonlama gibi konularda da kanun koyucunun yeni suç tipleri yaratmasını zorunlu kılmaktadır. Çalışma konumuz bakımından ele aldığımız bazı özellikli tıbbi müdahaleler ve insan üzerindeki araştırmalar; hem bireysel hem de kolektif tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku normları ile bu alanlarda çeşitli düzenlemeler yapılması zorunluluk arz etmektedir. Ancak oluşturulacak yeni suç tiplerinde de birey özgürlüğü mutlaka dikkate alınması gerekmektedir<sup>232</sup>.

Çünkü ilgilinin rızası kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile yakından ilişkilidir. Tipikliği kaldıran rızada; kişinin irade özgürlüğüne özel bir atıf yapılmıştır ve bu değerler de kişiye özgüdür. Örneğin TCK m 90'da belirli şartların yanısıra, irade özgürlüğünün tanınmış olması, kişiyi koruma görevinden kaynaklıdır. TCK m. 99'daki durum da benzerdir. Çünkü kürtaja belirli şartlarda izin verilmiştir. Bu şartlar yerine getirilmiş ve kişi gönüllü ise fiil tipik sayılmayacaktır. Sosyal devlet toplumu ilgilendiren hukuki menfaatler söz konusu olduğu için kisilere iradelerini ortaya koymalarına imkan tanımış ancak bunu denetim altında tutmuştur. Genel tıbbi müdahalelerde ise bireyin bizzat tasarruf edebileceği hakka yönelen hukuka aykırı fiil; bireyin rızası ile hukuka uygun hale getirilmektedir. Suç tipinde rızanın varlığı özel olarak aranmamaktadır. Fiil rızaya rağmen tipiktir ancak hukuka uygun olmaktadır. Bu nedenlerle monist hukuki menfaat anlayışı bu düzenlemeyi açıklayamamaktadır. Biz, bireysel ve kolektif hukuki menfaat anlayışını kabul eden ve bunlara eşit ve ayrı ayrı yaklaşan düalist teoriyi desteklemekteyiz.

---

<sup>232</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**,s.626-628, 639.

## 2. İlgilinin Rızasının Hukuka Uygunluk Teorilerini Sınıflandıran Monist ve Çoğulcu Görüşler Açısından Değerlendirilmesi

İlgilinin rızası, hukuka uygunluk sebeplerini sınıflandıran görüşler bakımından da değerlendirilmiştir. Bu açıdan da monist ve pluralist olmak üzere iki ana görüş ortaya çıkmıştır. **Monist görüşler** tüm hukuka uygunluk nedenlerini tek fikirli bir ilkeye tabi kılmak istemektedir<sup>233</sup>. "Monistik" olarak da adlandırılan bu teorilere göre, bütün hukuka uygunluk sebeplerinin dayandığı birleşik temel bir ilke bulunmaktadır<sup>234</sup>. Bunlara göre; ceza kanunlarında hareketten etkilenen kişinin iradesine karşı işlenen suç tipi söz konusu ise, ilgilinin rızasının yokluğunu aramak, Ceza Hukukunun ratio legis karakterine uygun olarak anlamlı olacaktır<sup>235</sup>.

Monist teorilerden *Amaç teorisi*<sup>236</sup>, ne göre failin kastı önem taşımaktadır. Gerçekleştirilen fiilin sonuçları daha olumlu ise, bu durumda fiil hukuka uygun kabul edilecektir<sup>237</sup>. Kanunen tanınmış amaçlardan kaynaklanan fiiller, hukuka aykırı değildir<sup>238</sup>. Dolayısıyla amaç teorisine göre, bu müdahaleler kanunlara aykırı değildir ve meşru bir amaca ulaşmak için uygun bir araç oluşturmaktadır<sup>239</sup>. Tipik hareket "kurallara uygun" ise yani meşru (doğru) bir amaca ulaşmak için gerçekleştirilmiş ise hukuka uygun kabul edilmektedir<sup>240</sup>.

Mağdurun hak sahipliğinin korunmasındaki menfaat ile bundan daha önemli menfaatler arasında çatışma söz konusu da olabilmektedir. Hatta meşru savunma, zorunluluk hali gibi durumlarda bu menfaatlerin yer değiştirebildiği de görülmektedir. Öte yandan "*volenti non fit iniuria*" kuralına göre, belirli bir müdahaleye karşı bireyin hukuki menfaatinin korunması açısından herhangi bir

---

<sup>233</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79.

<sup>234</sup> Buna özellikle, amaç teorisi de dahildir. Bkz. Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 Rn.6; Albin Eser, "Justification and Excuse", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 24, No. 4 (Autumn, 1976), s.630.

<sup>235</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 656.

<sup>236</sup> zwecktheorie

<sup>237</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.196.

<sup>238</sup> Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 Rn.6.

<sup>239</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79.

<sup>240</sup> Paeffgen/ Zabel, **Nomos Kommentar**, Vorbem. § 32 Rn.44c.

sebebin artık kalmadığı durumlar da söz konusudur. Bu durumlarda hak sahibi, rıza ve varsayılan rızada olduğu gibi, bu müdahalelere karşı korunmak istemediğinden menfaatlerin dengelenmesi ilkesi söz konusu durumun açıklanması daha uygundur. Değerlerin çatışması ilkesi tam olarak uygun düşmemektedir<sup>241</sup>. Ancak doktrinde ilgilinin rızasının menfaatlerin dengelenmesi teorisi ile de tam açıklanamadığı savunulmaktadır<sup>242</sup>.

Bu konuda başka bir teori de **Menfaatlerin karşılaştırılması (Güterabwägungstheorie) teorisi**dir. Buna göre korunan hukuki menfaat, fiil sonucunda elde edilen yarardan daha fazla ise bu durumda hukuka uygunluk söz konusudur<sup>243</sup>. Hukuki menfaat sahibinin rıza açıklamasıyla; kendi hukuki menfaatinin dokunulmazlığı ile elde ettiği yarar ile failin fiili gerçekleştirmesiyle elde edeceği yarar arasında, ilgili hukuki menfaat sahibi bir seçim yapmaktadır. Yararlar arasında yapmış olduğu karşılaştırma sonucunda, failin elde edeceği yararı tercih etmektedir<sup>244</sup>. İlgilinin açıkladığı rızasının toplumsal yararlar ile kendi yararı arasında çatışma yarattığı belirtilse de, teorinin başka savunucularından Lenckner'a göre bu durumda ağır basan yararın tercih edildiği belirtilmektedir. Roxin'e göre ise ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da, hukuka uygunluğu daha baskın olan yararın tercih edilmesi gerekmektedir.Öt yandan Schmidhauser bunu hukuki menfaat ile ilişkilendirerek, kişinin çatışan değerleri arasında tercih ettiği değeri ön planda tutarak, bunun lehine seçim yapması olarak kabul eder<sup>245</sup>.

Öte yandan "**hasardan çok yarar**" ilkesi<sup>246</sup>, somut duruma göre hukuki menfaatlere ve çıkarlara öncelik verilmesi ve geri kalanların reddedilmesi gerektiğine

---

<sup>241</sup> Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 Rn.7.

<sup>242</sup> Eser, "Justification and Excuse", s.630; Dülger, s.159.

<sup>243</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.196.

<sup>244</sup> Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 16-53'ten aktaran Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.197 dip not 110.

<sup>245</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.197-198.

<sup>246</sup>"mehr-nutzen-als-schaden" prinzip

yani basit bir "değer değerlendirmesi" temeline dayanmaktadır<sup>247</sup>. Monist görüşte olan Baumann ise kümülatif menfaatler ilkesi veya zorunluluk ilkesi ile sınırlandırılmış; baskın çıkar ilkesini savunmaktadır<sup>248</sup>.

**Çoğulcu teoriler'** e göre hukuka uygunluk nedenlerinin sınıflandırılması için birden fazla hukuki menfaat arasında seçim yapılmalıdır. Çünkü çoğulcu görüşler, hukuka uygunluk sebeplerini farklı temel noktalardan ele aldıkları için monist görüşlerin karşısında yer alır. Esasında çoğulcu görüşler, ilgilinin rızası haricinde diğer tüm hukuka uygunluk sebepleri için birleştirilmiş bir sınıflandırma yapabilmektedir<sup>249</sup>. Ancak ilgilinin rızası noktasında ayrışmalar bulunmaktadır. Örneğin Mezger'e göre ilgilinin rızası menfaat eksikliğine dayanmaktadır. Buna göre kişi artık bu korumadan faydalanmasında bir yararı bulunmamaktadır<sup>250</sup>. Mezger, farklı menfaatler ilkesi ve ağır basan menfaatler ilkesine yani düalistik bir bakış açısı ile konuya yaklaşmış, ilk olarak, rıza ve varsayılan rızaya yer vererek ikinci durumda yasal savunma (Alm. CK m.32) ve çeşitli zorunluluk hallerine yer vermiştir<sup>251</sup>.

Gropp'a göre de ilgilinin rızası için dayanak menfaat eksikliği olmalıdır<sup>252</sup>. "Menfaat eksikliği" ilkesinin yanı sıra; "Ağır basan menfaat" ilkesi veya "haksızlık eksikliği" ilkesiyle birlikte; "ağır basan yasa" ilkesi de bulunmaktadır<sup>253</sup>.

Üçüncü bir hukuka uygunluk sebebi dayanağı ise dayanışma ilkesidir. Başkalarının, özellikle de halkın yararına, mağdurun hakları yahut menfaatleri ihlal

---

<sup>247</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 Rn.6.

<sup>248</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79.

<sup>249</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79.

<sup>250</sup> Mezger, *Strafrecht*, s.204-207,225'ten aktaran Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.198-199 dip not 117.

<sup>251</sup> Paeffgen/ Zabel, **Nomos Kommentar**, Vorbem. § 32 Rn.44a.

<sup>252</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.200.

<sup>253</sup> Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.79.

edilmektedir. Şüphe durumunda müdahale etme hakkını veren sayısız idari haklar ve özellikle ağır acil durumlar bu ilkeye örnek verilmektedir<sup>254</sup>.

Kangal'a göre ise dörtlü bir ayırım yapılmalıdır. Ancak ilgilinin rızasının dayanağı "yararların tanımlanması"dır. Hukuki menfaatini ihlal eden fiil, rıza açıklanan ilgili tarafından yararlı yahut kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir<sup>255</sup>.

Esasında menfaatlerin veya hukuki menfaatin ölçülmesi kuralı, genel hukuk düzeni ile ilgisizdir. Çünkü hukuka uygunluk sebepleri, hukuk sisteminin tamamından da kaynaklanabilir<sup>256</sup>. Bu nedenlerle ilgilinin rızası monist teorilerle tam olarak açıklanamaz<sup>257</sup>. Doktrinde çoğulcu görüşler soyut olmalarından ötürü eleştirilmekte<sup>258</sup>, bunlardan düalist görüşün daha uygulanabilir olduğu savunulmaktadır<sup>259</sup>. Kanaatimizce menfaatlerin korunmasından vazgeçme ve menfaat yokluğu kriterlerinden hareketle ilgilinin rızası sınıflandırılabilir.

### 3. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

Hukuka uygunluk sebepleri, yazılı olabileceği gibi örf ve adet hukuku kaynaklı da olabilir. Hukuka uygunluk sebeplerinin sayısı hukuktaki değişikliklere göre zaman içerisinde artabilir. İlgilinin rızası, 765 sayılı mülga TCK dönemimde yazılı bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemekteydi. Ancak içtihatlar ile bu

---

<sup>254</sup> Jakobs, **AT**<sup>2</sup>, § 11 Rn.3c.

<sup>255</sup> Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s.200.

<sup>256</sup> Paeffgen/ Zabel, **Nomos Kommentar**, Vorbem. § 32 Rn.48.

<sup>257</sup> Eser, "Justification and Excuse", s.630; Dülger, s.159.

<sup>258</sup> Eser'e göre en azından bu bir başlangıç noktası yaratmıştır. Böylelikle de var olan ve geliştirilecek olan hukuka uygunluk nedenlerine uygulanabilecektir. Görüş için Bkz. Eser, "Justification and Excuse", s.630; ayrıca benzer görüşler için bkz. Dülger, s.160; Rönnau'a göre ise hukuka uygunluk sebeplerini sınıflandırma girişimleri verimli olmamış ve "*çok resmi soyutlamalar veya gevşek yan yana yerleştirmeler*" ötesine geçememiştir. Hatta katalogların dogmatik olarak alakası bulunmadığı da savunulmaktadır. Bu nedenle Hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurlarının kabul edilmesi halinde ise, genel anlamda bir değerlendirme yapılmasının daha da zor olduğu belirtilmektedir. Bkz. Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Vor § 32 Kn.80.

<sup>259</sup> Bkz. Eser, "Justification and Excuse", s.631.

kurumun bir hukuka uygunluk sebebi olduğu tespit edilmişti<sup>260</sup>. Doktrinde de yazılı olmayan hukuka uygunluk sebepleri arasında belirtilmekteydi<sup>261</sup>.

765 sayılı mülga TCK'ya benzer bir durum Alman Ceza Hukukunda da görülmektedir. Alman Ceza Hukukunda da azılı olmayan hukuka uygunluk sebeplerinin arasında ilgilinin rızası yer almaktadır. Türk Hukukundan farklı olarak, Alm. CK. m. 228'de sadece "*einwilligung*" yani "*rıza*" terimi kullanılmıştır. Hak sahibinin, bunun ihlaline izin verip vermediği önem taşımaktadır. Suçun unsurları gerçekleşse dahi, rızanın söz konusu olduğu durumlarda hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır<sup>262</sup>.

İlgilinin rızasının düzenlendiği TCK m. 26/2, bulunduğu bölüm itibariyle "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*" alt başlığında yer almaktadır. Bu şekilde ilgilinin rızası kanunda bulunduğu sistematik açısından hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler içerisinde yer almaktadır<sup>263</sup>. TCK'nin Birinci Kitap İkinci Kısım Üçüncü Bölümünde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran düzenlemelerin sadece bazıları hukuka uygunluk sebebidir. Bölüm başlığının bu şekilde tercih edilmesinin sebebi gerekçede doktriner tartışmalar olarak belirtilmiştir<sup>264</sup>.

Türk Ceza Hukuku bakımından kanun koyucunun tercihi, genel hükümlerde yer alan TCK m.26/2 uyarınca, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesidir. Şartları varsa her suç tipi bakımından uygulama alanı bulacaktır. Suç tipinde rızaya işaret edilsin yahut edilmesin, hukuka aykırılık unsuru irdelemesine geçildiğinde uygulanabilirliği teorik açıdan kabul edilse de; tipiklik unsuruna dahil rızanın varlığı durumunda suç oluşmayacağından hukuka aykırılık unsurunun incelenmesinin anlamlılığı bulunmamaktadır.

---

<sup>260</sup> Zafer,s.294.

<sup>261</sup> Mahmutoğlu, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri", s.54.

<sup>262</sup> Heinrich, § 16 kn.451.

<sup>263</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, s.378-379.

<sup>264</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.250-251.

İlgilinin rızası, 5237 sayılı kanun kapsamında her ne kadar ceza sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler içerisinde düzenlenmiş ise de; TCK m.26 gerekçesinde, ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucu ilgilinin rızasının hukuki niteliği açısından tercihini “*hukuka uygunluk sebebi*” olarak kullandığı madde gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Alman doktrininde bir görüşe göre; her suç bakımından, tipikliği kaldıran rıza olarak ele alınmalıdır<sup>265</sup>. TCK’nin açık düzenlemesi sonucunda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirdiğimiz ilgilinin rızası, genel hükümlerde düzenlendiği için bu görüşü kabul etmemiz kanaatimizce mümkün değildir.

### **C. İlgilinin Rızasının (Hukuka Aykırılığı Kaldıran Rızanın) Koşulları**

#### **1. Genel Olarak**

İnceleme konumuz bakımından hukuka aykırılığı kaldıran rızanın yasal karakteri önem taşımaktadır<sup>266</sup>. Tipikliği kaldıran rıza, kişinin isteklerine aykırı haksız karakterini taşıyan belirli bir suç tipini ihlal eden fiilin, önde gelen etkili unsurlarını değerlendirme dışı bırakmaktadır. Ancak ceza hukukunda etkili bir fiil kişinin kendi kaderini belirleme hakkı kapsamında açıklanan rıza ile hukuka uygun kılınabilir<sup>267</sup>. Tipikliği kaldıran rıza’nın aksine, hukuka aykırılığı kaldıran rızada kişinin yasal korumadan feragati söz konusudur. Hukuk düzeni ilgiliye, kendi geleceğini tayin hakkını kullanarak açıklama yapmasına fırsat tanımaktadır<sup>268</sup>. Öte yandan kişinin serbestçe tasarruf edebileceği haklara yönelik rıza açıklamasının, her zaman tipikliği kaldıran bir etkiye sahip olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> Roxin, **AT I**, §13 kn 78 vd.

<sup>266</sup> Kaspar, **AT**, §5 Rn.365.

<sup>267</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, s.5.

<sup>268</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 551.

<sup>269</sup> Zipf, s.30; Göbel,s.20.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza, bunu açıklayan ilgisinin iradesi **“tipiklik düzeyinde gözönünde bulundurulmadığı”** suç tipleri bakımından ele alınır<sup>270</sup>. Yasal hak sahibinin rızası olmadan yahut rızasına aykırı hareket tipe uygun değilse, bu rıza hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilir. Örf ve adet hukuku temelli, yazısız hukuka uygunluk sebebi teşkil eden Alm CK m.228’de olduğu gibi, bu durumda kişinin özerkliği prensibi üzerine inşa edilen Alm AY m.2/1’deki kişinin kendi kaderini tayin hakkı devreye girecektir<sup>271</sup>.

Öte yandan hakim görüşe göre; hukuka aykırılığı kaldıran rıza, kişinin kendi kaderini tayin hakkının bireysel yasal korumasından feragat anlamına gelmektedir<sup>272</sup>. Günlük hayatta, Ceza kanunları bakımından tipik olan ve yalnızca ilgili kişinin rızasıyla hukuka uygun sayılabilen birçok davranış bulunur<sup>273</sup>. Bazı suç tiplerinde olduğu gibi objektif olarak fiili dışlayan tipikliği kaldıran rızanın aksine, ilgisinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirilen hareket, fiile ilişkin olmadığında<sup>274</sup> hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilecektir. Benzer durum Alm CK m. 228 kapsamında da değerlendirilebilir<sup>275</sup>.

Esasında hukuka aykırılığı kaldıran rıza, bir anlamda hukuka aykırılığa onay vermektir<sup>276</sup>. Rıza -(Consent/Einwilligung) ve hatta doktrinde bazı görüşlere göre

---

<sup>270</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.93-94; Öztürk/Erdem, §5 kn.432.

<sup>271</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 550.

<sup>272</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, s.5.

<sup>273</sup> Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch**,6.Auflage, München, Verlag C.H.Beck,2013, §13 kn.3.

<sup>274</sup> Geerds, **GA**, **1954**, s.262vd.

<sup>275</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, s.5.

<sup>276</sup> Heinrich, “Einverständnis–Einwilligung–Mutmaßliche Einwilligung”, s.1.

varsayılan rıza- (Presumed consent/mutmassliche einwilligung)<sup>277</sup> uygulamada hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilir<sup>278</sup>.

Anayasal ilkeler, kişileri belirli bir seçime zorlamaz veya standart uygulama getirmez ve ilkelerden de bunun beklenmemesi gerekir. Çünkü ilkeler sadece hukuki kavramları ve onların karşıtlarını tanımlamaktadır<sup>279</sup>. Pozitif özgürlük hakları da bir talep ya da istek şeklinde yerine gelir ve rıza ile kişiye bu noktada davranışta bulunmasına bir dereceye kadar imkan tanınır. İlgili, sahip olduğu hukuki menfaatlerin yönetimine ilişkin alacağı kararını belirlemek için, fiili gerçekleştirecek kişi ile anlaşması sonucunda iki tarafın ilişkisi rıza ile bağlantılı hale getirilir<sup>280</sup>. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında, kişi kendi bedeni üzerindeki hakkını serbestçe bertaraf edebilir. Bu özgürlüğü sadece ahlaki yükümlülükler veya iyi ahlak veya doğrudan yasal emirler ile sınırlandırılabilir<sup>281</sup>. Tıbbi müdahaleler bakımından açıklanan rıza, hastanın öncelikle bedensel bütünlüğü hakkını korumaktadır<sup>282</sup>. Bedensel bütünlüğü korumanın, hareket özgürlüğünün yanı sıra, ilgilinin rızası hastanın kaderini tayin hakkının gerçekleştirilebilmesine de hizmet etmektedir<sup>283</sup>.

Hukuka aykırılığı kaldıran rızanın hangi konuda açıklandığı da önem taşımaktadır. Rızanın ilgili olduğu konuda fiilin gerçekleştirilmesi, rıza açıklayan kişinin *“bu konu üzerinde serbestçe tasarruf hakkını haiz olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve ahlaka aykırı bir şekilde yapılmamış bulunması gereklidir.”* Aksi

---

<sup>277</sup> " Ölüm öncesi aile üyeleri veya hasta tarafından itiraz edilmedikçe, hastalara prosedürleri uygulamak veya organları transplantasyon için kadavralardan organ alımı için sağlık personeline yetki verilmesi adına kurumsal bir politika hazırlanmıştır. Bu aynı zamanda ebeveynlerin izni olmadan küçüklerin acil bakımını da içermektedir." U.S. National Library of Medicine (Çevrimiçi), <http://www.definitions.net/definition/Presumed%20Consent> , 16.08.2016 .

<sup>278</sup> Fisher, s. 398; Türk Hukukunda da Kangal tarafından varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmektedir. Konuya dair detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Zeynel T. Kangal, "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", **GÜHFD**, C XV, 2011, (223-251), s.246.

<sup>279</sup> Lagodny,s.38.

<sup>280</sup> Alasdair Maclean, **Autonomy, Informed Consent and Medical Law**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009,s.123.

<sup>281</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB** , s.4.

<sup>282</sup> Maclean, s.145.

<sup>283</sup> Rosener,s.7.

halde “rızanın konusunda sakatlık söz konusu buluncağından”, hukuka aykırılık ortadan kalkmayacaktır<sup>284</sup>. Böylelikle hukuka aykırılığı kaldıran rıza ile kişi iradi olarak bizzat kendi geleceğini takdir edebilecektir.

## 2. Üzerinde Serbestçe Tasarrufta Bulunulabilen Hakkın Varlığı

### a. Genel Olarak

Günümüzde ilgilinin rızasının temeli, sadece *volenti non fit iniuria* ilkesine dayandırılmaz, çünkü AY’da yer alan kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile yakından ilişkilidir<sup>285</sup>. Rıza, bireyin özgürce gelişebilmesi için kişinin serbestçe tasarruf edebileceği hukuki menfaatlerine müdahale edilmesi sebebiyle oluşan tipik fiillerin hukuka aykırılığını dışlayıcı etki ortaya koyar<sup>286</sup>. İlgili rıza açıklayacağı konu üzerinde serbestçe tasarruf edemiyorsa açıkladığı rızaya da hukuk itibar etmeyecektir. Çünkü rıza ancak “Üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkı” olan bir konuda açıklanabilir<sup>287</sup>. Bu hususa örneğin; TCK m.26/2, İta CK m.50 ve Alm CK m.228’de işaret edilmiştir. İlgilinin rızası; bazı kanunlarda ahlak ve adaba aykırılık teşkil etmeme, bazılarında ise serbestçe tasarruf edilen haklar üzerinde açıklanabilme kriterlerine vurgu yapılarak kanunlaştırılmıştır. Fakat tıbbi müdahaleler açısından ilgilinin rızasının sınırını, Ceza Kanunlarının özünde insan onurunu ve kişiliğin serbestçe geliştirilme hakkını koruma altına aldığından bahisle değerlendirmek gerekmektedir<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> Dönmezer/Erman, C.II, kn.752.

<sup>285</sup> Kühl, AT<sup>5</sup>, §9 kn. 20.

<sup>286</sup> Walter Gropp, “Die Einwilligung in den arztlichen Heilengriff-ein Rechtsfertigungsgrund”, GA, **1, 2015**, s.5.

<sup>287</sup> Köksal Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu:17 Kasım 2006, MÜHF Sempozyum Özel Sayısı: 1, 2007, s. 104;

Kienapfel/Höpfel/Kert, AT<sup>15</sup> (2016), E 1 5 64.

<sup>288</sup> Eski tarihlerde var olan Düelloya rıza, kişinin kendi rızası ile öldürülebileceği ihtimaline rağmen açıklanmaktadır. Benzer bir şekilde rıza açıklamasını, ötenazide de görmekteyiz. Yaşama hakkı kapsamında rıza açıklaması yapıp yapılamayacağı konusu da doktrinde ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Kanuna, ahlaka ve adaba aykırı fiillere yönelik olarak açıklanan rıza da problemlili bir alandır. Ayrıca organ nakli de değerlendirilmesi gereken başka bir konudur. Kişinin benzersizliği açısından da klonlama, ceninin hayatının başlangıcı bağlamında kürtaj, sado-mazo cinsel ilişkiler, cinsiyet değişikliği, özellikle psikiyatri gibi tıbbın gizemli alanında rızanın konusu önem taşımaktadır. Ayrıca acil tıbbi müdahaleleri, cerrahi operasyonlar, Estetik operasyonları, diş hekimlerinin

Bununla beraber birey sahip olduğu hukuki menfaatlerden sınırsız olarak vazgeçemez<sup>289</sup>. Mağduru toplum olan suçlarda ise birey böyle bir açıklamada bulunma özgürlüğüne sahip değildir<sup>290</sup>. Kişi özerkliğinin bir uzantısı olarak, ancak kişisel hukuki menfaatleri konu alan ihlaller bakımından ilgililer rıza açıklamasında bulunabilir<sup>291</sup>. Mutlak surette tasarrufta bulunulabilen haklar bakımından ancak rıza açıklanabileceği TCK m.26/2'de açıkça belirtilerek, rızanın sınırları Türk kanun koyucusu tarafından çizilmiştir.

Hakkın tam olarak ne ifade ettiğine, bu kavramın içerisini dolduran yargılama süjesi yani mahkemeler karar vermektedir. Hakkı ne şekilde anlarsak anlayalım, esasında mahkemelerin hakkın içeriğini çizmesi sonucunda bir hakkın ihlal edilip edilmediğine karar verilmektedir. Hak kavramı, sadece insana ait bir hak mı olduğu konusunda da sorgulanabilir<sup>292</sup>. Esasında kişinin hukuki menfaatlerini kullanıp atabilme imkanı olması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>293</sup>. Kişinin kendi değerlerini yoketme (bir ağaçtan düşme gibi) yahut yaralama (dövme yaptırma gibi) eğilimi, kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı ile güçlendirilmiştir<sup>294</sup>. Örneğin kamusal haklar söz konusu olduğunda kişilerin bireysel tercihleri gözardı edilecektir (örneğin trafikteki yol güvenliği gibi konularda kişilerin bireysel tercihleri değil, kamunun refahı önemlidir)<sup>295</sup>. Bu nedenlerle acil tıbbi tedavi; hastanın rızası olmadan veya hastanın rızasına aykırı olarak yapılabilmektedir<sup>296</sup>.

---

uygulamaları, çocuklara yönelik tıbbi müdahaleler, genetik konulu tıbbi müdahaleler ve benzeri gibi tıbbi jargon sebebiyle tam olarak aydınlatma gerçekleşmeden rıza gösterilen her türlü tıbbi müdahale rızanın önemini bize bir kere daha göstermektedir. Yeri geldiğinde bu hususları detaylı olarak ele alacağımızdan, bu başlık altında özellik arz eden tıbbi müdahalelere yönelik açıklana rızanın konusu üzerinde açıklama yapmayacağız. Detaylı bilgiler için tezin ilgili bölümüne bakınız.

<sup>289</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.430; Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.99; Köhl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.27.

<sup>290</sup> Köhl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.27; Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.99.

<sup>291</sup> Zafer, s.327.

<sup>292</sup> Hak kavramı hakkında detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Cormac Cullinan, **Vahşi Hukuk**, Çev. Meral Güneşdoğmuş, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2014, s. 134 vd.

<sup>293</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 552.

<sup>294</sup> Göbel, s.25.

<sup>295</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 552.

<sup>296</sup> Christine Wagner, **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**, 1.Auflage, Berlin, Duncker&Humblot GmbH, 2015, s.158.

Toplumda bireyleri güçlendirmek ve bireyin negatif özgürlük haklarını kontrol edebilmek için bir araç olarak kişilerin rıza göstermesine yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır<sup>297</sup>. Bu nedenle kişinin bedensel bütünlüğü açısından açıklayacağı rıza da; önemli kısıtlamalara tabidir<sup>298</sup>. Örneğin HHY m.28 uyarınca “*hukuka ve ahlaka aykırı*” rıza alınamaz, hukuka aykırı rıza dayanak gösterilerek tıbbi müdahalede bulunulamayacağı düzenlenmiştir.

Ortak yaşamın gereklilikleri salt yazılı kurallar değildir. Kişinin kendi kaderini tayin hakkının, özerkliğinin ve hatta “biricik” olmasının savunulurken; diğer kişilerin de aynı haklara sahip olduğu gerçeğinin de görmezden gelinmeden yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Başkalarının haklarına tehdit edecek ve hatta zarar verebilecek şekilde bireye ait hakların genişletilmeden konuya ilişkin değerlendirmeler yapılmalıdır.

#### **b. Tartışmalı Konular Bakımından Değerlendirme**

Üzerinde mutlak tasarrufta bulunabilecek hakların tespiti açısından, çeşitli görüşler bulunmaktadır. *Gelenekçi görüşe* göre, hayat hakkı kişilerin tasarruf alanında değildir. Dinsel bir bakış açısıyla bu yoruma varılmaktadır. *Sosyal Yükümlülükler görüşüne* göre insanın toplumsal hayatta bazı sorumlulukları vardır. Bunlardan tek başına vazgeçmesi mümkün değildir. *İnsan Hakları Görüşüne* göre ise yaşam hakkı dahil olmak üzere kişi özerkliği sebebiyle kişiler isterlerse yaşam hakları konusunda da tasarrufta bulunabilirler. İntihara teşebbüsün suç olarak düzenlenmesi buna örnek olarak verilmektedir<sup>299</sup>. Anayasal bir hak olan "yaşam hakkı" ile kürtaj tartışmaları da, tasarrufun sınırı ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle, özgürlük ve özgürlüğün sınırlanmasına ilişkin genel anayasal hükümleri çok soyut bir biçimde formüle edildiğinden genişletilerek yorumlanmaktadır<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Maclean, s.62.

<sup>298</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, AT<sup>45</sup>, §11 kn 552.

<sup>299</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.437.

<sup>300</sup> Dubber/Hörnle , s.138.

Öte yandan doktrinde; kişinin bedensel bütünlüğünü bozacak şekilde rıza açıklayamayacağı da savunulmaktadır<sup>301</sup>. Öncelikle, rıza yetkilisinin haklarını ihlal etme hakkına sahip olması gerekir<sup>302</sup>. Çünkü ilgilinin açıklayacağı rızanın hukuki sınırı, Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında “*üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak*” belirtilmiştir<sup>303</sup>. Bu düzenleme uyarınca, mutlak surette tasarruf alanına dahil olmayan hakları bakımından ilgilinin rızası hukuki sonuç doğurmayacaktır. İlgilinin rıza açıklayacağı değer; ilgili kişiye ait ve üzerinde tasarruf edilebilir olmalıdır. Böylelikle açıklanan rıza da genel hukuki koruma sağlamasının yanı sıra örneğin Alm CK m.216, m. 228 gibi özel düzenlemeleri de dışlamaktadır<sup>304</sup>. Bu maddelerde düzenlenen suç tiplerinde geçerli bir rızanın varlığı fiilin suç teşkil etmesini engellemektedir.

Doktrinde yaşam hakkını ortadan kaldıracak fiillere yönelik açıklanan rızanın geçersiz olduğu da savunulmaktadır<sup>305</sup>. İlgiliye, rızasını her konuda açıklama hakkı hukuken tanınmamıştır. Sadece üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklar bakımından rıza açıklamasına hukuk bir değer atfedebilir. Çünkü rıza açıklanabilecek konular hukuken sınırlandırılmıştır. Örneğin kişi beden bütünlüğü üzerinde rıza açıklayabilir ancak yaşamı konusunda tasarrufta bulunamaz<sup>306</sup>. Bu görüştekilere göre; yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez haklarından, öte yandan kişinin bu hakkından vazgeçmesi durumunda kamusal menfaatler de bundan etkilenecektir<sup>307</sup>.

Öte yandan Türk Hukuku bakımından ilgilinin rızasının TCK'da kendisine yasal zemin bulması sonucunda üstü kapalı bir ötenazi hakkı tanındığına yönelik

---

<sup>301</sup> Zafer,s.327.

<sup>302</sup> Jens-M. Kuhlmann, **Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen**, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 1996, s.14.

<sup>303</sup> Doktrinde hak yerine “hukuki değer” ibaresinin kullanılmasının daha uygun olduğu yönünde eleştiriler için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.10.

<sup>304</sup> Heinrich, “Einverständnis–Einwilligung–Mutmaßliche Einwilligung”,s.1.

<sup>305</sup> Gökhan Taneri, **Hasta Hakları**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi,2014, s.184.

<sup>306</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.393; Krey/Esser, **AT<sup>6</sup>** , §17 kn. 663.

<sup>307</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT<sup>45</sup>**, §11 kn 552.

yorumlar da yapılmaktadır<sup>308</sup>. Elbette ki; yaşam hakkı bakımından iç hukuk metnimiz haline gelen İHAS'a yönelik bireysel ihlalleri konu alan davalarla ilgilenen İHAM yorumları Türk Hukuku açısından da önem arz etmektedir. Eğer daha ileri bir düzenleme mevcut değilse, Ceza Hukuku gibi temel hak ve özgürlükleri koruma amacı olan bir hukuk dalının İHAM kararlarını göz ardı etmesi mümkün değildir. Hatta TCK hükümleri değerlendirilirken, İHAS da aynen AY'deki haklar gibi göz önünde bulundurularak sonuca ulaşılmalıdır.

Her şeyden önce ilgilinin rızası, kişinin kendi kaderini tayin hakkının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Fakat doktrinde bir görüşe göre; bu, her durumda da ne pahasına olursa olsun kişinin özerklik talep edeceği anlamına gelmeyecektir<sup>309</sup>. Daha sonra detaylarını aktaracağımız birçok konuyu özetle şöyle değerlendirebiliriz: Aktif ötenazi hukukumuzda kabul edilmemektedir. Hukukumuz bakımından kasten insan öldürme suçu olarak kabul edileceğinden, somut olayın şartları elverdiği ölçüde TCK m.81 veyahut 82 uygulama alanı bulabilir. Ancak pasif ötenazi veyahut tedaviyi reddetme hakkı uzantılı ölüm hukukumuz bakımından da uygulama alanı bulabilirdi. Çünkü kişi kendi kaderi hakkında serbestçe tasarruf edebilme hakkına dayandırılabilir. Öte yandan yardımcı intihar TCK m.84 bakımından suç oluşturmaktadır. Hekim dışı kişilerin de hekimlerin de TCK m.84 bakımından ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanun koyucu eski TCK tasarısında buna daha az ceza öngördüğü ayrı bir norm olarak düzenlenmesine karşın, mevzuatımız bakımından buna izin veren bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Kanaatimizce hastanın tedaviyi red hakkına saygı duyulmalıdır. Kanaatimizce hasta vasiyetnameleri<sup>310</sup> de konuyu yaşam hakkı bakımından tasarrufta bulunulabilecek noktalara getirmekte ve pasif ötenaziye olanak verildiğini akla getirebilir. İlgilinin rızasını kişinin kendi kaderini tayin hakkından bağımsız düşünmek günümüz

---

<sup>308</sup> Yazarlara göre Alm CK m.216 ve 2001 TCK tasarılarındaki talep üzerine insan öldürme suç tipi insan hakları görüşünün etkisiyledir. Yaşam hakkı üzerinde mutlak tasarrufta bulunulabilmesinin de taraftar topladığına yönelik bir gerekçedir. Öztürk/Erdem, §5 kn.437.

<sup>309</sup> Odenwald,s.47.

<sup>310</sup> Detaylı açıklamalarımız için bkz. Varsayılan Rıza ve Ötenazi Bakımından Değerlendirme alt başlıklarındaki açıklamalarımız.

mevzuatı bakımından mümkün olmadığı gibi, hem güncel hukuk normları hem de olması gereken hukuk bakımından rızayı tek başına ilgisinin tasarruf alanına sokmaktadır. Kişinin kendi kaderini tayin hakkının yansması olarak, hukuki menfaatlerin ceza hukuku ile korunmasında da sınır kişinin tercihleridir. Birey ancak özgür bir şekilde maddi ve manevi varlığını geliştirebilir<sup>311</sup>.

Acil durumlar bakımından da, varsayılan rıza kurumu uygulama alanı bulabilir. Ancak bu durumda da şartların iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Tedaviyi red hakkı, açlık grevi ve intihar fiillerinde kişinin zorla yaşatılması noktasında, kişinin kendi kaderini tayin hakkına yönelik ağır bir ihlal bulunduğu da açıktır. Hekimler de kişileri zorla tedavi etmek durumunda bırakılmaması için yasal düzenleme yapılması gerekir. Hekimlerin çoğu, Ceza Hukuku bakımından garantör oldukları bu gibi durumlarda hastayı tedavi etmeye çalışmaktadır. Kanaatimizce konuya dair yasal bir düzenleme eksikliği vardır. Burada bilinçli boşluk bırakıldığını düşünmemekteyiz. Kişilerin hakları üzerinde serbestçe tasarruf edeceklerini kabul eden hekimler, TCK m.83 veya 88'nin uygulanabileceği durumları ortadan kaldırmak için, ceza sorumluluğu ile karşılaşmamak adına uygulamada etik bulmadığı tedavi davranışını gerçekleştirmekte ve hastanın yaşamını kurtarmaya çalışmaktadır. Yahut tam tersi durumlarda, tıp etiğine aykırı baskıcı bir paternalist yaklaşımla hastanın tercihine aykırı bir şekilde tedavi uygulamaktadır. Ve hastanın yaşamını kurtarmaya çalışmaktadır.

Kişilerin intihar gibi bireysel tercihte bulunabileceği haklar bakımından konuyu ele alırsak; toplumun beklediği yaşam süresi, yakınlarının ondan beklediği manevi destek gibi gerekçeler ile tedaviyi red hakkı kısıtlanmamalıdır. Ancak

---

<sup>311</sup> Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer**, s. 430-431; *Hooligan gruplar arasında düzenlenmeye başlanan Takım kikkoksu (Mannschafskickboxen)* da doktrinde rıza açıklanabilececek alanlardan olup olmadığı noktasında ele alınmıştır. Katılımcıların serbest iradeleriyle bedensel bütünlüklerine zarar verebileceğini bildiği bu fiiller kanaatimizce rıza açıklanabilecek alanlardan kabul edilirler ise, kasten yaralama suçu bakımından tipik olsalar da hukuka uygun sayılacaklardır. Jan Spoenle, "Hooligan-Trendsport „Mannschafskickboxen" – bloß bizarr oder doch strafbar?", **NStZ 2011**, s.554.

toplumun tamamının yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne tehlike getirecek durumların da aynı ölçekte değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Öte yandan bireyin ölüm hakkını reddederek, kişiye toplumun ihtiyacı olduğuna dair düşüncelerin intihar fiilinin neden suç teşkil etmediğini açıklayamadığı kanaatindeyiz. Bu düzenleme esasında tedaviyi red hakkının pasif ötenazi kapsamında varlığını kanıtlamaktadır. Kişinin kendisini öldürmeye çalışması, tedaviyi reddetmesi ve bir başkasından pasif kalmak kaydıyla kendisinin ölümü için yardım talep etmesi arasında netice ve hukuki menfaat açısından evrensel hukuk ilkeleri uyarınca kanaatimizce fark bulunmamaktadır.

### 3. Rıza Gösterilen Fiilin Ahlak ve Adaba Aykırı Olmaması

Mutlak surette tasarruf edilemeyecek haklar bakımından ve açıkça kanuna ve toplum tarafından genel ahlak kurallarına da aykırı rıza gösterilemez<sup>312</sup>. Çünkü *Ahlak ve adaba aykırı olan bir fiile rıza açıklanması gerekir*<sup>313</sup>. Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği hakların tespiti ancak bütün hukuk düzenine bakılarak gerçekleştirilebilse de<sup>314</sup>; ahlak duygusu bütünüyle adil olarak değerlendirilmelidir<sup>315</sup>. Açıkçası bireylerin hayat görüşüne göre daha dar yorumlanabilme tehlikesi taşımaktadır<sup>316</sup>. Burada temel alınması gereken kıstasın, kanaatimizce *“hakkın, içerdiği amaç dışında, hukukun doğru bulmadığı bir amaçla kullanılması veya sırf başkasına zarar verecek biçimde kullanılması, sözkonusu hakkın kötüye kullanılmasıdır ve hukukça korunma”*yacaktır<sup>317</sup>. Alm AY m. 2/1'deki genel fiil özgürlüğü, mağdurun vazgeçilemez insan onurunu devlet tarafından

---

<sup>312</sup> Bu bağlamda rıza ile dahi olsa sadistçe fiillerin yapılması da hukuka aykırı kabul edilebilecektir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.439.

<sup>313</sup> Zafer, s.327.

<sup>314</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.185.

<sup>315</sup> Joachim Rain, **Die Einwilligung des Sportlers beim Doping**, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1998, s.113.

<sup>316</sup> Çünkü *“Ahlak kurallarını koyan, “etik” adı verilen kuramsal bilim kolu değil, insanın vicdanı yahut Tanrı'nın iradesi ya da irade sahibi olduğu düşünülen herhangi bir otoritedir”*. Bkz. Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3.Tıpkı Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, 2001, s.29.

<sup>317</sup> Detaylı açıklamalar için, bkz. M.Fikret Gezgin/H.İbrahim Sarıoğlu, **Hukukun Temel Kavramları**, 4.Baskı, Ankara, Tayfun Medya, 2013, s.210-211.

koruyan bir aygıttır<sup>318</sup>. Ahlaka ve adaba aykırılığın ölçütü, insan onurunun zarar görmesi ile eş anlamlıdır. Bu da toplumun genel menfaatlerinin korunması için önem arz eder<sup>319</sup>.

Kişinin kendi hayatından vazgeçemeyeceği, örneğin Düelloya gösterilen rızanın da geçersiz sayılması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>320</sup>. Beden bütünlüğü hakkı bakımından, kişinin kendisini kendisine ve topluma faydasız kılacak şekilde hakkını kullanma özgürlüğünün bulunmadığı da doktrinde savunulmaktadır<sup>321</sup>. Öte yandan suç şikayete tabi ise ilgilinin rızasına hukuka uygunluk sebebi olarak geçerlik tanınabileceği ancak şikayete tabi olmaması durumunda ise ilgilinin rızasının hukuka aykırılığı kaldırmayacağı yönünde de görüşler bulunmaktadır<sup>322</sup>. “*Güdülen amaçla bağdaştığı ölçüde vücuda zarar verilmesine rıza göstermek mümkündür*”<sup>323</sup>. Fakat bazı durumlar hala hassasiyetini korumaktadır. Çünkü salt bireyi mi toplumu mu ilgilendirdiği de net cevaplanmamış alanlar mevcuttur. Örneğin partnerinin rızasına karşın AIDS’ten enfekte olunması durumunda, bu ahlak ve adaba aykırı sayılır. Bu durumun kişinin kendini tehlikeye sokması ya da bir başkası tarafından atılan bir tehlike mi sayılacağı sorusunun cevabı net değildir<sup>324</sup>. “*Kan bağıışı, bilimsel istatistiki verilerin toplanması veya kliniklerde tıbbi personel veya ceza infaz kurumlarındaki mahkûmlar ve personel gibi üçüncü tarafların korunması amacıyla AIDS testleri*” konuları doktrinde hala tartışmalı alanlardır<sup>325</sup>.

Mukayeseli hukuk bakımından; Alm CK 226a (şimdiki 228) maddesi uyarınca, beden bütünlüğü üzerinde hak sahibi olan kişinin tasarruf edebileceği kasten

---

<sup>318</sup> Duttge, NJW 2005,s. 260vd. aktaran Marc Menrath, **Die Einwilligung in ein Risiko**, Berlin, Duncker&Humblot GmbH, 2013, s.184.

<sup>319</sup> Duttge,GS **Schlüchter**,s.801 ‘den aktaran Menrath,s.184.

<sup>320</sup> BGE.20 1016/1017 aktaran Kaneti,s.246 dip not:45b.

<sup>321</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya,**Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.437.

<sup>322</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver,s.188.

<sup>323</sup> Kaneti,s.246.

<sup>324</sup> Açıklamalar için bkz. Rain,s.165.

<sup>325</sup> Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn. 15.

yaralama fiilerine yönelik açıklanan rıza hukuka uygundur. Fakat fiilin mutlaka ahlaka da uygun olması gerekir. Örneğin sado-mazo olarak nitelendirebileceğimiz hareketler bu görüşe göre hukuka aykırıdır ve gösterilen rıza hukuken geçersiz sayılır<sup>326</sup>. Öte yandan rıza ile uygulanan fiillerin, sadomazo güdü ile gerçekleştirilen cinsel fiiller olsa dahi beden bütünlüğüne saldırı teşkil etmediği görüşü de taraftar toplamaktadır<sup>327</sup>. Doktrinde ahlak ve adaba aykırı olmamanın sınırları hala tartışmalıdır<sup>328</sup>. “*Ahlak ve adaba uygun olma*” kriteri Alm CK m.228’de düzenlenmiştir; bu nedenle Alman doktrininde Alm CK m. 228, rızanın sınırı olarak kabul edilmektedir<sup>329</sup>. Kişiler ahlak ve adaba aykırı olmayan konularda rıza açıklayabilse de, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu kapsamındaki fiiller bakımından rıza tek başına geçerli olmaz. Bununla birlikte, yetkilendirmeye ilgili bu kısıtlamalar, ilgili kişinin iradesine karşı yaşam ve fiziksel bütünlüğün korunması fikrine dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>330</sup>.

Rıza açıklanan konu üzerinde sadece belirli amaçlar konusunda kişiler tasarruf edebilir. Örneğin kişi bir gözünün çıkartılmasına rıza gösteremez<sup>331</sup>. Bu açıdan önemli olan bir fiil hukuka aykırı ise bütün hukuk sistemine de aykırı olması gerektiğidir<sup>332</sup>. Alm CK m.228’de yer alan ahlaki yükümlülükler uygun olma kriteri, doktrinde bir görüşe göre rızayı bünyesinde barındıran suç tiplerinin tamamına uygulanabilecektir<sup>333</sup>, ancak Alm. CK m. 228’de yer alan iyi ahlak ile belirtilen rıza sınırının, örneğin Alm. CK m. 239’daki özgürlükten yoksun bırakılma suçu bakımından, öne sürülebilecek diğer koşullar açısından genişletilemeyecektir<sup>334</sup>. “*Ahlak ve adaba aykırılık*” sınırları kolay belirlenemeyen bir kavramdır ve belirli

---

<sup>326</sup> Jeschenk/Sieber, s.85.

<sup>327</sup> Hirsch, JR,04, 475; Stree,NStZ, 05, 40; Gropp, ZJS, 12, 602; Jakobs, FS-Schröder,s.521; Duttge, NJW,05,260 aktaran Wessels/ Beulke/ Satzger, AT<sup>45</sup>, §11 kn 561 dip not 48.

<sup>328</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, AT<sup>45</sup>, §11 kn 554,560.

<sup>329</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.346.

<sup>330</sup> Frister, AT<sup>6</sup>, §13 kn.4.

<sup>331</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.393.

<sup>332</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.244.

<sup>333</sup> Geerds, GA, 1954, s.268.

<sup>334</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 9 Rn. 30 ve Otto, Strafrecht AT, § 8 Rn. 119 aktaran Gülpen (Çevrimiçi), <http://guelpen.de/dokumente/einwilligung.pdf> Erişim tarihi : 07.06.2017 .

gruplara yahut kişinin yargılandığı ceza mahkemesinin değerlerine göre ele alınmamalıdır. Belirlilik ilkesi uyarınca, bir fiilin sınırlarının çizilmiş olması gerekir. Esasında ahlak ve adaba uygun olma kriteri, “*sorgulanamayan evrensel olarak geçerli olan ahlaki standartlara göre*” belirlenmeli ve ortalama bir insanda bulunması gereken ahlaki ölçütlere aykırılık aranmalıdır<sup>335</sup>. Alm CK m.228, Ceza Hukukunun ahlaksal konulara bakış açısını düzenleyebilme konusunda ciddi bir istisna teşkil etmektedir. Bu noktada maddenin güvence altına alan karakteri yadsınamasa da, söz konusu maddenin de mutlaka *katı ve objektif* bir anlayışla yorumlanması gerekmektedir<sup>336</sup>.

Ahlak ve adaba aykırı olmama kriterini, rıza açıklama yetkisinden ziyade müdalenin kendisi belirlemektedir<sup>337</sup>. Müdahalenin türü, gerçekleştirildiği yer vb., ahlak ve adaba aykırılık kriterinin dayanak noktalarına işaret etmektedir. Öte yandan iyileştirici müdahaleler bakımından limitlerin aşılması, insan üzerinde bilimsel deney veya organ nakline göre daha az olanaklıdır<sup>338</sup>.

#### 4. Rıza Açıklama Kapasitesi

***Rıza açıklayacak olan kişinin, rıza açıklama kapasitesi olması gerekir.*** Rıza açıklama kapasitesinin ancak ehliyete yönelik kurallar kapsamında ele alınması gerekir. Çünkü rıza açıklayacak kişi, ehliyetsiz olmamalıdır<sup>339</sup>. Ceza Hukuku bakımından ehliyet meselesi, her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Sabit bir yaş belirlenmesi yerine, ayırtım gücünün varlığını irdelememiz gerekmektedir<sup>340</sup>. İlgili hukuki menfaate sahip kişinin rıza açıklamasına bir değer atfedilebilir<sup>341</sup>. Bununla birlikte, ilgilinin entellektüel ve ahlaki gelişimine göre, hukuki menfaatlerine

---

<sup>335</sup> Roger Kusch, “In Würde sterben - nur im Ausland?”, **NStZ 2007**, s.440.

<sup>336</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 560.

<sup>337</sup> Ulrike Golbs, **Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten**, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, s.38.

<sup>338</sup> Golbs, s.38.

<sup>339</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 554.

<sup>340</sup> Dönmezer/Erman, C.II, kn.747.

<sup>341</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.27.

müdahale edilmesinin ve yasal korumadan vazgeçmesinin önemini kavramış olmalıdır<sup>342</sup>. Bazı hallerde hukuki menfaat birden fazla kişiyi ilgilendirmektedir. Bu nedenle her birisinin ayrı ayrı rıza açıklaması gerekir<sup>343</sup>.

Özel hukuktaki, özellikle de medeni hukuktaki, rıza ehliyetine yönelik kurallar ceza hukuku bakımından mutlak geçerli kabul edilemez. Kaldı ki; saptama, her somut olaya göre, ayrı ayrı yapılmalıdır<sup>344</sup>. Kişi sezgin ise, sahip olduğu haklara yönelik olarak rıza açıklamasında bulunabilir. Medeni Kanun açısından aranan fiil ehliyeti şartları, ceza hukukuna uygulanamaz<sup>345</sup>. Hakim görüşüne göre; özel hukuktakinin aksine belirli bir yaş tayin edilmesi gerekli değildir<sup>346</sup>. Somut olaya göre yaşı küçük olanların dahi ayırt etme güçleri varsa, rızaları geçerli addedilebilir<sup>347</sup>. Çünkü TCK m.26/2’de rıza ehliyetine yönelik açıkça bir tercihte bulunmamıştır<sup>348</sup>.

ÇHS’ne göre 18 yaşını doldurmamış herkes çocuktur. Sözleşme bakımından çocukların rıza yetkinliğini ele alacak olursak, buna göre tüm çocuklar olgunlaşmamıştır. Çocuğu ilgilendiren sorunlar açısından ebeveynlerin karar verme yetkisinin varlığı, eğitim hakkına sahip birden fazla kişinin olması yahut evlat edinilen çocukların hukuki durumları ele alındığında, çocukların yetişkinlere bağımlı hale geldiğini görmekteyiz. Öte yandan, olgunlaşmamış kişinin herhangi şahıs hakkının bulunmadığı da kabul edilemez. Özellikle çocukların tedavi sürecinde rıza açıklama yetkinliği önem arz eden bir durumdur<sup>349</sup>. Örneğin çocuklara yönelik tıbbi müdahaleler bakımından, kanunda özel olarak yaş belirtilmediği durumlarda,

---

<sup>342</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 660.

<sup>343</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102.

<sup>344</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.291-292; Öztürk/Erdem, §5 kn.438; Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102; Gropp, **AT**, §9 kn.40.

<sup>345</sup> Zafer,s.333.

<sup>346</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 554.

<sup>347</sup> Lackner/Kühl/**Kühl StGB § 228** Rn.5.

<sup>348</sup> Yazarlara doktrinde kanunkoyucunun bu noktada tercihte bulunmadığını eleştiren Yıldız’ı haklı görmemekte, her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Öztürk/Erdem, §5 kn.438 dip not 888.

<sup>349</sup> Georg Staubli, “Das Kind als Patient- Unmündigkeit bedeutet nicht fehlende Urteils- fahigkeit”, **Der selbstbestimmte Patient**, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 1, Hrsg. Diana Meier – Allmendinger/Ruth Baumann-Hölzle, Basel, EMH Schwabe, 2009, s.72-73

çocuğun görüşünün esas alınması gerekmekte olup, bu durum çocuğun yüksek yararına uygun ise kabul edilebilir<sup>350</sup>.

Rıza ehliyetinin kendisinin ne olduğu kadar, bu ehliyeti icra edecek olan kişi de önemlidir. Bu sebeple rıza ehliyetinin ilgilinin rızası kavramı değerlendirilirken hukuki niteliğinin net bir şekilde açıklanması kadar, bu ehliyete sahip kişilerin kimler olduğu da açıklanmalıdır. Eğer kanun koyucunun iradesi belirli yaştaki kişilerin rıza açıklamaya muktedir olmadığı yolundaki düzenlemelerinin varlığı durumunda, bu kişilerin açıklayacağı rıza hukuken geçerli olmayacaktır. Sorun kanun koyucunun açıkça düzenlemeye gitmediği alanlarda bulunmaktadır. İnceleme konumuz olan tıbbi müdahaleler ve insan üzerinde deney bağlamında da rıza açıklayacak olan ilgilinin belirli bir yaşa erişmiş olmasının arandığı durumlarda elbette ki, ilgilinin bu yaşın altında olması durumunda açıkladığı rıza hukuken geçerli addedilmeyecektir. Fakat kanun koyucunun rızaya yönelik yaş şartı koşmadığı durumlarda kimlerin rıza açıklayabileceği sorunsalı yanıtız kalmaktadır.

Eğer ilgili göstereceği rızanın kapsamını algılayabilecek durumda değilse, özellikle tıbbi müdahaleler bakımından gerekli aydınlatmanın yapılarak bunun sağlanması gerektiği de doktrinde savunulmuştur<sup>351</sup>. Kişi rızasını açıkladığında, rızasını açıkladığı fiilin kapsamını ve rızasına bağlanan sonuçları da algılayabilmesi gerekmektedir<sup>352</sup>. Hukuka aykırılığını kaldıran rıza bakımından ise yeterli derecede muhakeme gücü (Urteilsfähigkeit) ve anlama yeteneği (Einsichtsfähigkeit) olması gerekir<sup>353</sup>. Kanaatimizce rızanın kapsamını algılama sorunu, esasında bir ehliyet sorunudur. Kişi aydınlatılsa dahi bunu algılamayabilir. Bu durumda kişinin iradesinin özgür olduğu kabul edilemeyeceğinden rızanın hukuken geçerliliği olamayacaktır. Aydınlatma, rıza gösterecek kişinin ehliyetli olduğunun saptanmasından sonra tartışılması gereken bir sorundur.

---

<sup>350</sup> Frister, **AT**<sup>6</sup>, §15 kn.10.

<sup>351</sup> Gropp, **AT**, §9 kn.40 aktaran Öztürk/Erdem, §5 kn.438.

<sup>352</sup> Zafer, s.333.

<sup>353</sup> Kaspar, **AT**, §5 Rn.370; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn. 33; karşılaştırınız Kienapfel/Höpfel/Kert, **AT**<sup>15</sup> (2016), E 1 5 71; Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.148.

Kişinin entelektüel olgunluğu ve muhakeme ehliyeti becerisi; kişinin menfaatlerine etki eder ve hatta bunun kapsamını belirleyicidir. Kişiden, doğru bir algılama ve bunlar arasında beklenebilir mantıklı etkileşimler kurabilme (çıkarımlar yapabilme) kapasitesine sahip olması beklenir. Kişinin idrak kabiliyeti (einsichtsfähigkeit) eksikliği mevcutsa, rıza gösterme faaliyeti yasal temsilcileri aracılığıyla yürütmesi gerekir<sup>354</sup>. Çünkü asıl önemli olan rıza gösterenin gerçekten rıza açıklayabilme kapasitesine sahip olmasıdır<sup>355</sup>.

Bireyin değerlerinin geliştirilmesi ve entelektüel bilişsel ve duygusal-gönüllü-kapasiteleri temelinde mevcut karar verme bilgi almak mümkün ise; kişi, karar veriyor kabul edilebilir<sup>356</sup>. Akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü; gerçek bir iradenin varlığını ve de bunu açıklama kapasitesini, doğal olarak da yasal olarak geçerli addedilecek rızanın varlığını dışlayabilir<sup>357</sup>. Kişi, hukuki menfaatlerini korumak için karar verme sürecini bizzat yürüterek kendi değerlerinin temellerini takip edecektir<sup>358</sup>. Doktrinde bir görüşe göre rıza açıklayacak hukuki varlık; a) ihlalin anlamını ve kapsamını tanımalı, b) yasal haklarının korunması feragat etmiş olmalı, c) bu kararını uygun bir şekilde değerlendirmelidir<sup>359</sup>. Çünkü hukuki açıdan yetkili kişinin rızası sonucunda müdahalede bulunan fail, hukuka uygun davranmış sayılacaktır<sup>360</sup>.

Öncelikle inceleme konumuz bakımından değerlendirecek; hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası ve Tipikliği kaldıran rıza bakımından rıza ehliyetinin varlığı hususunda aranan şartlar farklı olacaktır. Çünkü rızanın varlığının suç tipinde arandığı suçlar bakımından rıza açıklama yapılmaması, açıklanan rızanın geçersizliği gibi durumlarda, suçun unsurları bakımından farklı farklı değerlendirmeler ortaya çıkacaktır. Çünkü hukuka uygunluk sebebi olarak aranan rıza, suçun diğer

---

<sup>354</sup>Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 555.

<sup>355</sup> Schrafl, s.55.

<sup>356</sup> Ehliyet kısıtlılığı durumları için Karşılaştırınız Odenwald,s.46.

<sup>357</sup> Schrafl, s.55.

<sup>358</sup> Odenwald,s.46.

<sup>359</sup> Heinrich, "Einverständnis–Einwilligung–Mutmaßliche Einwilligung",s.1.

<sup>360</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.392.

unsurlarının olduğu durumlarda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle fiili suç olmaktan çıkartırken; tipiklik içerisinde yer alan rıza tipiklik unsurunun gerçekleşmemesi sonucunu doğurmaktadır<sup>361</sup>.

***Rızanın yasal hak sahibi yahut onun yasal temsilcisi tarafından açıklanması gerekir.*** Saldırıya uğrayan kişi, saldırı yapan kişiden bir başkası olmalıdır. Çünkü kişinin kendine zarar vermesi cezalandırılmamaktadır<sup>362</sup> ve saldırıya uğrayan yetkili kişi rıza açıklayabilir<sup>363</sup>. Taşındığı hukuki menfaate saldırılmayan kişinin açıkladığı rızanın hukuki etkisi yoktur. Doktrinde bir görüşe göre; rıza gösterecek olan kişi - TCK bakımından ilgili- bireysel olarak Ceza Hukuku anlamında suçun mağduru olmalıdır<sup>364</sup>. Rızayı açıklama ehliyetine sahip olan kişi, açıklanan konuya ilişkin hukuki menfaatin sahibidir. Hukuki menfaatin sahibi kimse rızayı da o kişi açıklamalıdır. Yüksek Mahkeme bir kararında, hukuki menfaatin sahibinin birden fazla olması durumunda her birinin rıza açıklama ehliyeti olduğunu ve hepsinin açıklaması gerektiğini vurgulamıştır<sup>365</sup>. Öte yandan vekaleten rıza açıklanamasa da, üçüncü kişiler bu açıklamaları iletme göreviyle yükümlü kılınabilirler<sup>366</sup>. İlgili ile kastedilen, hukuki menfaat taşıyıcısıdır ve onun yerine geçen bir başkası yahut onun temsilcinin mağdur sayılamayacağı da doktrinde savunulmaktadır<sup>367</sup>.

Bazı yazarlara göre ise malvarlığına karşı suçlar bakımından rıza açıklaması temsili olabilir fakat diğer konular açısından temsili rıza mümkün değildir<sup>368</sup>. Açıklanan rıza bizzat verilmelidir. Ancak kişi bizzat verdiği kararı, temsilci ile iletebilir. Temsilci bu açıklamayı, hukuki menfaat taşıyıcısının kararına harfiyen aktarmalıdır<sup>369</sup>. Öte yandan hukuki menfaat taşıyıcısı dışındaki kimsenin, karar verme sürecinde aktif rol alarak iradesini açıklaması mümkün değildir. Bu durumda

---

<sup>361</sup> Benzer görüşte Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.133.

<sup>362</sup> Maurach, **BT**<sup>5</sup>, §8 I 3.

<sup>363</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 553.

<sup>364</sup> Oelze,s.66.

<sup>365</sup> Dönmezer/Erman, C.II,kn.745, YİBK,18.2.1942 ayrıca aynı eserde kn.745 dip not: 201; Ayrıca yazarlara göre tedip hakkı gibi konularda rıza açıklamasında bulunulabilir. Bkz. kn.745.

<sup>366</sup> Zafer,s.327.

<sup>367</sup> Oelze,s.66.

<sup>368</sup> Holer, s.106.

<sup>369</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver,s.183.

aktarılan rıza geçersizdir. Kanaatimizce temsilen rıza açıklanması durumları, hukuki menfaat taşıyıcısının iradesi konusunda şüpheli durumlar ortaya çıkabilir. Temsilen yapılan yahut tercüman aracılığıyla açıklanan rıza sonrası yapılacak olan müdahalelerde hukuki menfaat taşıyıcısının iradesini ne denli yansıtıldığı belirsizdir. Bu durumlarda kişinin hukuki menfaati üzerinde tasarruf gerekçesini tam olarak bilmemiz mümkün değildir. Bir başkası tarafından aktarılan rıza, gerçek iradeyi yansıtamayacağından özellikle de tıbbi müdahalelerde, hukuki menfaat taşıyıcısının tam olarak aydınlatılıp aydınlatılmadığı sorunu ile karşılaşılabilir. Kanaatimizce temel hak ve özgürlükler ancak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir olduğundan, temsilen rıza açıklanmasının, kanunla düzenlendiği haller hariç olmak üzere, temsili rıza kabul edilmemelidir. Örneğin 10 haftadan az süreli gebeliğin kadının açıkça rıza göstermediği ve sessiz kaldığı durumlarda, kocasının rızası ile sonlandırılmayacağı kanaatindeyiz.

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik hakları, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olduğu için kanaatimizce temsili olarak rıza açıklaması yapılamaz; fakat TCK genel hükümler düzenlemesinde ilgili kelimesinin tercih edilmesi üzerine kişinin sahip olduğu bu gibi haklar bakımından eğer direkt etkilenen konunun sahibi kişi dışındaki kişilerin Ceza Hukuku bakımından somut olayda açıklama yapabileceği kanunen düzenlenmiş ise, başka ilgililer de rıza açıklamasında bulunabilirler. Esasında böyle bir durumda temsil söz konusu değildir ve vekil-müvekkil ilişkisi yoktur. Rıza beyanını açıklayan kişi, Ceza Hukuku bakımından ilgilidir<sup>370</sup>.

## 5. Rızanın Açıklanması

*Rızanın, dış dünyaya açık veya zımni bir şekilde açıklanmış olması ve failin bilgisine ulaşmış olması gerekir*<sup>371</sup>. Tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızası sözlü de açıklanabilir<sup>372</sup>. Fakat rızanın yazılı olarak alınması tıbbi müdahale uygulayıcılarına

---

<sup>370</sup> Benzer görüşler için bkz. Dönmezer/Erman,C.II,Kn.745.

<sup>371</sup> Geerds, *ZtSW* 72 (1960), s.43-44.

<sup>372</sup> Kuhlmann, s.17.

ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır. Elbette Ceza Muhakemesi hukuku maddi ceza hukukundan çok farklı bir yürüyüşe sahiptir. Her şeyin vicdani kanaat ile değerlendirilmesi gerektiği bir delil sistemine sahip olduğu için, kayıtların doğruluğu da aksi tespit edilene dek geçerli addedilecektir.

Öte yandan rıza açıklamasının; açık veya zımni, yazılı veya sözlü olmasının hukuken geçerliliği açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>373</sup>. Rızanın işlevi, karar verme yeteneğinin sonucunda bunun ifade edilmesi olduğundan<sup>374</sup>, kanaatimizce en azından örtülü bir rıza olması gerekir. Öte yandan doktrinde açık rızanın olmadığı durumlara örnek olarak hipotetik rıza verilmektedir. Bu durumda gerçekleştirilen hareket esnasında var olmayan bir rıza söz konusu olduğundan dolayı, bu müdahale kişinin kendi kaderini tayin hakkını ihlal edecektir<sup>375</sup>.

***İlgilinin rızası, gerçekleştirilecek müdahaleye yönelik olarak aydınlatılmış, gönüllü ve serbest irade ile verilmiş olmalıdır***<sup>376</sup>. Eğer gönüllü gerçekleştirilen hareketler, kasten gerçekleştirilen fiillerin müdahale ettiği hakların yapısını değiştirebiliyorsa ortada hukuken geçerli bir rıza vardır<sup>377</sup>. Çünkü rıza özgürlük, güç, kontrol ve sorumluluk konularını gündeme getirmektedir. Bütün bunlar kişi özerkliğinin önemini bir kez daha vurgulamaktadır<sup>378</sup>. Özerk bir tercih için kişiye saygı ve özgür irade gereklidir<sup>379</sup>. Bu nedenle ilgilinin buna rıza gösterme yetkisi olmalı, kişiye yeterli bilgilendirmenin yapılması ve rızanın gönüllü olarak verilmiş olması gerekir<sup>380</sup>.

---

<sup>373</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT<sup>11</sup>**, §17 kn.105; Kühl, **AT<sup>5</sup>**, §9 kn. 31.

<sup>374</sup> Odenwald,s.65.

<sup>375</sup> Kühl, **AT<sup>5</sup>**, §9 kn. 47.

<sup>376</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.326;

Kienapfel/Höpfel/Kert, **AT<sup>15</sup>** (2016), E 1 5 66.

<sup>377</sup> James F. Childress, **Who Should Decide?Paternalism in Health Care**, 1st Edition,Oxford-Newyork, Oxford University Press, 1982,s.77.

<sup>378</sup> Maclean, s.9.

<sup>379</sup> Irene S. Switanowsky, **The New Paradigm For Informed Consent**, Lanham- New York- Oxford, University Press of America, 1998,s.5.

<sup>380</sup> Nathan Hershey/Robert Miller, **Human Experiment and The Law**, Maryland, An Aspen Publication,1976, s.57.

Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza'nın şarta bağlı olarak verilebileceği de doktrinde savunulmaktadır<sup>381</sup>. Buna bağlı olarak, rıza açıklanması için belirli bir koşul öngörülmüş olabilir. Örneğin tıbbi müdahale bakımından aydınlatılmış kişiden alınan rıza hukuken geçerli sayılabilir<sup>382</sup>. Tıbbi müdahalelerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü yerine getirmeksizin, rıza elde edilirse; bu durumda aldatmadan kaynaklanan rıza geçersiz sayılacaktır<sup>383</sup>. Kanaatimizce aydınlatma her durumda ilgiliye yapılmalıdır. Salt Tıbbi Müdahaleler değil, rızanın alınabilmesi için kişiye başvuru her somut olayda kişiler aydınlatılmalıdır. Bunun hukuki gerekçesi de, kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında bireyin hayatını dilediği gibi şekillendirebilmesidir.

***Rıza irade fesadı hallerinden arındırılmış olmalıdır.*** Elde edilen rızanın özgür olarak verilen beyana dayanması gerekir. İrade fesadı durumlarında ise, açıklanan rıza geçersiz olacaktır. Eğer kişi, rıza açıkladığı hukuki menfaat bakımından gerekli aydınlatılma gerçekleştirilmeksizin rıza açıklamış ise bu durumda da açıklanan rıza geçersizdir<sup>384</sup>. Mukayeseli hukukta baskın görüş; ilgilinin rızasının hata, hile, tehdit ve zorlamadan uzak bir şekilde verilmiş olmasını aramaktadır<sup>385</sup>. İradeyi etkileyen sebepler varsa, açıklanan rıza hukuka aykırı olacaktır<sup>386</sup>. Hukuk bu rızaya herhangi bir geçerlilik tanımayacaktır. Rızanın fesada uğramış bir beyan ile açıklanmamış olması en önemli husustur.

Örneğin; zorlama, şiddet veya tehdit ve aldatmayla rıza alınırsa bu durumda rıza etkisiz olacaktır<sup>387</sup>. Çünkü *özgürce hareket edebilme*; kişinin diğerlerinin kontrolünde olmaksızın davranışlarını sergileyebilmesidir. Herhangi bir manipülasyon, zorlama, tehdit gibi kişinin iradesini etkileyici unsurlardan bağımsız

---

<sup>381</sup> Yazar, sadist bir bedensel yaralama öncesinde kişiye ön ödeme yapılmasını bu duruma örnek olarak belirtmektedir. Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn. 31.

<sup>382</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.393.

<sup>383</sup> Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn. 40.

<sup>384</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya,**Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.438.

<sup>385</sup> Wagner, **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**,s.171; Kienapfel/Höpfel/Kert, **AT**<sup>15</sup> (2016), E 1 5 66.

<sup>386</sup> Golbs, s.37; Gropp, **AT**, §6 kn.42-43.

<sup>387</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 661; Kaspar, **AT**, §5 Rn.353 vd.

olma durumu olarak da tanımlanabilir<sup>388</sup>. Gönüllü olarak rızanın var olmasının gerekliliği, mevcut irade eksikliğinde rızanın hukuken etkisiz kabul edilmesi sebebiyledir<sup>389</sup>.

Rıza gösteren kişiden gizlenen hususlar sebebiyle, kişi yanıltılmış ve bu doğrultuda rıza açıklamışsa, bu durumda da rıza geçersiz olacaktır<sup>390</sup>. Bu durumda özgür bir tercih olmayacağından, ikna edilerek alınan rıza dahi hukuka aykırıdır<sup>391</sup>. Ancak doktrinde bir görüşe göre, ceza kanunlarındaki tehdit suçu boyutuna ulaşmayan zorlama fiilleri rızayı hukuka aykırı hale getirmez<sup>392</sup>. Şaka olarak açıklanan rızanın geçerliliği de doktrinde tartışmalıdır. Buna göre eğer şaka olduğu açıkça rıza geçersiz olacaktır. Fakat beyanlardan şaka olduğu açıkça anlaşılamiyorsa, hata bahsi gündeme gelecektir<sup>393</sup>.

***Hukuka aykırılığı kaldıran rıza, fiil gerçekleştirilmeden önce açıklanmalıdır ve fiil gerçekleştirilirken hâlihazırda var olmalıdır***<sup>394</sup>. Rıza, fiil sırasında mevcut olmalıdır. Fiilin işlenmesinden önce var olmalı ve fiil tamamlanıncaya kadar da kişi rızasını geri almamalıdır<sup>395</sup>. Hareketin yapılmasını onaylar şekilde rıza açıklanmalıdır<sup>396</sup>. Fiilden sonra açıklanan rıza, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir<sup>397</sup>. Tıbbi müdahalelerde aydınlatma sonrasında ve mutlaka müdahale öncesinde rıza açıklanmış olmalıdır<sup>398</sup>. Öte yandan uygulanan tedavi süresince hastanın kararını muhafaza etmesi önemlidir. İradenin bildirimini devam ettikçe,

---

<sup>388</sup> Geerds, **ZtSW 72 (1960)**, s. 45; Childress, s.62.

<sup>389</sup> Wagner, **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**, s.171.

<sup>390</sup> Kühl, **AT<sup>5</sup>**, §9 kn. 37.

<sup>391</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.327; Zafer,s.333.

<sup>392</sup> Golbs, s.38.

<sup>393</sup> Zafer,s.333; Kuhlmann, s.15.

<sup>394</sup> Kienapfel/Höpfel/Kert, **AT<sup>15</sup>** (2016), E 1 5 67.

<sup>395</sup> Kühl, §9 kn.32.

<sup>396</sup> Krey/Esser, **AT<sup>6</sup>**, §17 kn. 665; BGHSt 17, 359 aktaran Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn. 4.

<sup>397</sup> Kaspar, **AT**, §5 Rn.351,370.

<sup>398</sup> Kuhlmann, s.14.

kararını muhafaza etmediğinden şüphe duyulmayacaktır<sup>399</sup>. Açıklandıktan sonra, rıza geri alındıysa, artık rızanın varlığından bahsedilemez<sup>400</sup>.

Rıza geçmişe dönük olarak - icazet şeklinde- açıklanamayacağı gibi, geleceğe yönelik feragat da söz konusu olamaz. Sonradan açıklanan rızanın hukuken geçerliliği yoktur, çünkü gerçekleştirilen müdahalenin cezalandırılabilmesi için fiilin işlendiği zaman dikkate alınacaktır<sup>401</sup>. Ayrıca “*peşin olarak vazgeçme sonucunu doğuracak şekilde*” yani fiile dair aydınlatma gerçekleştirilmeksizin, hakkında bilgisi olmadığı bir fiile yönelik rıza açıklanmasının hukuken geçerliliği bulunmadığı gibi<sup>402</sup>, gerçekleştirilecek her tıbbi müdahale için genel bir rıza açıklanması da mümkün değildir<sup>403</sup>.

Ceza hukukunda rıza, herhangi bir zaman geri alınabilir yahut rızadan vazgeçilebilir<sup>404</sup>. Ancak kişi bu kararından vazgeçebilme hakkının olduğunu bilmelidir<sup>405</sup>. Çünkü rıza ehliyeti, *actus contrarius* olarak geri almayı da içerir<sup>406</sup>. Rıza, özünde tedaviyi reddetme hakkını da içermektedir<sup>407</sup>. Rıza açıklayan ilgili, bununla bağlı değildir, her zaman geri alabilir<sup>408</sup>. Rıza açıklamasının bilincinde olarak fiilini gerçekleştiren fail, istisnai olarak rıza gösterenin bundan vazgeçebileceği istisnai durumun da bilincinde olarak hareket edecektir<sup>409</sup>. Tıbbi müdahalelerde rıza, bedensel bütünlüğü koruduğu için hukuken izin verilmiş olmalıdır. Hasta, karşı koymayı düşünüyor ise o zaman, bu planlanmış müdahaleyi de doğal olarak reddedebilir<sup>410</sup>. Hukuka uygun bir şekilde açıklanan rızanın söz konusu olduğu bir tıbbi müdahale tamamlanmadan, rızasını geri aldığını açıklayan

---

<sup>399</sup> Holer,s.81.

<sup>400</sup> Kuhlmann, s.14.

<sup>401</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 665; Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn. 4.

<sup>402</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.439.

<sup>403</sup> Kuhlmann, s.11.

<sup>404</sup> Holer,s.81.

<sup>405</sup> Dönmezer/Erman,C.II,kn.751.

<sup>406</sup> Odenwald,s.68.

<sup>407</sup> Maclean, s.130.

<sup>408</sup> Odenwald,s.68.

<sup>409</sup> Geerds, **ZtSW 72 (1960)**, s. 44.

<sup>410</sup> Golbs, s.37.

kişiyeye karşı –rızasız tıbbi müdahaleler başlığı altında ele aldığımız durumlar hariç-tıbbi müdahaleye devam edilmesi artık hukuka aykırılık teşkil eder.

## 6. Rızanın Sübjektif Unsuru

*Fail rızanın ve onu hazırlayan sebeplerin farkında olarak fiilini gerçekleştirmelidir.* Bu da rızanın sübjektif unsurunu oluşturur<sup>411</sup>. Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza bakımından, fail rızanın verildiğine dair bilgiye sahip olarak fiilini gerçekleştirmesi durumunda ilgilinin rızası hukuka uygun kabul edilebilecektir<sup>412</sup>. Genel hukuka uygunluk sebepleri bedensel müdahaleler bakımından da uygulanabilir. Burada ilgilinin rızası kilit noktadır. Çünkü hak taşıyıcısının bireysel değerlerine saygı duyularak hareket edilmesi müdahaleye gösterilen rızanın geçerliliği bakımından önem taşır<sup>413</sup>. Örneğin tıbbi müdahalelerde tedavinin aynı zamanda rızanın motivasyonuna dayandığı doktrinde savunulmaktadır<sup>414</sup>. Fail rızanın varlığını bilmeli ve bu onay doğrultusunda hareket etmelidir<sup>415</sup>. Çünkü rızanın açıklandığı çerçevede kalınarak hareket edilmesi gerekir. Aksi halde failin ceza sorumluluğu gündeme gelebilir. Kişinin neye rıza gösterdiği tıbbi müdahaleler için önemlidir. Örneğin *Mohr v Williams* davasında, sanık hastanın kulak operasyonu için rıza gösterdiğini savunmuştur. Esasında sağ kulağı için verilen bir rıza olduğu halde, operasyon sol kulağa yapılmıştır. Mahkeme tarafından bu savunma kabul edilmemiştir<sup>416</sup>. Örneğin hasta eğer geniz etinin alınması için rıza açıklamış ise, bademciğinin alınması durumunda verilen rıza hukuka aykırı kabul edilecektir<sup>417</sup>.

---

<sup>411</sup> Hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurlarının olup olmadığı noktasında doktrinde tartışmalar söz konusudur. Sübjektif unsurlarının varlığının kabul edilmesi durumundafailin hukuka uygun davranmaya yönelik isteği de olmalıdır. Failin motivasyonu da haksızlık muhtevasını oluşturması bakımından önem taşımaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır, “*Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi*”, İÜHFİM, Cilt: LXXIII, Sayı:1, Yıl:2015, s. 74-75.

<sup>412</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 659.

<sup>413</sup> Maurach, **BT**<sup>5</sup>, §8 II .

<sup>414</sup> Kuhlmann, s.11.

<sup>415</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 669e.

<sup>416</sup> Marc Stauch/Kay Wheat/John Tingle, **Text, Cases and Materials on Medical Law and Ethics**, 4th Edition, Oxon, Routhledge, 2012, s.84; Tom L. Beauchamp/James F. Childress, **Principles of Biomedical Ethics**, Fourth Edition, New York, Oxford UniversityPress, 1994, s.143.

<sup>417</sup> Taneri, s.184.

Failin gerçekleştirilen fiil bakımından rızanın varlığına dair bilgi sahibi olmasına ihtiyaç vardır<sup>418</sup>. Failin, ilgilinin rızasının varlığına dair bilgisi olmadığı durumlarda, ilgilinin iradesi doğrultusunda hareket etmek söz konusu olmadığından dolayı rıza geçersiz kabul edilmelidir. Çünkü hak sahibinin hukuki menfaatlerine dair rıza dışı bir hareket söz konusudur<sup>419</sup>.

Hukuka aykırılığı kaldıran rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinde sübjektif unsurun bulunmaması bakımından ise şöyle bir değerlendirme yapılabilir: *Objektif teori bakımından* ele alındığında ortada herhangi bir sorun bulunmayacaktır. Çünkü fail zaten Hukuka uygun hareket etmiştir. *Sübjektif unsuru arayan teoriler bakımından* ise tartışma iki farklı şekilde çözülmektedir. *a)Teşebbüs Teorisi-Versuchtheorie*'ye göre; fail haksız bir harekette bulunmak istemiş ve bunu da isteyerek gerçekleştirmiştir. Ancak sonuç olarak objektif olarak hatalı da olsa hukuka uygun davranmıştır. O zaman sadece teşebbüsten ceza almalıdır<sup>420</sup>. *b)Tamamlama Teorisi-Vollendunstheorie*'ye göre ise; sübjektif hukuka uygunluk unsuru yoksa; faile tamamlanmış bir suçtan ceza verilmesi gerekir<sup>421</sup>.

Özetle sübjektif teoriye göre, kişinin teşebbüsten cezalandırılmasını savunanlar olduğu gibi, tamamlanmış suçtan da cezalandırılmasını savunanlar bulunmaktadır<sup>422</sup>. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından failin gerçekleştirdiği fiilin temelinde rıza yatmıyorsa, o zaman ilk teoriye göre failin ihlal ettiği suç tipine göre teşebbüsten ceza alması gerekir. Rızayı hazırlayan koşulların ve rızanın farkında olmaksızın fiilini gerçekleştiren hekim, rızayı temel alarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmemiştir. Bu durumda teşebbüs teorisine göre Kasten Yaralama Suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır. Öte yandan tamamlama teorisine göre ise Kasten Yaralama Suçunun tamamlanmış şeklinden cezalandırılması gerekir. Faili tamamlanmış suçtan cezalandırmak, rızanın varlığının olmadığı durumlar ile

---

<sup>418</sup> Kaspar, **AT**, §5 Rn.363.

<sup>419</sup> Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn. 41.

<sup>420</sup> Heinrich, § 13 kn.392.

<sup>421</sup> Heinrich, § 13 kn.392.

<sup>422</sup> Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s.121 vd.

var olup sübjektif unsurunun eksik olduğu durumlar arasında farklılık doğurmayacağından, teşebbüs teorisinin uygulanmasının daha hakkaniyetli olacağı kanaatindeyiz.

#### **D. Tipikliği Kaldıran Rıza**

Tipikliği kaldıran rızanın şartları hukuka aykırılığı kaldıran rızadan farklıdır. Tipikliği kaldıran rıza ve Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza arasında pratik olarak şöyle bir fark vardır: Tipikliği kaldıran rızada, ilgilinin onayı sonucunda; yasal tanımda, ilgilinin iradesine karşı veya iradesi olmadan şeklinde terimler bulunmakta olan suç tipine uygun cezayı gerektirir fiil dışlanmaktadır<sup>423</sup>. Tipikliği Kaldıran Rıza (Einverständnis) , hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Suçun unsurlarında eksiklik meydana getirir<sup>424</sup>.

***Füilin, hak sahibinin iradesine aykırı olarak gerçekleştirildiği suç tipinde açıkça yer almalıdır.*** Suç tipinde tipikliği kaldıran rıza bakımından kişinin rızasına aykırı olarak fiilin gerçekleştirilmesi gerektiğine özel olarak işaret edilmektedir<sup>425</sup>. Suç tipinde “*rızasına aykırı olarak*”, “*rızasız*” gibi terimler varsa bunların suçta etkisi bakımından fiilin, hak sahibinin rızasına aykırı gerçekleştirildiğinin değerlendirilmesi gerekir. Böyle durumlarda suç tanımında yer alan rıza kavramı, suçun unsuruna dahildir<sup>426</sup> ve fiile rıza gösterilmişse tipiklik ortadan kalkmaktadır<sup>427</sup>. Tipikliği kaldıran rıza bakımından “*unsuru ortadan kaldıran rıza*” teriminin

---

<sup>423</sup> Gülpen, **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB** , s.5.

<sup>424</sup> Heinrich, § 16 kn.438.

<sup>425</sup> Heinrich, § 16 kn.444; Kaspar, **AT**, 201, §5 Rn.364; Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup> , §17 kn. 655; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.433.

<sup>426</sup> İlgilinin rızası, eğer hukuka aykırılığı ortadan kaldırıyorsa hak sahibinin “*iradesine aykırı olarak*” (gegen den Willen) terimi unsur olarak kanuni tipte yer almamalıdır. (Örneğin AlmCK m. 248) Eğer “*irade ile*” (mit willen) terimi varsa ortada tipikliği kaldıran rıza vardır<sup>426</sup>, ve suçun unsurlarını kaldırıcı etkiye sahiptir. Bkz. Heinrich, § 16 kn.440, 442, 443; Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup> , §17 kn. 655,656.

<sup>427</sup> Baumann/Weber/Mitsch, **Strafrecht AT**, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, s.390-391 ve Udo Ebert, **Strafrecht AT**, 3.Auflage, Heidelberg, 2001, s.87-88’den aktaran Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.433 dip not 1025.

kullanılması da eleştirilmektedir<sup>428</sup>. Hak sahibinin rızası unsurun tamamlanmasını engellemelidir<sup>429</sup>.

Düalist görüş uyarınca bireysel ve kollektif hukuki menfaatler açısından fark olduğu kabul edilmektedir. Madde metninde açıkça hak sahibinin iradesine aykırılık ibaresinin yer almasının gerekçesi kanaatimizce kişinin mutlak olarak tasarrufta bulunabileceği alanda yer almayan, kamusal menfaatlerle de bağlantılı hukuki menfaatleri koruyan suç tipleri açısından özellikle “rızasız” yahut “rızaya aykırı” ibarelerinin yer alması gerekmektedir. Çünkü bu menfaatler tek tek bireyleri ilgilendiren aynı zamanda daeşit olarak toplumu oluşturan tüm bireylerin de menfaatleri olarak addedilebilecektir. Örneğin Organ ve Doku Nakli, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme gibi fiillerin sosyal devlet anlayışı uyarınca denetim altına alınması gerekmektedir. Fakat kanun koyucu, bu hukuki menfaatlerin bireysel taşıyıcılarının özerkliğine de aynı oranda önem atfetmektedir, çünkü şartları belirterek, bunların varlığı durumunda bu müdahalelerin yapılabileceğine dair bir düzenlemeye gitmemiştir. İnsan onuru ve kişi özerkliği ilkelerini dikkate alarak; toplum içerisinde de kollektif anlamda bir değer ifade eden bireyin iradesine önem vermiş ve “*iradesine aykırı olarak gerçekleştirilmemiş olma*” şartını da bu suç tiplerine eklemiştir. İnsana verilen değer uyarınca da madde metninde bireysel ve kolektif olarak çifte karakter taşıyan bu suç tipleriyle korunan hukuki menfaat açısından, özünde bireyin iradesine de vurgu yapılmaktadır. Ancak şartları söz konusu ise ve ayrıca hak taşıyıcısı bireyin de rızasına aykırı değilse gerçekleştirilebileceğine izin vermektedir. Örneğin İnsan üzerinde denemenin, TCK m.90/4’te yer alan şartlarının yanısıra aynı zamanda deneme uygulanacak bireyin de rızasına aykırı olmaması aranmaktadır. Aksi halde, insan üzerinde deneme suçu oluşacaktır.

TCK m. 90/4’teki suç tipiyle korunan hukuki menfaat kolektif olduğu kadar bireysel nitelik de taşımaktadır. Maddede yer alan şartların yanısıra; kişinin

---

<sup>428</sup> Tätbestandsausschließenden Einwilligung.

<sup>429</sup> Heinrich, § 16 kn.442.

özerkliğine ve kendi kaderini tayin hakkına saygı gereği “rızasız” yapılmaması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Öte yandan TCK m. 90/4, rıza gösterecek ilgilinin de korunmasını gerekli kılan suç tiplerindedir.

Rızanın tipikliğin karakteristik unsuru olarak kabul edildiği suç tiplerinin yaratılmasının amacı rıza gösteren mağdurun korunmasıdır, ki burada rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir<sup>430</sup>. Ayrıca Türk Hukuku bakımından da bazı suç tiplerinde örneğin, İnsan üzerinde deney suçunda (TCK m. 90/2) “*rızaya dayalı*”, İnsan üzerinde deneme suçunda (TCK m.90/4) “*rıza olmaksızın*”, organ ve doku nakli suçunda (TCK m.91) “*hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın*”, çocuk düşürme suçunda (TCK m.99) “*rızası olmaksızın*”, çocuk düşürme suçunda (TCK m.101) “*rızası olmaksızın*” terimleri suç tipinde yer almaktadır. Bu suç tipler bakımından da korunan hukuki menfaatin sahibinin açıkladığı rıza, tipikliği ortadan kaldırmaktadır<sup>431</sup>. Suç tipinde ayrıca rızanın yer aldığı durumlarda, ilgilinin rızasının hukuki niteliğinin de saptanması gerekmektedir. TCK genel hükümlerde düzenlenen ilgilinin rızasının yanı sıra, TCK’nin 90/4, 91/1, 99/1, 101/1 maddelerinde de ilgilinin rızası suçun tanımında yer almaktadır. TCK m.26/2 bakımından ilgilinin rızası, gerekçeden de anlaşıldığı üzere- kanun koyucunun takdiri olarak hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğinden söz konusu rıza, hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak değerlendirilecektir. Fakat suç tanımında rızanın yer almadığı suçlar bakımından ise bunların hukuki niteliğinin hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ele alınması doktrinde savunulmaktadır<sup>432</sup>. Tipiklikte yer almamakla birlikte, eğer hukuki menfaatin taşıyıcısının rızasının hukuken geçerli kabul edilebildiği suç tipleri bakımından ise; ilgilinin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olarak ele alınacaktır<sup>433</sup>.

---

<sup>430</sup> Aynı durum cinsel suçlar bakımından da geçerlidir. Örneğin Av CK m.212’de düzenlenen otoriteden kaynaklanan ilişkiye dayalı olarak gerçekleştirilen istismar fiilleri bakımından da rıza suçu hukuka uygun hale getirmemektedir. Açıklamalar için bkz. Fuchs, **AT 18**,§16 Kn 4.

<sup>431</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.432 dip not 877; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.288-288.

<sup>432</sup> Bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.289.

<sup>433</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.433.

*Hak sahibi, rıza açıklama ehliyetine sahip olmalıdır*<sup>434</sup>. Ancak Tipikliği kaldıran rıza bakımından doğal iradeli davranışa (natürliche Willensfähigkeit) sahip olması yeterlidir<sup>435</sup>. Sadece doğal irade yeteneğini Tipikliği kaldıran rıza açısından yeterli görenler bakımından<sup>436</sup>, çocuk yahut akıl hastası da rıza açıklayabilir. Bu rızanın geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>437</sup>. Tipikliği kaldıran rıza her suç tipinde farklı şartları barındırabileceğinden, rıza ehliyeti bakımından her suç tipi açısından ayrı ayrı şartların belirlenmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>438</sup>. Kanaatimizde de, Tipikliği kaldıran rıza ve Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza birbirinden farklı kavramlar olarak ele alındığında, elbette ehliyetle ilişkin farklı şartlar ortaya konulması gerekmektedir<sup>439</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; rızanın bir unsur olarak yer aldığı suç tipleri bakımından doğal irade yeteneğinin (natürliche Willensfähigkeit) yanısıra fiilin her aşamasında mutlaka rıza ehliyeti (Einverständnisfähigkeit) de olmalıdır<sup>440</sup>.

*Fiil tamamlanmadan rıza açıklaması yapılmalıdır*<sup>441</sup>. Yani hareket gerçekleştirilirken açıklanmalıdır<sup>442</sup>. *İrade açık bir şekilde ortaya konulmalıdır*<sup>443</sup>. Tipikliği kaldıran rıza'nın sadece var olması gerektiği, bunun açık ya da zımni açıklanmasının önemi bulunmadığı ve hatta Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza'nın aksine failin bunu bilmesine gerek olmadığı da doktrinde savunulmaktadır<sup>444</sup>. Çünkü hareketi, bir iradenin yönlendirmesi gerekmektedir ve bu da kastı işaret eder. Kast, “suç teşkil eden fiile haksızlık muhtevasını kazandıran” manevi (Sübjektif) bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teori uyarınca, suçun kanuni tanımındaki

---

<sup>434</sup> Heinrich, § 16 kn.445.

<sup>435</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.370; Krey/Esser, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 659.

<sup>436</sup> Weissenberger,s.35.

<sup>437</sup> Krey/Esser, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 660.

<sup>438</sup> Schönke/Schröder/Lenckner,StGB,Vor 32 kn 32 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.158-159 dipnot 163.

<sup>439</sup> Friedrich Geerds, “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht”, GA, 1954, s.262vd.

<sup>440</sup> Odenwald,s.69.

<sup>441</sup> Heinrich, § 16 kn.448.

<sup>442</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.370.

<sup>443</sup> Heinrich, § 16 kn.446.

<sup>444</sup> Krey/Esser, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 659.

unsurlarda yanılığında artık kasttan söz edilemeyecektir<sup>445</sup>. Oysa ki; iradenin açıkça ortaya konulmaması durumunda hata bahsi gündeme gelebilecektir. Öte yandan Tipikliği kaldıran rıza bağlamında hataları önemsiz kabul eden görüşler de vardır<sup>446</sup>.

*İrade fesada uğratılmış olmaksızın, rıza açıklaması yapılmalıdır.* Hata, hile veya cebirle alınmış bir rıza bulunmamalıdır<sup>447</sup>. Eğer gönüllü olarak ortak bir konsensüs yaratılmış ise, mağdurun iradesinin fesada uğramasının Tipikliği kaldıran rızanın geçerliliği bakımından bir etkisinin olmadığı da savunulmaktadır<sup>448</sup>. Bu nedenle rızanın hile ile elde edilmesinin tipikliği kaldıran rıza bakımından etkisi bulunmamaktadır<sup>449</sup>.

Kanaatimizce sadece iradeyi sakatlayan durumlar hem tipikliği kaldıran rızada hem de hukuka aykırılığı kaldıran rızada benzer ele alınması durumunda sorun çözülecektir. Çünkü hem tipiklik hem de hukuka aykırılık; sübjektif ve objektif unsurları içerisinde barındırmaktadır<sup>450</sup>.

Tipikliği kaldıran rızanın şartlarının her suç tipinde farklı olarak ele alınabileceği doktrinde savunulmaktadır<sup>451</sup>. Tipikliği kaldıran rıza'nın her suç bakımından aynı şartları olmasının kabulü de hukuk güvenliği ilkesi bakımından pek mümkün görülmemektedir. Kanaatimizce Tipikliği kaldıran rıza ve Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza'nın geçerlik şartları sadece benzerdir. Örneğin kişinin iradesinin aldatılarak rızanın elde edilmesi durumlarında, tipikliği kaldıran rızanın geçerliliği de etkilenecektir. Özellikle de insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından rızanın hile ile elde edilmiş olması, hem korunan hukuki menfaat ve gerçekleşecek olan müdahalenin ağırlığı bakımından kabul edilemez. Kaldı ki, insan üzerinde deney ve deneme gibi düalist hukuki menfaatlere yönelik fiiller

---

<sup>445</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.193-194.

<sup>446</sup> Stief,s.5.

<sup>447</sup> Heinrich, § 16 kn.447; Aksi görüş için bkz.Kaspar, AT, §5 Rn.369.

<sup>448</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 661.

<sup>449</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.369.

<sup>450</sup> Rönnau, LK Vor. 32 kn 147 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.158-159.

<sup>451</sup> Stief,s.5.

bakımından, uluslararası metinlerde gönüllü ve aydınlatılmış rızanın varlığına işaret edilmiştir. İnceleme konumuz bakımından, özel nitelikli tıbbi müdahalelerde irade fesadı ile elde edilen rızanın geçerliliği etkilenecektir. Döalist hukuki menfaat anlayışı doğrultusunda yaptığımız açıklamalar da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Bireysel ve kolektif hukuki menfaatleri koruyan düzenlemeler, kişinin kendi kaderini tayin hakkını ortadan kaldırmamakta bunun yanında sosyal devlet uyarınca devletin negatif yükümlölüklerine vurgu yapmaktadır.

#### **IV. Mukayeseli Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahale İle İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Fiillerine İlgilinin Rızası**

##### **A. Genel Olarak**

İlgilinin rızası kavramı, değişik ölkelerde düzenleniş biçimi ve hukuki niteliğine verilen anlam ölkelerin suç politikalarına ve ana hukuk sistemi ayrımlarına göre değişmektedir. Örneğin suçun unsurlarını çok katmanlı bir bakış açısıyla ele alan Kıta Avrupası Sistemi ile tek katmanlı sayılan Anglo Sakson sisteminde ilgilinin rızası kavramı farklılık arz etmektedir. İlgilinin rızası, TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan bir hukuka uygunluk sebebidir fakat pek çok ölkede genel hükümler bünyesinde düzenlenmemiştir<sup>452</sup>.

Ancak yine de ilgilinin rızası, ister hukuka uygunluk sebebi isterse savunma aracı olarak yasal zeminde kendine yer edinmiş olsun, tasarruf edilebilecek haklar veya hukuki menfaatler üzerinde açıklanması durumunda fiili gerçekleştiren kişiye ceza verilmemesini sağlayan bir etki doğurduğu görölmektedir.

---

<sup>452</sup> Birçok ölkede genel hükümlerde düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi olduğuna dair aksi düşünce için bkz. Eşitli, "Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu", s.180.

## B. Ülkeler Bakımından Değerlendirme

### 1. Kıta Avrupası (Almanya – Avusturya-Fransa –İspanya- İsviçre - İtalya-Yunanistan-)

*Almanya’da İlgilinin rızası*; Alman Ceza Hukukunda Türk Ceza Kanununun aksine genel hükümlerde düzenlenmemiştir. Alman Ceza Kanununun genel hükümlerinde yer almasa da, ceza hukuku doktrinde ve içtihatlarda ağırlıklı olarak yazılı olmayan hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>453</sup>.

Roma Ceza Hukukunun yansımaları, Almanya’da da izlerini göstermektedir<sup>454</sup>. Böylelikle Roma Hukuku temelli “*volenti non fit iniuria*”nın günümüzde de varlığını sürdürmesi ve özellikle teamül hukukuna dayalı yazısız karakterini –zamanla öğretideki değişikliklerden etkilenerek sürdürmesi- tesadüf değildir.

Alman kanun koyucusu, ilgilinin rızasını vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bakımından özel olarak düzenlemiştir. Alm CK m. 228’de düzenlenen “rıza”, yaralama suçları bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmektedir. Alm. CK. m.228 içinde “toplumsal bir kabullenme”yi barındırmaktadır ve Hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak nitelendirilebilir<sup>455</sup>.

Alman ceza hukuku öğretisinde de, rızaya yönelik olarak çeşitli ortak özellikler bir araya getirilmeye çalışılmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rızanın çeşitli koşulları vardır. Bu koşulların varlığı sayesinde ancak açıklanan rıza hukuka uygun kabul edilebilecektir<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.344.

<sup>454</sup> Şöyle ki, “*postglossatorlar*” tarafından dönemin ihtiyaçlarına göre ceza hukuku alanında temel ilkeler yorumlanmıştır. Dönemin temel ihtiyaçlarını kapsayan bu yorumlar sonrasında Roma hukukunun bu “güncellenmiş” kuralları el yazılı eserlerle Almanya’ya da girmiş ve güçlü etkilerde bulunmuştur. Carolina’nın Alman Ceza hukukunda 300 yıl süren bir etki yaratmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, “Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri”, **Türk-İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku 1**, Ed. Yener Ünver, 1.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2014, 25-40.

<sup>455</sup> Dubber/Hörnle ,s.737 ve ayrıca dip not 80.

<sup>456</sup> Sırma, s.48-49.

*Avusturya’da ilgilinin rızası*, Alman doktrini ile benzer, Avusturya Ceza Kanunu 90. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Ayrıca Av CK m.110’da ise tıbbi müdahalelere yönelik ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Hukuka uygunluk sebebi olarak rızaya dair kurallar gerekli değişikliklerin yapılması halinde, rıza ehliyetinin olmadığı durumlar bakımından uygulanabilirler: Eğer rıza gösteren ilgili tedaviye dair yeterli aydınlatma gerçekleştirilmeden rıza göstermiş ise o zaman Av CK m.110’daki yetkisiz tedavi suçu bakımından fiil “*rızası olmaksızın*” gerçekleştirilmiş kabul edilecektir<sup>457</sup>. Fakat Av CK m. 110 uyarınca, etkili rıza olmadan tedavi edilen hastalara mahkemeye başvurabilmektedir. Özellikle de küratif tedaviler gibi, kesin olmayan tedaviler bakımından bu durum yaygındır. Sonuç olarak Av CK m.110 uyarınca rıza göstermeyen hastalar bakımından insan üzerinde deneme yapılması güçleşmiştir<sup>458</sup>. Av CK m.96/1’de kadının rızasına aykırı olarak çocuğun düşürülmesi de düzenlenmiştir. Bu maddedeki suç tipi bakımından, rıza tipikliğe dahildir<sup>459</sup>. Öte yandan gebe kadının rıza açıklamasına özellik tanınan Av CK m.96 ve 98 uyarınca kadının tercih hakkı yüksek dereceli önemli kişilik haklarından kabul edilmektedir<sup>460</sup>. Tıp sanatına uygun yapılmayan tedaviler; Av CK m. 88’de yer alan taksirle yaralama suçundan cezalandırılabilir. Eğer tedavi başarılı olursa, fail ayrıca 110 ’dan cezalandırılabilir<sup>461</sup>. Öte yandan rıza alınması için tedavinin ertelenmesi hastanın ölümü veya ciddi sağlık problemlerine yol açabileceği durumunda, hastanın rızası olmadan tıbbi olarak belirtilen tedavi hukuka uygun sayılmaktadır<sup>462</sup>.

*Fransa’da* düzenlemeler ülkemizden daha farklıdır. Tıbbi müddahalelere ilişkin yönetmelikle düzenlenen hususların aksine, Fransız Medikal Etik Kanunu

---

<sup>457</sup> Fuchs, *ATI* <sup>8</sup>, §16 Kn 3.

<sup>458</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 17. Lfg. §110 kn 8.

<sup>459</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 23. Lfg. §96 kn 11.

<sup>460</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 23. Lfg. §96 kn 12.

<sup>461</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 17. Lfg. §110 kn 38.

<sup>462</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 17. Lfg. §110 kn 31.

uyarınca düzenlemeler yer almaktadır<sup>463</sup>. Genel anlamda ise ülkemize benzer şekilde, Fransız Ceza Hukuku bakımından da suçlar kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bunun temeli olarak da Cour de Cassation, Chambre Criminelle<sup>464</sup>, un 01.02.1990 ve 30.10.1995 tarihli kararları ile İHAM'ın *Kruslin v. France* davası gösterilebilir. Her iki mahkeme tarafından verilen kararların etkisi büyüktür. Bunlara göre; suçların tanımlarının mutlaka yazılı olarak kanunda yer alması gerekmektedir<sup>465</sup>.

Fransa Ceza Hukukunda “faits justificatifs” kavramına göre kanunen işlenmesine izin verilmiş fiillerin suç teşkil etmesine izin verilmez. Çünkü suç işlense dahi<sup>466</sup>, bu fiil toplumsal düzen bakımından izin verilen alanda kalmaktadır. Suçun unsurları da diğer ülkelerden farklı düzenlenmemiştir. Maddi unsurları (actus reus) tamam olan bir fiilin, moral-manevi- unsuru (mens rea/l'element moral) da olmalıdır. Kusurluluk ise, Fransız Ceza Hukukuna göre kınanabilirliği işaret eder, yani ceza davasında süje olabilme kapasitesidir. Bunun Fra CK 'da tanımı yoktur, sadece ceza sorumluluğunu kaldıran/azaltan sebeplerden (Imputation of responsibility/L'imputabilite) bahsedilmiştir (Fra CK m. 122-1 vd) Genel olarak diğer ülkelerin hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri ile benzerlik göstermektedir. Fra CK m.122-4'te kanunun emrini ifa (ordre de la loi), yasal savunma (legitime defense) ve zorunluluk hali (l'etat de necessite) olarak üç tane hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir<sup>467</sup>. Fra CK'da hukuka uygunluk sebepleri ve mazeret sebepleri bir arada düzenlenmiştir. Doktrinsel tartışmalara sürpriz bir şekilde dikkate alınmadan, hukuki niteliğin belirlenmesi uygulamaya bırakmıştır<sup>468</sup>.

---

<sup>463</sup> Anne-Marie Duguet, **Medical Law in France**, 1<sup>st</sup> edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, s.97.

<sup>464</sup> Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi.

<sup>465</sup> Series A No 176-B; Application No 11801/85 için bkz. Jean Pradel, “Criminal Law”, **Introduction To French Law**, Ed. George A. Bermann/Etienne Picard, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, s.107.

<sup>466</sup> Yazar crime kelimesini kullandığı için suç olarak aktarmaktayız. Aksi halde kanaatimizce hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil suç teşkil etmeyeceği için suç ibaresinin kullanılmasını doğru bulmadığımızı da belirtmek isteriz.

<sup>467</sup> Pradel, s.110,111,119,120.

<sup>468</sup> Edward A. Tomlinson, **The French Penal Code of 1994**, The American Series Of Foreign Penal Codes 31, Littleton-Corlodo, Fred B. Rothman Publications, 1999, S.7

Fransa'da da tıbbi müdahalelerden önce, hekim mutlaka hastayı aydınlatarak onun rızasını yahut red beyanını almak zorundadır. 5.08.1995 tarihli Medikal Etik Kanunu m. 36 uyarınca, her durumda hastaların rızası alınmalıdır. Eğer rıza ehliyeti olan bir hasta ise, hekim mutlaka tedaviyi reddeden hastanın tercihine saygı duymak zorundadır. Medikal Etik Kanunu m.35 uyarınca ise dikkat çeken husus, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hastanın kişilik özelliklerini göz önünde bulundurarak ve hastanın anladığından emin olarak gerçekleştirmesidir<sup>469</sup>. Fra CK m.223-8/1'de ise insan üzerinde deney suçu düzenlenmiştir. Eğer bir kimsenin/velilerin/vasinin gönüllü, aydınlatılmış ve sözlü rızası yoksa kişi cezalandırılır. Fra CK m.223-8/2'de ise rıza geri alınmasına rağmen deney yapılırsa da suç teşkil etmektedir. Hukuka aykırı kürtaj ise Fra CK m. 223/10'da düzenlenmiştir. Eğer kadının rızası dışında kürtaj yapılırsa bu da suç teşkil etmektedir. Kürtajın yetkili bir hekim yahut tıbbi bir endikasyon olmaksızın gerçekleştirilmesi durumunda da suç teşkil eder<sup>470</sup>. Fransa'da Kamu Sağlığı Kanunu m. L 1111-5'te yapılan değişiklik ile çocuklar bakımından cerrahi operasyon zorunlu ise, ailesine bilgi verilmesini reddeden çocuk bakımından hekim ebeveynlerin rızası olmaksızın müdahaleyi gerçekleştirebilir. Ancak çocuğu aileye bilgi vermesi için yönlendirmeli, çocuğun bu talebini ısrarla sürdürmesi durumunda ancak müdahale gerçekleştirilebilir. Fakat ebeveynleriyle arasında bağı olmayan çocuk eğer CMU (Couverture maladie Universelle)- düşük gelirli veya sağlık güvenceleri olmayanlar için devlet tarafından tıbbi müdahaleden faydalanabilmesi için verilen bir fon- kapsamında ise o zaman çocuğun rızası yeterli olacaktır<sup>471</sup>.

*İspanya'da ilgilinin rızası* bakımından ise şöyle bir değerlendirme yapılabilir: Öncelikle İspanya Anayasasının<sup>472</sup> 10. maddesinde insan onuru

---

<sup>469</sup> Duguet, s.97; Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, 1999 senesinde Fransız Medeni Kanunu m.16/3'te yapılan değişiklik ile tıbbi zorunluluk tabiri, terapotik zorunluluk olarak değiştirilmiştir. Bkz. Duguet, s.97.

<sup>470</sup> Tomlinson, s.121-122.

<sup>471</sup> Duguet, s.98.

<sup>472</sup> Constitucion Espanola-De 27 de diciembre de 1978 Articulo 10 için bkz. Klaus Adomeit/ Frühbeck Olmedo, **Einführung in das spanische Recht**, 3. Auflage, München, Beck Verlag, 2007, s.158.

düzenlenmiştir. Buna göre dokunulmaz haklardan olan kişiliğinin serbestçe gelişim hakkının doğasında var olan insan onuru, hukuk ve başkalarının haklarına saygı; politik düzen ve sosyal barışın temelidir. Söz konusu anayasal düzenleme, Ceza kanununda yer alması dahi rızaya dair ileride açıklayacağımız üzere, doktrinsel ayrımın temelini nereden geldiğini bize açıklamaktadır.

İspanya Ceza Hukukunda suçlar; delitos ve faltas olmak üzere ikiye ayrılır. Delitos önemli suçlardır, büyük (delitos graves) ve küçük (delitos menos graves) olmak üzere bunlar da kendi içlerinde ikiye ayrılırlar. Faltas ise daha küçük suçlardır<sup>473</sup>. İspanya Ceza Hukuku, ilgilinin rızası bakımından tek tip kural muhteva etmemektedir. Özellikle İsp CK m. 20 ceza sorumluluğundan bahseder ancak burada ilgilinin rızasına dair bir terim bulunmamaktadır<sup>474</sup>. Yani İsp CK‘ da genel hükümler arasında ilgilinin rızası düzenlenmemektedir. Sadece bazı suç tipleri arasında tipikliğe dair bir unsur olarak yasal düzenleme mevcuttur<sup>475</sup>. Bazı belirli suçlara etkisi ile ilgili olarak, öğretisel bir tartışma bulunmaktadır.

Ceza hukukunda genel hükümler bakımından, mağdurun rızası bazen tipik bir fiilin suç olarak cezalandırılmasını engellemektedir. Bazı durumlarda da hukuka uygunluk sebebi olarak sınıflandırılmıştır. İspanyol Ceza Hukuku öğretisinde bir görüş, meşru bir hakkın kullanması suretiyle ceza sorumluluğundan kurtulabilmenin kapsamına rızayı içeren davaları da dahil etmiştir<sup>476</sup>. Rıza, fiilin dava ile ilgisi olmasına yol açacaktır. Ortada hukuka uygunluk için bir delil gösterilmesine gerek yoktur. Bazı durumlarda, örneğin İsp CK m. 234’te düzenlendiği gibi, “sahibinin rızasının yokluğu”, fiilin hırsızlık suçunu sonuçlamasına sebep olmaktadır. Bu gibi kanunda rızaya yada isteğe dair bir terimin gösterildiği durumlarda, rızanın artık suçun unsuru haline geldiği kabul edilmektedir. Rızanın bir etken olarak faaliyet

---

<sup>473</sup> Elena Merino-Blanco, **Spanish Law And Legal System**, 2nd Edition, London, Sweet&Maxell, 2006, s.137.

<sup>474</sup> Lorena Bachmaier Winter/Antonio Del Moral Garcia, **Criminal Law In Spain**, 2nd Edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, s.101.

<sup>475</sup> Sırma, s.50.

<sup>476</sup> Bachmaier Winter/ Garcia, s.101.

gösterdiği bedensel müdahale gibi durumlarda ise, ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır. Bu durumlarda artık ortada supra-legal bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilmektedir, çünkü yasada yer almamaktadır<sup>477</sup>. Özetle doktrinde rızaya yönelik olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Tipikliği kaldıran ve hukuka aykırılığı kaldıran olmak üzere iki çeşidi mevcuttur<sup>478</sup>.

Ayrıca kasten yaralama bakımından da İsp CK m.155 uyarınca, kişi gönüllü olarak serbest iradesiyle açıkça rıza gösterirse ceza indirilir. Bazı tıbbi müdahaleler bakımından rıza ise İsp CK 156'da düzenlenmiştir<sup>479</sup>. İsp CK m.156 bakımından eğer rıza hatalı bir şekilde verilmiş ise, örneğin hile söz konusu ise, bu durumda herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Feragat edilemez haklar bakımından da fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir, belki bu durumda indirim sebebi olabilir. Örneğin kasten öldürmenin cezası m. 139'da 15-20 yıl hapis cezası olarak belirlenmişken, rıza ile kasten öldürme İsp CK m. 143.3'de düzenlenmiştir ve cezası 6-10 yıl hapis cezasıdır. Ayrıca ortada bir ötenazi teşkil eden bir fiil- yani var ise bu da İsp CK 143.4'te düzenlenmiş olup, cezası yine kasten adam öldürmeye göre indirim sebebi yapılmıştır, 6 ay-6 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür<sup>480</sup>.

*İsviçre* Ceza Kanununda da ilgilinin rızasına dair genel hükümlerde bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada da Almanya'da olduğu gibi teamül hukuku karakterli olarak ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak yer almaktadır. Bu durum mahkeme içtihatlarında yeknesak olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bazı suç tiplerinde de Tipikliği kaldıran rıza hukuki karakteri ile rızanın bir unsur olarak yer aldığını görmekteyiz<sup>481</sup>. Hekimin gerçekleştirdiği fiil, hukuk düzenince korunan en azından bir hakka yönelik bir zarar meydana getirmeli ve hukuka aykırı olmalıdır. Sonra gerçekleştirdiği haksızlık, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması ile ortadan

---

<sup>477</sup> Bachmaier Winter/ Garcia, s.101.

<sup>478</sup> Sırma,s.50.

<sup>479</sup> (Çevrimiçi), [www.legislationline.org/download/action/download/id/.../Spain\\_CC\\_am2013\\_en.pdf](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/.../Spain_CC_am2013_en.pdf) , 31.07.2016 .

<sup>480</sup> Bachmaier Winter/ Garcia, s. 101-102.

<sup>481</sup> Sırma,s.50.

kalkacaktır. Fiziksel ve ruhsal bütünlük İsviçre MK (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) m. 27 ve 28’de düzenlenmiştir. Prensip olarak tıbbi müdahaleler, fiziksel veya ruhsal bütünlüğe zarar verdikleri için haksızdırlar. Ancak bunlar somut olayda, hastanın verdiği rıza olursa hukuka uygun kabul edilirler. Bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için öncelikle hastanın müdahale hakkında bilgilendirilmesi sonucunda artık somut olayın özelliğine göre gerçekleştirilecek terapötik<sup>482</sup> süreç için hastayı aydınlatmakla yükümlü olan hekim; hastanın verdiği rızadan emin olarak verebilmesini sağlamalıdır. Hekim, hastayı mutlaka terapötik süreç konusunda bilgilendirmeli ve sonrasında aydınlatılmış rızasını almalıdır<sup>483</sup>. Aksi halde gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir.

Bu aydınlatmanın sınırı bakımından ise hem Alman Hukuku, hem case law hem de İsviçre hukukuna göre; hasta benzer sonuç doğurabilecek alternatif tedavileri, standart tedavileri veya farklı sonuçlara varılabilecek tedaviler konusunda bilgilendirilmelidir. Hastanın rızasını, alternatifleri değerlendirerek ve seçebilme hakkını kullanarak, vermesi kişi otonomisi açısından da önemlidir. Kişi, kendisi hakkında farklı alternatifler sunulmayarak belirli bir tedaviye zorlanırsa; özgürce hareket ederek rızasını verdiği kabul edilemez. Elbette ki rızanın hatalı, hileli yahut tehdit sonucu verilmesi, hastanın özgür iradesi söz konusu olmayacağı için geçerli sayılmaz. Ayrıca hasta bunu her zaman geri alabilir. Hastanın tedaviyi reddettiği durumlarda, hekimin tıbbi müdahalede bulunmasına izin verilmemiştir. Eğer hekim; tedavinin reddedilmesine rağmen tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirse, bu durumda hem özel hukuk hem de ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır. Kendi geleceğini belirleme hakkı, objektif olarak irrasyonel seçimler yapabilme hakkını da kapsamaktadır. Bu sebeple, kendi hayatını kurtaracak tıbbi müdahalenin reddedilmesi durumunda dahi hastanın hakkına saygı duymak gerekir<sup>484</sup>. İsviçre Hukukuna göre, bir hasta kendi geleceğini belirleyen bir seçimi ancak aydınlatılmışsa yapabilir. Ayrıca hekimin

---

<sup>482</sup> “*Tedaviye ait, tedavi edici*”, (Çevrimiçi), <https://www.turkcesozlukler.com/terap%C3%B6tik-nedir-ne-demek>, 22.09.2017.

<sup>483</sup> Andrea Büchler/Thomas Gächter, **Medical Law in Switzerland**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, s.65.

<sup>484</sup> Büchler/Gächter, s.65-68.

aydınlatma kapsamına tıbbi müdahalenin ekonomik yönleri de girmektedir (BGE 116 II 519, 521ff. (1990). Hastanın, kendi tanı ve tedavi (diagnostik ve terapötik) bakımından olduğu kadar, ekonomik bakımdan da aydınlatılması gerekir<sup>485</sup>. İsviçre CK m.125 uyarınca hekim beden bütünlüğüne zarar sorumlu tutulabilmesi için; maddi unsur bakımından değerlendirdiğimizde, hekim bakım görevine aykırı hareket etmeli ve beden bütünlüğüne zarar vermelidir. Öte yandan manevi unsur bakımından değerlendirdiğimizde ise, hekim neticeyi istemeden fiili gerçekleştirmeli ayrıca bedensel zarar da öngörülebilir. Bu durumda hekim, hem objektif hem de sübjektif açıdan özensiz davranmıştır denilebilir. Ancak eğer hekim hastaya önemli bir zarar vermişse veya rızasız yahut hastanın beklemediği gibi tıbbi müdahalede bulunmuşsa; bu gibi durumlar önemli bedensel zararlar yarattığı için İsviçre CK m.126<sup>486</sup> kapsamında kasten yaralama olarak nitelendirilirler. Hekimin bilinçli hareket ettiğinin kabulü için, bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Hekim, hastanın rıza vermediği tıbbi müdahalenin bedensel zarar doğuracağını öngörmelidir. Eğer tamamen beklenmeyen yahut öngörülemeyen durumlar varsa, o zaman öngörülmeden bahsedilemez<sup>487</sup>.

İsviçre’de rıza gösterecek ilgilinin hakkın sahibi olması, bunu fesada uğratılmamış bir irade ile en geç fiilin gerçekleştirilmesine dek açıklaması ve ceza hukuku anlamında göstereceği rızanın kapsamını değerlendirebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir<sup>488</sup>. İsviçre Ceza Hukukunda; uygulamada yazılı olmayan savunma sebepleri de vardır ve bunların en önemlisi de ilgilinin rızası (mağdurun rızası) dır. En önemli örnek rıza dışı tıbbi girişimlerin hukuka aykırı bedensel yaralama sayılmasıdır<sup>489</sup>. Rıza, fiille bağlantılı gerçekler ve tedavideki riskler açıklandıktan sonra verilmelidir. Rızadan vazgeçilebilir veya belirli şartlarda

---

<sup>485</sup> Böhler/Gächter, s.90.

<sup>486</sup> (Çevrimiçi), [https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss\\_criminal\\_code\\_en\\_html/Swiss\\_CC\\_1937\\_am2013\\_en.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss_criminal_code_en_html/Swiss_CC_1937_am2013_en.pdf) , 31.07.2016 .

<sup>487</sup> Böhler/Gächter, s.72-73.

<sup>488</sup> Peter Noll/Stefan Trechsel, **Schweizerische strafrecht Allgemeiner Teil I Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit**, 2.Auflage, 1986, s.126’dan Aktaran Sırma, s.50.

<sup>489</sup> S. Trechsel/M. Killias, "Criminal Law", **Introduction To Swiss Law**, Ed. François Dessemontet/Tuğrul Ansay, 3rd Edition, The Hague, Kluwer/Schulthess (Kluwer Law International), 2004, s.234.

verilebilir. Ancak kimse yaşam hakkının veya özgürlüğünün ortadan kaldırılması için rıza gösteremez<sup>490</sup>. İsviçre CK m.114<sup>491</sup> talep üzerine öldürmeyi düzenlemektedir. Bununla beraber ciddi bir bedensel zarara sebep olabilecek müdahaleye, sosyal bir değere hizmet eden durumlarda rıza açıklanması hukuken kabul edilebilir. Örneğin, böbreğini organ nakli için bağışlayan kişinin rızasında olduğu gibi<sup>492</sup>.

*İtalyan* Ceza Hukukunda da bir olgu ya hukuka uygun ya da aykırıdır. Hukuka aykırı fiil bütün hukuk düzenine aykırıdır. Suçun bütün unsurları olmasına rağmen, ortada bir hukuka uygunluk sebepleri varsa, hukuka uygun kabul edilir. Suçun diğer unsurları tamam olsa dahi, hukuka aykırılık unsuru olmadığından ortada suç yoktur<sup>493</sup>. İtalyan Ceza Hukuku bakımından, İtaCK m.50-54 arasında bazı genel Hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. İta CK m.50'de ilgilinin rızası düzenlenmiştir<sup>494</sup>. Genel Hükümlerde buna ilişkin açık bir düzenleme mevcuttur<sup>495</sup>. İtalyan MK m.5 uyarınca insan kendi beden bütünlüğü açısından sınırsız tasarruf hakkına sahip değildir. Bunun sebebi de bireylerin topluma yönelik olarak yükümlülükleri ile açıklanır<sup>496</sup>. İtalya'daki ilgilinin rızasının çerçevesi bu şekilde belirtilebilir.

*Yunan* Ceza Hukukunda hukuka uygunluk sebepleri, genel ve özel hükümlerde de düzenlenmiştir<sup>497</sup>. İlgilinin rızası, ilk bakışta suçun bir unsurunu da geçersiz kılabilir. Örneğin hırsızlık suçunda bu şekilde düzenlenmiştir. Ancak diğer bazı durumlarda, örneğin öldürme yahut ciddi bir bedensel yaralama içeren fiiller

---

<sup>490</sup>Trechsel/Killias,s.255

<sup>491</sup>(Çevrimiçi),

[https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss\\_criminal\\_code\\_en\\_html/Swiss\\_CC\\_1937\\_a m2013\\_en.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss_criminal_code_en_html/Swiss_CC_1937_a m2013_en.pdf) , 31.07.2016 .

<sup>492</sup> Trechsel/Killias,s.255.

<sup>493</sup> Astolfo Di Amato, **Criminal Law in Italy**, 1st Edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International,2011,s.88.

<sup>494</sup> Di Amato, s.89.

<sup>495</sup> Dönmezer/Erman,C.II,kn.736.

<sup>496</sup> Toroslu/Toroslu,**Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.178-179.

<sup>497</sup> Dionysios D. Spinellis, **Introduction To Greek Law**, Ed.Konstantinos D. Kerameus/Phaedon J.Kozyris, 2nd Edition, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993,s.342.

bakımdan ilgilinin rızası herhangi bir etki doğurmaz. Fakat bazı durumlarda ise fiili hukuka uygun hale getirir. Daha sonra açıklayacağımız Yun CK m.308/2 bakımından rıza hukuka uygunluk sebebidir<sup>498</sup>. Tıbbi müdahaleler bakımından rıza bazen bilgilendirme yapılmaksızın da olabilir. Örneğin acil durumlarda hekim, hızlıca karar vermesi gerekebilir<sup>499</sup>. Örneğin mucit bir doktora kasten mi yoksa taksirle mi hareket etti denilebilir? Eğer zehirlenme ile fiilini gerçekleştiriyorsa, bu durumda kasten insan öldürme suçundan cezalandırılmaz. Yun CK m.303 için ise doğrudan kast kabul edilmez, özellikle kürtaj fiilleri için bu şekilde kabul edilmiştir<sup>500</sup>. Beden bütünlüğünü ihlal eden tıbbi müdahaleler ancak gönüllü olabilirler (Yun CK m.308<sup>501</sup>, 309 ve 310)<sup>502</sup>. Tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatılmış rızanın alınmış olması gerekmektedir. Bunun hukuki dayanağı Yunan AY m.2 (insan onuru) ve 5 (beden bütünlüğü), Hastaneler Kanunu m.47/3- hastanın tedaviyi red ve kabul hakkı düzenlenmiştir- ve 2005 tarihli Etik Kodların 2. ve 12. maddeleridir<sup>503</sup>. Eğer rızasız tıbbi müdahale gerçekleştirilirse, o zaman bu gibi fiiller kasten yaralama suçunu oluştururlar. Gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı karakteri sadece hastanın rızası varlığında ortadan kalkacaktır. 25.05-16.07.1955 tarihli bir Kraliyet Kararnamesinde, “*Hekimler, hastanın kişiliğine ve onuruna saygı göstermek zorundadır.*” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca hastanın tedaviyi reddetmesi halinde de, hekim hastanın tercihine saygı duymalıdır. Fakat hastanın hiçbir şey açıklayamadığı durumlar da mevcuttur. Örtülü rıza veya varsayılan rıza durumlarında ise, hasta pasif durumdadır. Bu durumlarda da, tıbbi müdahalenin doğası uyarınca hastanın tutumu

---

<sup>498</sup> Spinellis, s.343; Yunan Ceza Hukukunda enochi suç, katalogismos ise ceza sorumluluğunun yüklenebilirliği için kullanılır. Bkz.Spinellis, s.343.

<sup>499</sup> Theodore Koniaris/Anna Karlovassitou-Koniari, **Medical Law In Greece**, The Hague, Kluwer Law International, 1999, s.118.

<sup>500</sup> Ch. Tzortzopoulos, **Die Schuld lehre im neugrieschen Strafrecht**, Bonn, Ludwig Röhrscheid,1935,s.47-48.

<sup>501</sup> Yun CK 308/2 uyarınca; 1. Fıkıradaki belirtilen Bedensel yaralama eğer mağdurun rızası varsa hukuka uygundur ve ahlaka aykırı değildir. Bkz. Nicholas B.Lolis/Giorgios Mangakis, **The Greek Penal Code**, The American Series Of Foreign Penal Codes 18, South Hackensack, N.J.-London, Fred B. Rothman&Co-Sweet&Maxwell Limited, 1973,s.150;D.Karanikas, **Das Griesche Strafgezetzbuch**, Berlin, Walter de Gruyter&Co,1953, s.65.

<sup>502</sup> Koniaris/ Karlovassitou-Koniari,s.120; T. Goffin, et al., “Patient Rights in the EU - Greece”, European **Ethical-Legal Papers** N°6, Leuven, 2007 (Çevrimiçi), <http://www.eurogentest.org> , 07.06.2016 .

<sup>503</sup> Goffin,s.19.

ve müdahalenin olası sonuçları bakımından değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca yazılı rıza almak her zaman hekim için yararlıdır, çünkü sözlü rıza her zaman hekimi güvence altına almaz. Ayrıca bir çok davada görülmüştür ki, tıbbi endikasyon olmaksızın gerçekleştirilen estetik operasyonları, sterilizasyon gibi yazılı formlar hasta ve hekim tarafından imzalsansa da; tıbbi jargon ağırlıklı bu metinler hastanın aydınlatılmış olduğunu göstermez<sup>504</sup>. 18 yaşından küçükler tıbbi müdahale açısından çocuk sayılırlar. Ve bizzat hastane veya hekime başvurma hakları yoktur. Örneğin insan kanından elde edilen maddeler ancak 18 yaşını doldurmuş kimselerden alınabilir. Ancak Profilaksi Kanunu uyarınca; bulaşıcı hastalığa sahip olan 16 yaş ve üzeri kişiler bizzat hekime başvurabilir ve tedavisini seçebilirler. Kural olarak, yeterli olgunluğa erişmemiş çocuklar bakımından tıbbi müdahaleye rıza ebeveynleri tarafından verilir. Son karar acil durumlar hariç ebeveynlere aittir. Ancak olgun çocuklar yalnız rızalarını açıklayabilirler, ancak ebeveynlerinin rızaları da dikkate alınmak zorundadır. Eğer çocuk, ebeveynlerine danışılmamasını ısrarla talep ediyorsa; o zaman hekim, diğer Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi çocuğun kararına saygı duymak zorundadır<sup>505</sup>.

Öte yandan intihar, Yunan Ceza Hukuku açısından suç olarak düzenlenmemiştir<sup>506</sup>; ancak Yun CK m.301 uyarınca her kim tedavisi olmayan bir hastalığa tutulmuş ve acı çeken bir insanı, ölmek isteyen kişinin rızası ile ciddi ve ısrarlı bir talep sonucunda kasten öldürürse hapis cezası ile cezalandırılır<sup>507</sup>. Yun CK 304/2'de rızaya dayalı çocuk düşürme fiili düzenlenmiştir. Ceninin ölmesine sebep olan yahut bunun için hamile kadına yardım eden kişi en az 6 ay hapis cezası ile cezalandırılır. Fakat bunu süreklilik haline getiren kişi ise 10 yıldan az olmamak üzere hapsolünür<sup>508</sup>. Tedaviyi reddetme açısından, yaşam kurtaran bir fiili reddeden hastanın durumu bakımından şöyle bir değerlendirme yapılabilir: Yunan Ceza

---

<sup>504</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.120-122.

<sup>505</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.130-131.

<sup>506</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.137.

<sup>507</sup> Yun CK m.301 için bkz. Lolis/ Mangakis,s.147.

<sup>508</sup> Yun CK m.304/2 için bkz. Lolis/ Mangakis,s.148; Yunan Hukukuna göre gebelik 12. Haftanın tamamlanmasına dek sonlandırılabilir. Bkz. Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.139.

Hukukuna göre, tıbbi müdahalenin ana unsuru sadece hastanın rızası değildir. Çünkü hekimin kanundan kaynaklanan mesleğini icra hakkı da bulunur. Burada normlar çatışmaktadır. Hekimlik Mesleği Yasası m.25 hekimin tedaviyi reddetmesine engeldir, bu bir dava konusu olmuştur ve bunun sonucunda tedaviyi reddeden hekimin ihmalkar olduğuna karar verilmiş ve hekimin ceza sorumluluğu doğmuştur<sup>509</sup>.

Kısırlaştırma ise; Yunanistan'da tıbbi endikasyon dışında, hukuka uygun tıbbi müdahale kapsamında görülmemektedir. Tüplerin bağlatılması veyahut vasetomi gibi kısırlaştırma işlemleri geriye dönüşsüz işlemlerdir. Akıl hastalığı olan 18 yaş üstü kimseler için de, böyle bir müdahale için açıklanan rıza kabul edilemez. Yasal olarak bilgilendirilmiş bir donörden alınan gametler -tedarik ve kullanımı ancak donörün rızası alındıktan sonra kullanılabilir. Eğer yapay dölleme kocanın bilgisi olmadan 3. Kişinin spermi alınarak yapılmışsa, bu durumda aile düzeni bozulacak ise; o zaman Yun CK m. 354 uyarınca ceza sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>510</sup>.

Çocukların organ nakli açısından rıza, ebeveynleri tarafından verilebilir. Eğer rıza organ alınacak kişiden başkası tarafından açıklanıyorsa, kişiden organ alınmasının ciddi zarar vereceği durumlar söz konusu ise; rıza geçersiz sayılabilir<sup>511</sup>. Çünkü Yunan hukuku bakımından hekim, lege artis davranır ve başarılı bir tıbbi hareket yapsa dahi; hastayı bilgilendirmez ve onun rızasını almaz ise, kişisel özgürlük, haysiyet ve vücut bütünlüğü haklarını ihlal etmiş kabul edilmektedir<sup>512</sup>. Eğer bir hekim hala deneysel aşamada olan bir yöntemi veya hala test edilen bir yöntemi kullanır ve başarısız olursa, bu durumda Yun CK m.308 uyarınca sorumlu olacaktır<sup>513</sup>.

---

<sup>509</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.137.

<sup>510</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.140-141.

<sup>511</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.145.

<sup>512</sup> K. Merakou/ E. Tragakes, "Developments of Patients' Rights Legislation", **European Journal of Health Law** 1999, 6, s.74.

<sup>513</sup> Koniari/ Karlovassitou-Koniari,s.148.

## 2. Anglo-Sakson (ABD, Kanada, İngiltere, Avusturalya, Güney Afrika)

Anglo-Sakson hukukunda savunmalar (defenses) adı altında Excuse defenses (Mazeret sebepleri) ve Justification (Hukuka uygunluk sebepleri) olarak ikiye ayrılmaktadır. Justification, gerçekleştirilen fiilin bazı şartlar altında mantıklı veya gerekli olduğu savunması olarak tanımlanabilir<sup>514</sup>. Justification savunma araçları, kişilerin suç işledikleri bilincinde oldukları fakat kendilerinin cezalandırılmayacağını iddia ettikleri durumlar için uygulanmaktadır. Çünkü bu kişiler bu fiili gerçekleştirmiş olsalar dahi, hukuka uygun hareket etmişlerdir. Anglo-Sakson Hukukunda en önemli hukuka uygunluk savunmaları; rıza, meşru savunma, hakkın icrası ve zorunluluk halidir<sup>515</sup>.

Genel olarak ABD ceza hukukundaki savunma sebepleri; fail tarafından sunulan bir hukuka uygunluk sebebi (justification) ya da bir mazeret sebebi (excuse) olarak, failin cezai sorumluluğu ortadan kaldırır ya da azaltırlar<sup>516</sup>. Gündelik dilde savunma sebeplerini bir sanığın mahkûmiyetini engelledikleri şeklinde tanımlamak yaygın olsa da; bu geniş kapsamlı terim esasında bünyesinde farklı kavramlar ve öğretiler içermektedir<sup>517</sup>. Hukuka uygunluk sebeplerine dair savunma, sanığın hareketinin cezalandırılmamasını sonuçlar<sup>518</sup>. Esasında hukuka uygunluk sebepleri, daha büyük bir zarar veya kötülük yerine gerçekleştirilen suç fiili sebebiyle failin aklanmasına yardımcı olur. Şöyle ki; fail suç teşkil eden fiilini gerçekleştirdiğinde, bu fiili tolere edilir (hatta bazen teşvik edilir) çünkü belli bir durumda onun dengelenen faydaları, tam olarak sosyal bir zarar meydana getirmez<sup>519</sup>.

---

<sup>514</sup> Larry J. Siegel/John L. Worrall, **Introduction To Criminal Law**, 15 th Edition, Boston, Cengage Learning, 2016, s.143.

<sup>515</sup> Siegel/Worrall, s.146.

<sup>516</sup> Wallace/Roberson, s.72.

<sup>517</sup> Paul H. Robinson/Michael T. Cahill, **Criminal Law**, 2nd Edition, New York, Wolters Kluwer Law&Business, 2012, s.283.

<sup>518</sup> Wallace/Roberson, s.84.

<sup>519</sup> Robinson/Cahill, s.284.

Öte yandan sanığın suç işlediği zaman kusurlu kabul edilmediği durumlarda ise mazeret sebepleri ortaya çıkar<sup>520</sup>. Cınnet (insanity) veya cebir (duress) gibi mazeret sebeplerinin özünde ise, bambaşka bir teori yatmaktadır. Mazeret sebepleri, davranışları ile – hukuka uygun sayılmayan- net bir sosyal zarar veya kötülüğe sebep olmuş faillere uygulanırlar ki; bu failler fiilleri sebebiyle adaletli bir şekilde davranışlarından da sorumlu tutulmazlar. Kısaca fiil, hukuka uygun sayılır; fail ise, mazur görülür diye özetleyebiliriz<sup>521</sup>. Ayrıca genel savunma sebeplerinin bir başka grubu da vardır ki bunlara cezalandırmayı kaldıran savunma sebepleri (non exculpatory defense) denilmektedir. Bunlar açısından fiil hukuka uygun kılınmaz, yahut fail mazur görülmez. Ancak bunların varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Kanundan kaynaklanan bazı durumlarda ise failin ceza almasını önlemektedir<sup>522</sup>.

Genel kural ilgilinin (Amerikan ceza hukukundaki kullanım ile mağdurun) rızasının, ceza soruşturmasına ait bir savunma sebebi olmadığıdır. Bu kuralın arkasındaki mantık, bir suçun topluma zarar vermesi ve mağdurun rızasının bu zararı ortadan kaldırmamasıdır<sup>523</sup>. Bunun arkasındaki sebep, mağdurun acı çekmesine izin veremeyeceğidir. Bir kişi kendi ölümüne rıza gösteremeyeceği örneğinde olduğu gibi<sup>524</sup>.

Ancak doktrinde ilgilinin rızası açısından, kıta avrupası hukuk sistemine benzer ayrımlar mevcuttur. Bu görüşe göre; Amerikan Model ceza kanunu m. 2.11 (1), hukuka aykırılığı kaldıran rıza ve tipikliği kaldıran rıza olarak iki farklı rızanın varlığını kabul etmektedir. Model ceza kanununun yanı sıra; Kanada ceza kanunu da, benzer şekilde ceza sorumluluğu bakımından rızanın önemini yadsımamaktadır<sup>525</sup>. Fletcher'a göre, “*tutarlı ahlaki zorunluluk*” içeren yeterli sayıda unsura sahip

---

<sup>520</sup> Wallace/Roberson, s.85.

<sup>521</sup> Yazarlara göre hukuka uygunluk sebeplerinde fiile odaklanırken, mazeret sebeplerinde fiile odaklanılır. Açıklamalar için bkz. Robinson/Cahill, s.284.

<sup>522</sup> Robinson/Cahill, s.285.

<sup>523</sup> Wallace/Roberson, s.95; D. Scott Boyles, **Criminal Law in the USA**, 2nd Edition, Alpen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law&Business, 2015, S.77.

<sup>524</sup> Boyles, s.77.

<sup>525</sup> Dubber/Hörnle , s.469.

yasaklayıcı bir normun varlığı tüm yasal savunmalarda olduğu gibi rızanın değerlendirilebilmesi için gereklidir<sup>526</sup>.

Zamanla bireyler, devletin kendisine rıza gösterebileceği alanların belirlenmesi noktasında adeta hâkimiyetlerini kaybetmiştir. Hatta eski bir İngiliz mahkeme kararında, bedensel yaralanmaya rıza gösteren kişi sakat kaldığı için krala vereceği desteği kraldan esirgemesi gerekçesiyle rızaya geçerlilik tanımayarak sanıkları mahkûm etmiştir. Doktrinde ise hala Amerikan mahkemelerinin, kişilerin yaşam ve bedensel bütünlüklerine yönelik haklarının kendilerine ait olmadığı anlayışını devam ettirdikleri ve kamusal politikaları dayanak göstererek rıza ile gerçekleştirilen bedensel yaralanmalar gibi kişisel değerlere yönelik fiillerde, gönüllülük kavramını göz ardı ettikleri savunulmaktadır<sup>527</sup>.

Kişilere karşı suçlar bakımından değerlendirildiğinde, rıza her zaman problemlili bir alan teşkil etmektedir. Mukayeseli hukuk değerlendirildiğinde, örneğin İngiliz ceza hukuku bakımından, hayatın rıza ile sonlandırılması savunma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Özellikle rızanın varlığına dair ispat sorunları bulunmaktadır<sup>528</sup>. Kişinin ölümünden önce rıza açıklayıp açıklamadığı yahut talebinin var olup olmadığı açısından büyük bir ispat sorunu olduğuna biz de katılmaktayız.

Genel olarak ilgilin rızası, otomatik olarak sanığın hukuk düzeni tarafından mazur görülmesine yol açmamaktadır. Suç tipine göre rızanın hukuki geçerliliği de değişiklik arz etmektedir. Örneğin; rızanın varlığı durumunda cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Fakat küçüklerle cinsel ilişki (cinsel istismar) vakalarında; rıza var olsa dahi küçüğün rızası, hukuka uygunluk arz eden savunma aracı olarak kabul

---

<sup>526</sup> Bergelson, s.172.

<sup>527</sup> Bergelson, s.166.

<sup>528</sup> Ancak burada özellikle yazarın eleştirisini dile getirmekte fayda görmekteyiz. Mevcut mevzuat bakımından rıza konusunda, yazar İngiliz hukukundaki düzenlemeleri *tutarsız* (yazar burada incoherent terimini kullanıyor) bulmaktadır. Açıklamalar için bkz. Richard Stone, **Offences Against The Person**, 1st Edition, London- Sydney, Cavendish Publishing Limited, 1999, s.67vd.

edilemez; çünkü küçüğün böyle bir rızayı açıklayabilme yeterliliği ve olgunluğu mevcut değildir. Ayrıca ensest suçu bakımından da küçüklerin rızasına itibar edilmeyecektir<sup>529</sup>. Öte yandan *People v. Lenti* davasında<sup>530</sup>, bir dayak klübünde ilgililerin bu fiillere razı olduklarını taahhüt etmelerine rağmen, zararın sadece bireye değil bir bütün olarak topluma olduğu kabul edilmiştir<sup>531</sup>. Mahkeme, kişinin birkaç hafta hastanede kalacak şekilde bedensel bütünlüğüne yönelik müdahaleye rıza göstermesini kabul edilemez bulmuştur. Kanaatimizce mahkemelerin değerlendirmeleri; Amerikan ceza hukuku bakımından da, ilgilinin rızasının ihlal edilen hukuki menfaatler yönünden ele alınmaya başlandığını ve kıta avrupası'na benzer bir bakış açısına yaklaşıldığını göstermektedir.

**İngiltere'de** de doktrin, ilgilinin rızası kavramını tipiklik ve hukuka aykırılık ilişkisi bağlamında tartışmıştır. Bazı yazarlara göre, rızanın hukuki karakteri maddi unsurun negatif unsurları (the negative elements of actus reus) arasında aranmalıdır. Diğer grup yazarlara göre ise; rıza, genel bir savunma sebebidir<sup>532</sup>. Hatta, doktrinde bir görüşe göre, kasten yaralamaya karşı bir savunma sebebi teşkil eder<sup>533</sup>. Rızanın etkin olduğu alanlardan biri olan tıbbi müdahalelerde, birçok tıbbi muayene ve tedavinin kasten yaralama fiillerinin maddi unsurlarını içerdiği kabul edilmektedir. Böylece, hastanın açıkladığı rıza sonucunda tıbbi müdahale suç teşkil

---

<sup>529</sup> Siegel/Worrall, s.146.

<sup>530</sup> 44 Misc.2d 118 (1964), Karar için bkz. (Çevrimiçi), [http://www.leagle.com/decision/196416244-Misc2d118\\_1123/PEOPLE%20v.%20LENTI](http://www.leagle.com/decision/196416244-Misc2d118_1123/PEOPLE%20v.%20LENTI), 25.07.2016.

<sup>531</sup> Wallace/Roberson, s.95.

<sup>532</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Jans Watzek, "Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive", **Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht**, Ed.Albin Eser, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.,Freiburg, 2007; eklemek gerekirse genel olarak Anglo-Sakson temelli hukuk düzenlerinde hukuka uygunluk sebepleri kavramının tam karşılığı olmasa da ilgilinin rızası-consent kavramının defense başlığı altında irdelendiği görülür. Kıta Avrupası gibi çok katmanlı bir suç unsurları irdelenmesi Anglo-Sakson sisteminde bulunmadığı için genel olarak savunma sebepleri arasında hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğunu görmekteyiz. İlgilinin Rızası kavramı bakımından da söz konusu düzenleme bu şekildedir. Yeri geldiğinde Anglo-Sakson Hukukundaki düzenlemelere de çalışmamızın konusunun sınırlarını genişletmemek adına fazlaca yer vermekten kaçınılmaktayız. Fakat bu konuda farklılıkların daha rahat değerlendirilebilmesi için bkz. Albin Eser, Justification and Excuse, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 24, No. 4 (Autumn, 1976), s. 621-637.

<sup>533</sup> Nicola Monaghan, **Criminal Law**, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012,s.154-155.

etmeyecektir<sup>534</sup>. Benzer şekilde *Collins v. Wilcock* davasında mahkeme; kasten yaralamanın tanımına fiziksel acının yanısıra kişiye karşı gerçekleştirilen psikolojik engellemeleri de dahil etmiştir<sup>535</sup>.

**Güney Afrika**'da bazı suçlar bakımından rızanın yokluğu, suçun zorunlu unsurları arasında yer almaktadır. Çünkü devlet; vatandaşlarının, sağlık ve esenliklerini koruma ve gözetmekle yükümlüdür. Paternalist bakış açısıyla dahi değerlendirilse dahi; kişilerin ancak bazı sınırlar çerçevesinde bedensel bütünlüklerine yönelik zararlara rıza gösterebilecekleri kabul edilir. Öte yandan vatandaşların vücut bütünlüklerine zarar veren düzenlemelere katlanma yükümlülüğünün kamu düzeni kapsamında olduğu da savunulmaktadır. Fakat ilgilinin rızası, genel hükümler kapsamında ele alınan bir savunma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Güney Afrika ceza hukukunda da doktrinde; iki tip rızanın varlığı kabul edilmektedir. İlki rızadır ve fiziksel bir müdahaleden kaynaklanan zararlara yönelik verilir; ikincisi izindir ve açık bir tehlikeye yönelik olarak verilmektedir. Güney Afrika hukuku bakımından; kişi, önemsiz addedilen tıbbi müdahalelere özgürce rıza gösterebilir. Çünkü belirttiğimiz genel durumları ihlal etmemektedir<sup>536</sup>. Güney Afrika hukukunda cerrahi operasyonlar ve tıbbi tedaviler, önemli fiziksel zarar meydana getirirler dahi; hukuka uygun kabul edilebilmeleri için iki şart aranmaktadır. Bunlar: 1-Hastanın bilgilendirilmiş rızasına dayanması yani hasta riskler konusunda gönüllü olmalıdır. 2- Kamu düzeni bakımından meşru kabul edilen bir Teröpotik amaç içeren bir prosedür olmalıdır<sup>537</sup>.

Güney Afrika'da rızayı temel alan çarpıcı davalar, *R v. Njikelana S v. Sikunyana*'dır. Njikelana, geleneksel bir şifacıdır ve firijit olan mağduru bitkisel bir

---

<sup>534</sup> Stone, s.186.

<sup>535</sup> *Collins v. Wilcock* (1984) 1 WLR 1172 aktaran Monaghan, s.154.

<sup>536</sup> Gerhard Kemp/Shelly Walker/Robin Palmer/Dumile Baqwa/Christopher Gevers/Brian Leslie/Anton Steynberg, **Criminal Law In South Africa**, 1st Edition, Cape Town, Oxford University Press Southern Africa, 2012, s. 114.

<sup>537</sup> Bu hastanın ömrünü uzatmaya yönelik yahut fiziksel acıyı hafifletmeye yönelik olabileceği gibi; aynı zamanda kozmetik amaçlı operasyonlar ve tedaviler için de geçerlidir. Ancak kozmetik söz konusu olduğunda, risklerin en aza indirgenmiş olması gerekmektedir. Bkz. Kemp/Walker/Palmer/Baqwa/Gevers/Leslie/Steynberg, s.115; yani tıbbi endikasyon şartı olmalıdır.

toz ile tedavi etmek istemiştir. Toz, kişinin vücudunda yan etki doğurmuş ve acı vermiştir. Fakat etkileri geçici niteliktedir. Mahkeme, mağdurun rızasının bulunduğu dair savunmayı reddetmiş ve Njikelenayı cinsel saldırı suçundan mahkum etmiştir. Bir başka davada ise Sikunyana ve yardımcısı da bitki uzmanı olarak kendisini tanıtmaktadır. Genç bir kadın, kendisinde cin olduğunu iddia ederek bunları uzaklaştırması için Sikunyana'dan yardım talep etmiştir. Sikunyana ve yardımcısı da; kadını kömürlerin üzerine yatırıp, üzerini battaniye ile sardıktan sonra tütsülemişlerdir. Bunun üzerine kadının yüzü ve üst bedeni, kötü bir şekilde yanmıştır. Sikunyana ve yardımcısı, yerel mahkeme tarafından suçlu bulunarak haklarında ağırlaştırılmış kasten yaralama suçundan hüküm verilmiştir. Yüksek Mahkeme, Njikelena davasını emsal göstererek somut olayı değerlendirmiş; ve mağdurun rızasının böylesine tehlikeli bir müdahaleyi asla hukuka uygun kılamayacağına karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme, Njikelena davası bakımından ise tozun gerçekten zararlı olup olmadığı konusunda herhangi bir delil olmadığına vurgu yaparak; Sikunyana ve yardımcısının fiillerinin gerçekten hukuka aykırı olduğunu onaylamıştır<sup>538</sup>.

Güney Afrika hukuku açısından Rıza; asla izin, anlaşma anlamına gelmediğini savunan başka bir görüş de mevcuttur. Çünkü anlaşma karşılıklılık gerektirir ve birden fazla kişinin ortak irade göstermesidir. Ve iki yönlü yahut çok yönlü irade buluşmasıdır. Ancak rıza, tek yönlü irade içerir. Açıkça yazılı yahut sözlü verilebileceği gibi, zımni de verilebilir. Bu kişinin mutlaka fiil ehliyeti olmalı ve açıklamanın da samimi (genuine) ve operative (etkin) olması gerekir. Kanuni temsilci de vekaleten (Proxy consent) rıza açıklayabilir. Örneğin ebeveynler ehliyeti olmayan çocukları adına tıbbi müdahale için rıza açıklayabilirler. Ancak Güney Afrika Hukukunda, 1983 tarihli Çocuk Koruma Kanunu uyarınca, 14 yaşından büyük çocuklar tıbbi müdahale için, cerrahi girişimler için ise 18 yaşından büyük çocuklar rıza gösterebilir. Öte yandan ise; 2005 tarihli Çocuk Kanunu uyarınca da 12 yaşından

---

<sup>538</sup> *R v. Njikelana 1925 EDL 204 ve S v. Sikunyana and others 1961 (3) SA 549 (E )* nakleden Kemp/Walker/Palmer/Baqwa/Gevers/Leslie/Steinberg, s.116.

büyük çocuklar, ebeveynlerinin rızası olmadan HIV testi yaptırmak için rıza açıklayabilirler ve kondom taşıyabilirler. Ayrıca 1996 tarihli Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanun uyarınca da yaşın önemi olmaksızın her kadın gebeliğini rızasıyla sonlandırabilir<sup>539</sup>.

Güney Afrika hukuk sisteminde, rıza ile dahi olsa; bir kişinin bir başkasının hayatına son vermesi, hukuka uygun kabul edilmez. Benzer olarak *S v. Hartmann* davasında, hekim olan Hartmann, babasının çok yaşlı ve artık ölüm döşeğinde olduğu ve çok acı çektiği gerekçeleriyle, ona ölümcül bir enjeksiyon yapar. Panthothal adlı anestezi yapılıncadan sonra, ölüm gerçekleşir. Savunmasında, babasına uyumak isteyip istemediğini sorduğunu ve babasının da başıyla bunu onayladığını belirtmiştir. Güney Afrika hukukuna göre, bir kimsenin ölümünün hızlandırılması da insan öldürme fiili olarak kabul edildiğinden, mahkeme merhumun rızası olduğu kabul edilse bile, bunun insan öldürme suçunun savunması olamayacağından bahisle kasten öldürmeden Hartmann'a mahkumiyet verilmiş ancak cezası ertelenmiştir. Esasında Hartmann'ın gerçekleştirdiği aktif bir ötenazidir. Pasif Ötenaziye ise, Güney Afrika hukukunda izin verilmektedir. Ancak hastanın tedaviyi reddettiği durumlarda; hastayı tedavi edenler, bizzat hasta tarafından tedavi uygulamaya yetkisiz kılındıkları gerekçesiyle; pasif ötenazi hukuken kabul edilmektedir<sup>540</sup>.

---

<sup>539</sup> Kemp/Walker/Palmer/Baqwa/Gevers/Leslie/Steynberg, s. 119-120.

<sup>540</sup> *S v. Hartmann* 1975 (3) SA 532 (C) nakleden Kemp/ Walker/ Palmer/ Baqwa/ Gevers/ Leslie/ Steynberg, s.118.

## V. Tıbbi Müdahale ile İnsan Üzerinde Deney ve Denemelerde İlgilinin Rızasının Dayanağını Oluşturan Evrensel İlkeler ve Bunlarla Bağlantılı Temel Haklar

### A. Genel Olarak

Tıbbi müdahale ve insan üzerinde gerçekleştirilen deney ve denemeler; tedavi olunacak şahsa ait bazı temel haklar açısından değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bilindiği üzere temel hak ve özgürlükler; birinci kuşak haklar: Kişi özgürlükleri ve siyasal haklar; İkinci kuşak haklar: sosyal, iktisadi, kültürel haklar ve özgürlükler ve son olarak da üçüncü kuşak haklar: Çevre, gelişme ve barış hakları olarak sınıflandırılabilir<sup>541</sup>.

Tıp etiği geliştikçe, tıbbi müdahaleler ve insan üzerinde deney bakımından da çeşitli ilkeler ortaya çıkmıştır. Tam olarak tarihi belli olmamakla beraber yol gösterici bir ilke olan “*Önce zarar vermeyeceksin*”<sup>542</sup> ilkesinin yanı sıra, çeşitli başka ilkelerin ortaya çıkış nedeni hekimin ya da araştırmacıların esasında sadece teknik gereksinimleri uygulayan bir kişi olmaması için; “iyi niyetli olmayı” uygulayıcılara hatırlatan etiğin devreye girmesi gerekmektedir. Böylelikle tıbbi müdahale veya insan üzerinde deney gerçekleştiren uygulayıcı, bildiklerini karşı tarafa da aktararak esasında onun da varlığına karşı saygı göstermiş olur<sup>543</sup>.

İlgilinin rızası, iradenin bir göstergesidir; bu nedenle rızasını açıklayan ilgilinin, yapılacak olan müdahalenin kapsamına göre, birçok hakkı ihlal olacaktır. Temel haklar arasında çatışma olması da hayatın olağan akışı gereğidir<sup>544</sup>. Sosyal hakların, medeni ve siyasal haklar karşısında hiyerarşik açıdan daha altta yer alması

---

<sup>541</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 7.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s.227; kanaatimizce zaman içerisinde temel hak ve özgürlükler arasındaki derecelendirmeler ortadan kalkacak ve eşit seviyede kabul edilerek haklar arasında yarışma doktrini ile konuya çözüm getirilecektir.

<sup>542</sup> Detaylı bilgiler için bkz. Cedric M. Smith, “Origin and Uses of Primum Non Nocere—Above All, Do No Harm!”, **The Journal of Clinical Pharmacology**, Vol.45, Issue 4, 371–377, April 2005.

<sup>543</sup> Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010,s.3.

<sup>544</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.57.

artık 20. Yy argümanları arasında kalmıştır. 1993 tarihli Viyana Bildirisi ve buna bağlı fiil planına göre insan haklarının tamamının birbirleriyle iççice geçtiği adeta birbirine muhtaç olduğu ve karşılıklı olarak ilişkili oldukları kabul edilmiştir. Bu sebeple birçok hak arasında bağıllık ve bağımlılık mevcuttur<sup>545</sup>. İnsan haklarının alt kavramları arasında yer alan özgürlük, bireylerin serbestliği anlamına gelmez. Esasında bu kavramla aktarılmak istenen, insanların birbirleriyle etkileşim içerisinde oldukları bir “*bağımlılık*” tır<sup>546</sup>.

İnsan hakları, diğer haklar ile kıyaslandığında, menfaatler ve talepler bakımından diğerlerinden üstündür. Örneğin; bütün insanların onuru vardır. İnsan onuruna sahip olma bakımından, hiç kimse imtiyazlı konumda değildir. Çünkü insanların insan olmaktan kaynaklanan bazı özellikleri vardır<sup>547</sup>. İnsan onuru kavramı, özellikle kendini biyo etik anlamında göstermektedir. İnsanın metalaştırılmaması, yani maddi değeri olan bir eşya gibi görülmemesi, açısından; özellikle tıbbi müdahale alandaki birçok sözleşmede insan onurunun korunması ilkesi yer almıştır. 1947 tarihli Nürnberg Yasası ve 1964 tarihli Helsinki bildirgesi ile ilk kez insan onuru, uluslararası düzenlemelerde yer almıştır. Özellikle Biyotıp Sözleşmesi ile insan hakları kapsamında bağlayıcı bir ilke olarak tanınması önemlidir. Biyo teknolojik gelişmelerde yaşanabilecek insan hakları ihlallerini önleyici bir koruma sağlamaktadır<sup>548</sup>. Bu sebeple, insan onuru da tıbbi müdahaleler ve insan üzerinde deneyler açısından uluslararası ve ulusal kuralların yorumlanması açısından da ilk başvurulacak anahtar kavramdır.

---

<sup>545</sup> İzzet Mert Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.9,13.

<sup>546</sup> İbrahim Ö. Kabaoğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 7.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s.226.

<sup>547</sup> Oktay Uygun, “Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.45-46.

<sup>548</sup> Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.27-28.

## B. Tıbbi Müdahale ile İnsan Üzerinde Deney ve Denemelerde İlgilinin Rızası İle Bağlantılı Temel Haklar

### 1. Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı dini metinlere de konu olmuştur. İslam dini açısından; yaşam, Allah tarafından verilmiştir ve ancak O'nun tarafından geri alınabilir. Kur'an-ı Kerim'deki "*Şüphesiz biz diriltir ve biz öldürürüz!*" ayeti de bu düşünceye delil teşkil eder<sup>549</sup>. Yaşam, Hristiyan dini anlayışına göre de verilmiş bir ödül olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca İnanç doktrinine dair Kutsal Kongre'de, 5.05.1980'de Vatikan tarafından yayınlanan Ötenazi Deklarasyonunda şöyle savunulmaktadır: "*İnsan yaşamı tüm değerleri ile ve yaşama amacı ile ve her insan faaliyetinin ve tüm toplumun gerekli kaynağı ve durumudur*"<sup>550</sup>. Yaşam hakkı, insanın yaşayan bir canlı olup olmamasıyla yakından alakalı bir hak olup; birinci kuşak haklar arasında yer almaktadır. Ve çatışma halinde dahi, ilk sırada tercih edilmektedir<sup>551</sup>. Uluslararası sözleşmeler düzeyinde de koruma altına alınan ve insanın, insan olmasından kaynaklanan, vazgeçilmez bu hakkına ilişkin mevzuatımızda çeşitli hükümler bulunmaktadır<sup>552</sup>. Yaşam hakkı, "*öldürülmeme hakkı*" olarak da ifade edebileceğimiz bir haktır. İHEB m.3, BMKSHS m.6.1, ÇHS m.37/a ve İHAS m.2/1 sözleşmelerindeki ilgili maddelerle de güvence altına alınmıştır<sup>553</sup>. İHAS m.2 bakımından "*herkesin yaşam hakkı yasa tarafından korunacaktır.*" düzenlemesiyle yaşam hakkına mutlak bir koruma sağladığı savunulabilse de İHAS m. 2/2'de

---

<sup>549</sup> Hicr,15/23 aktaran ve İslam Hukuku açısından ötenazi için bkz. Zehra Bal, **İslam Hukuku Açısından Ötenazi**, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi SBE Temel İslam Bilimleri ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.61.

<sup>550</sup> Aktaran **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party, s.37 ve 42.

<sup>551</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.

<sup>552</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.46 vd.

<sup>553</sup> Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015 ,s.387.

istisnaları da belirtmiştir<sup>554</sup>. İHAM, *Vo v Fransa* kararında, yaşam hakkının başlangıcı ulusal olarak belirlenmelidir demiştir<sup>555</sup>. Bunlar yaşam hakkının istisnaları belirlenirken kullanılacak olan argümanlardır. Özellikle yaşam hakkının ne zaman başladığı, kişiliğin kazanılması açısından önemlidir. Biyo-tıp Sözleşmesinin de kişi tanımını, imzacı devletlere bıraktığını yeri gelmişken hatırlatmak isteriz<sup>556</sup>. Ülkemiz bakımından ise MK m.28'de tam ve sağ doğumla kişilik başladığı düzenlenmiştir<sup>557</sup>.

Yaşama hakkı, sağlık hakkını da içerisinde barındırmaktadır. AY m.17 de düzenlenen haklar değerlendirildiğinde, devlet tarafından salt yaşam hakkının korunduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Kişinin yaşam hakkı, diğer sosyal haklarla da birlikte var olması ile anlam kazanır<sup>558</sup>. Yaşam hakkı ve sağlık hakkı birbiriyle bağlantılı olmakla beraber, çerçeveleri çizilip, birbirinin içerisinde eritilmesine müsaade edilmemelidir<sup>559</sup>. Çünkü yaşam hakkı, insanın yaşayan bir canlı olup olmamasıyla yakından alakalıdır ve birinci kuşak haklar arasındadır. Uluslararası sözleşmeler düzeyinde ve ulusal mevzuatımızda da çeşitli hükümlerle korunmaktadır.

Ayrıca ÇHS m.6/1'de, sözleşmecî devletler tarafından çocuğun yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında da çocuğun yaşamını devam ettirebilmesi için ve gelişmesi için azami çaba göstermesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>560</sup>. Fakat uluslararası metinler, embriyo<sup>561</sup>nun yaşam hakkı konusunda

---

<sup>554</sup> Devletin hem yaşamı sonlandıracak girişimlerden uzak durmak ödevine hem de korumak yükümlülüğü taşımaktadır. Devlet; “..aktif ve pasif olmak üzere çifte mecburiyet karşısındadır.” Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s.272.

<sup>555</sup> Kalabalık,s.390.

<sup>556</sup> Aurora Plomer, **The Law And Ethics Of Medical Research**, 1st Editon, London-Sydney-Portland, Oregon, Cavendish Publishing,2005,s.72.

<sup>557</sup> Kalabalık,s.390.

<sup>558</sup> Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2011, s.70vd.

<sup>559</sup> Benzer görüşte İzzet Mert Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s.130.

<sup>560</sup> “Diğer insan haklarına ilişkin metinlerle karşılaştırıldığında ÇHD Söz.’nin yaşama hakkını çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi ile birlikte bir bütün olarak ele aldığı görülmektedir.” Feriha

bilinçli olarak sessiz kalmayı tercih etmişlerdir. Bu konu doktrinde de kesinlik kazanmamıştır<sup>562</sup>.

Yaşam hakkı bakımından başka bir düzenleme de hayvanlara ilişkindir. 15 Ekim 1978 tarihli UNESCO belgesi olan “Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi” ilkeleri göz önüne alınarak Hayvanları Koruma Kanunu<sup>563</sup> ülkemizde de yasalaşmıştır. HKK m.4/1 a bendinde bütün hayvanların yaşam hakkı olduğuna vurgu yapılmıştır<sup>564</sup>.

Son olarak yaşam hakkı ile bağlantılı başka bir tartışmalı konu da , “ölme hakkı”nın hukuki olup olmadığına ilişkindir. Kişinin ağır beyinsel hasarının varlığına ve geri dönüşsüz komada olmasına karşın, hala onun yaşam hakkının değeri olduğu sonucuna bizi götürebilecek kadar; yaşam hakkı, güçlü müdür ve sınırları nelerdir<sup>565</sup> soruları güncelliğini koruyadursun, buna dair yeni düşünceler toplumsal değer yargılarını da etkilemektedir. Günümüzde, eğer kişinin rıza ehliyeti varsa yaşam uzatan bir tedaviyi dahi reddedebileceği savunulur hale gelmiştir<sup>566</sup>.

---

Bilgehan Tanrıbilir, **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011,s.73.

<sup>561</sup> Embriyo; “İnsanda fertilizasyondan sonra hamileliğin sekizinci haftasına kadar olan gelişim sürecindeki organizma”dır, Fetüs ise; “İnsanda hamileliğin sekizinci haftasından doğuma kadar olan gelişim sürecindeki organizma” olarak tanımlanmaktadır. UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005), , (Çevrimiçi), [http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik\\_komitesi/klonlama-biyoetik.pdf](http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/klonlama-biyoetik.pdf) ,12.12.2016.s.8; ilgili bölümlerde detaylıca aktardığımız için tekrara düşmemek adına sadece raporda belirtilen tanımları aktarmayı uygun görmekteyiz.

<sup>562</sup> Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**,s.273.

<sup>563</sup> 5199 sayılı kanun 1/7/2004 tarihli 25509 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>564</sup> Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010, s.204-205 ; İnsan üzerinde deney yapılabilmesi için bunun daha önce hayvanlar üzerinde denenmiş olması şartı açısından söz konusu sözleşme ve kanuna dair yorumlarımızı 3. Bölümde detaylandıracağız. Fakat insan ve hayvan yaşamı arasında tercih yapılabilir mi? Hayvan haklarının insan hakları karşısındaki yerine dair doktrinde ciddi tartışmalar olduğunu da eklemeyi geçemeyeceğiz.

<sup>565</sup> Elizabeth Wicks, **Human Rights and Healthcare**, 1st Edition, Oxford And Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007,s.13.

<sup>566</sup> Barbara J. Louge, **Last Rights, Death Control and The Elderly in America**, 1st Edition, New York, Lexington Books, 1993, s.303.

## 2. İnsan Onuru

İnsan onuru, temel hakların da temelini oluşturmaktadır. Hem özgürlük, hem de eşitlik bakımından yapı taşıdır<sup>567</sup>. Çünkü devlet, insanların varlığı olmadan yoktur. Bu sebeple de, insan onuru temel hakların özünde yer almaktadır. Kant'ın yaklaşımına göre; evrensel olan bireyler aynı zamanda da kendi ahlaki kurallarını koyabilmelidir<sup>568</sup>. Çünkü insanlar; ahlaksal tercihler yapabilme özelliklerinden ötürü, insan diğer canlılardan ayrılmaktadır<sup>569</sup>.

İnsan onuru kavramı, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının<sup>570</sup> bir sınırı olarak da kendini göstermektedir. Kişinin beden bütünlüğü ihlal edilerek yapılacak olan müdahale, katlanılabilir olmalı ve insanın küçük düşürülmeden yapılması şartına dayanmaktadır. Örneğin; her ne kadar hakkın ilgilisi tarafından rıza gösterilmiş olsa dahi, ahlaka aykırı biçimde yapılacak olan bir müdahale Türk Ceza Hukuku sistemi tarafından kabul görülmeyecektir ve uygulayıcısının da cezai sorumluluğuna gidilebilecektir<sup>571</sup>.

İnsan onuru kavramı birçok bilim ve disiplin açısından farklı formüle edilmekle birlikte, Ceza Hukuku açısından özellikle Muhakeme alt dalında kişilerin özgürlüklerine yönelik yapılabilecek müdahalelerin sınırını belirlemek açısından da önem taşımaktadır. “İnsanın en değerli varlık olması”ndan hareket eder, ancak esasında sınırları belirsiz bir kavramdır<sup>572</sup>. Tıp Hukukunun paternalist yaklaşımdan sıyrılıp, kişi özerkliğini tanımaya başladığı günümüzde ise; bazı kavramların

---

<sup>567</sup> Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**,s.25.

<sup>568</sup> Zengin, s.73.

<sup>569</sup> Uygun, s. 47.

<sup>570</sup> Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi veyahut birey özerkliği/otonomisi olarak da adlandırabileceğimiz bu hak temelini anayasadan almaktadır ve çeşitli uluslararası sözleşmelerle de korunmaktadır.

<sup>571</sup> İlhan Üzülmöz, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.28.

<sup>572</sup> “İnsan onuru, yalnızca bir kimsenin kendisine atfettiği ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp, aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değerdir.” Daha detaylı anlatımlar için bkz. Akıllıoğlu, s.5 vd.

anlamını pekiştirmek ve çerçevesini çizebilmek açısından birincil önem arz etmektedir. *Şiddet veya Kötü Muamele Kullanımı Konusunda veya Düşkünlük Yaratan Tedavilerde Yer Almayı Kabul Etmeyen Veya Buna Zorlanan Tıp Doktorlarına Destek İle İlgili Dünya Tabipler Birliği Hamburg Bildirgesi*<sup>573</sup>, hekimlerin de zalimane tedavilerin uygulanmaması ve insan onuruna saygılı olunması için çaba sarf ettiğini gösteren belgelerdendir<sup>574</sup>.

Günümüzde insan onuru, Avrupa Hukukunun en temel kavramlarından ve bu da 29 Ekim 2004 tarihli Avrupa Birliği Anayasası'nın birlik değerlerini vurguladığı 1 ve 2. maddelerinde yer almaktadır<sup>575</sup>. Tarihsel açıdan insan onuru kavramı, Akdeniz Ülkelerinin kültürlerinin de merkezinde yer aldığı doktrinde savunulmaktadır<sup>576</sup>. AY'nin Başlangıç hükümlerinde de onurlu yaşam hakkına ve 17.maddesinde maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında bu temel ilkeyi "*İnsanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.*" şeklinde tanımlamaktadır (Anayasa Mahkemesi, 28.06.1966, 1963/132E, 1966/29Kr.)<sup>577</sup>. AY m. 5 uyarınca kişinin maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlamak devletin görevleri arasındadır ve insan onurunun yer aldığı başlangıç metnindeki ilkeler de AY m.2'deki cumhuriyetin nitelikleri arasında yer almaktadır.

---

<sup>573</sup> 49'uncu Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda Benimsenmiştir Hamburg, Almanya, Kasım 1997.

<sup>574</sup> Bkz bildirge için Füsun Sayek TBB Raporları, **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler** (Çevrimiçi), <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf>, 02.11.2016 .

<sup>575</sup> G. Özlem Oğuzlar, "Avrupa Anayasası", **TBB Dergisi**, Sayı 65, 2006, s.177; ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2, s.24 vd.

<sup>576</sup> Yener Ünver, "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:7, Ağustos 2008, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s.42.

<sup>577</sup> Yazar Anayasa Mahkemesini insan onuru ilkesini temel hak olarak değerlendirmeyip, sosyal hakları güçlendirmek için yorumladığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Karar için bkz. Süheyl Batum, **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2009, s.296.

İnsan Onuru kavramının temelleri, Kant'ın akılcılık ve kişi özerkliğine dair görüşleri ile çizilmiştir<sup>578</sup>. Yakın tarihimizde yaşanan olaylar sebebiyle insan onuru uluslararası metinlerde temel kavramlar arasında addedilmektedir<sup>579</sup>. “İnsan onuru, bireye rağmen korunması gereken”<sup>580</sup> özellikte, vazgeçilmez, devredilmez en temel insan haklarından olup; kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile de yakından ilişkilidir<sup>581</sup>. Herhangi bir mücadele verilmeksizin, kişinin çabalamasına gerek olmadan elde edilen ve vazgeçemeyeceği insan onuru kavramının; Nazi Almanya'sındaki uygulamalar sebebiyle anayasalarda yer aldığı da doktrinde savunulmaktadır<sup>582</sup>. Bununla beraber temel hak ve özgürlükler bakımından eğer özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş ise, Türk Hukukunda Anayasal haklar genel sınırlama sebeplerine tabidir. Ancak insan onurunun, özel bir sınırlama sebebi olarak değerlendirilmesi gereken bir ilke statüsünde olduğu da, doktrinde belirtilmektedir<sup>583</sup>.

Hasta hakları açısından; insan onuru kavramı, ciddi bir değere sahiptir. Tıbbi müdahalelerde Rıza özgürlüğü, insan onurunun bir nesnesidir<sup>584</sup>. Hasta-Hekim arasındaki iletişimde hatalar da insan onurunu zedeleyebilir. Özellikle kanserli hastalar, riskli durumdaki hastalığı açısından iletişimsizlik yaratıp tedavide olumsuz sonuçlar doğurmaktadır<sup>585</sup>.

---

<sup>578</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.43.

<sup>579</sup> İnsan onuru kavramı tarihte birçok aşamadan geçmiştir. Fakat Kant'a dek insanların toplumdaki yerleri ile bağlantılı olarak algılanmıştır. Çiçero dahi insanın tekliğine vurgu yaparken, Ortaçağda da Tanrı'nın bir başka tezahürü olarak yine tektir fakat yaradılış felsefesi ile insanlar arası bir eşitlikten bahsedilir. Kant'ın bakış açısında ise insanın akli onu diğer kimselerden bağımsızlaştırmaktadır ve günümüz insan haklarının temelinde yer alan bir doktrin yaratmıştır. Detaylı açıklamalar için bkz. Nihat Bulut, “Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, **EÜHFD**, C.XII, S.3-4 (2008), s.10-11.

<sup>580</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.81.

<sup>581</sup> Gören, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi:Dokunulmaz İnsan Onuru”, s.28.

<sup>582</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.44-45,s.55.

<sup>583</sup>Zafer Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, (Çevrimiçi), [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf) , 05.08.2016 , s.171.

<sup>584</sup> Rain,s.123.

<sup>585</sup> Elif Atıcı, "Tıp Etiğinde iletişimin önemi: Empatik iletişim ve Etkin Dinleme",1.Baskı, **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, İstanbul, Yüce Yayım, 2003,s.76; aynı yazarın

İnsan onuru kavramı, özetle tam olarak tanımı yapılmamış bir kavramdır ve birey özerkliği ile yakın temas halindedir. Uluslar arası metinlerde öncelikli olarak korunmaktadır. Bu sebeple de Biyo-tıp alanında sürekli ele alınmaktadır. Aktif ötenazi bakımından tartışmalar, insan onuru kavramı üzerinden ilerlemektedir<sup>586</sup>. 1998 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Klonlanmasının Önlenmesine dair Ek Protokol başlangıç bölümünde insanın metalaştırılmaması için klonlamaya izin verilmediği belirtilmektedir<sup>587</sup>. Benzer şekilde Biyo-tıp sözleşmesi de, tıp ahlakı bağlamında genel etik değerleri yazılı hale getirmekle birlikte, insanın klonlanmasını yasaklarken; insan üzerindeki bilimsel deneylere ve “*in vitro*” deneylere yönelik olarak bir takım sınırlamalar içermektedir. Biyo-tıp sözleşmesine göre yaşam hakkı, kamu yararı ve bilimsel yararlarından önce gelir<sup>588</sup> ve Avrupa Konseyi Biyotıp sözleşmesi Ek Protokolü de, “*insan onurunun çiğnenmesi*” ni önleme gerekçesiyle gerekçesiyle klonlamaya karşı çıkmaktadır. Öte yandan suni dölleme, doğum şekilleri, ölüme yardım, organ nakli açısından da insan onuru kilit bir kavramdır<sup>589</sup>.

Üremeye yönelik tıbbi müdahaleler bakımından ise; dünyaya gelme dahi, üreme hücrelerine müdahale edilerek meydana getirilen canlı adayları açısından da insan onurunun varlığı değerlendirilmelidir. Genetik yapısı yapay olarak değiştirilen bireylerin gelecekteki onurları tehlikeye düştüğü gibi, toplumsal açıdan da sadece bunu finanse edebilenler açısından mükemmel çocukların doğması için kullanılabilir. Bu da eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>590</sup>. İnsan onuru kavramı geniş biçimde düşünüldüğünde, embriyonun da onura sahip olduğu yargısına ulaşılabilir. Bazı görüşlere göre; kiralık anne kavramı ile insan onuru zedelenmektedir. Ayrıca insan onuru kavramı bakımından sadece tam ve sağ doğan

---

aktardığı bir olayda meme kanseri tanısı konulmuş mastektomi ardından kemoterapi uygulanan bir Hastanın kontrol için geldiği poliklinikte hastaya hiçbir bilgi verilmemiş, tıp öğrencilerinin sadece "bir eğitim aracı" olarak gördüğü bu olayda; bir öğrencinin bir meme kanseri hastasının bu kadar uzun yaşamasını şaşırıldığını söylemesi üzerine; eşini de bir önce kanserden kaybeden kadın bir daha kontrollere gitmemiştir.

<sup>586</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.69-70.

<sup>587</sup> Zengin, s.74.

<sup>588</sup> Akıllıoğlu, s.191-192.

<sup>589</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.73 ve 58.

<sup>590</sup> Zengin, s.264-265.

insanı temel alırsak; embriyonun, ceninin veya fötusun onurunun olup olmayacağı tartışmaları daha da derinleştirecektir. Doktrinde bazı yazarlar, bunların insandan ayrı değerlendirilmesine karşıdır<sup>591</sup>. Bu tartışmalar in vitro embriyoların 14. günden itibaren korunan türler arasında yer alıp alamayacağı da sorgulanmaya devam etmektedir<sup>592</sup>. Mevzuatımız bakımından ise çocuk düşürtme, çocuk düşürme ve kısırlaştırma suçlarını düzenleyen maddelerde de embriyonun tam korunmadığı ve gerekçede insan onurundan bahsedilmemesi eleştirilmektedir<sup>593</sup>. Çocuk düşürtme suçu (TCK m.99/6) maddesi uyarınca; suç sonucunda, hamile kalındığında annenin beyanı üzerine 20 haftayı geçmeksizin hamilelik sonlandırılmaktadır. Anne ve sağlık personelinin burada ceza sorumluluğunun ispatı çok zor olmakla birlikte, sonlandırılan ceninin parçalarının akibeti de belirsizdir. Biyo-tıp Sözleşmesinin insan bedeni parçalarının ticarete konu olmasını kesinlikle yasaklayan normuna aykırı şekilde, organ ve doku nakli kanunundaki koşullara da uyulmaksızın; bu cenin parçalarının nakledilmesi durumunda, TCK m. 91-93 arasında yer alan organ ve doku nakli suçları işlenebilecektir. Öte yandan suç endikasyonu iddiasıyla 20 haftalık bir gebeliğin sonlandırılması hakkının kötüye kullanılmaması denetim gerektirmektedir. Ceninin cinsiyeti 20. haftada belirlenir durumda olduğundan, cinsiyetin kız olması sebebiyle, bir ceninin hayatına suç endikasyonu gerekçe gösterilerek son verilmesi tehlikesi de vardır. Böyle bir durum, ceninin onurunu ortadan kaldıracaktır<sup>594</sup>. Ceninin canlı sayılıp sayılmadığı hususu, başlı başına bütün hukuk dalları açısından problem teşkil etmektedir. Elbette ki; eşyadan daha fazla değere sahip olması gerektiği ve Ceza hukukunun koruması altında olduğu gerçeği de apaçık ortadadır. Günümüzde insanın en önemli varlığı “insan onuru” dur. Bunu korumaya yönelik normlarda cenini kapsayacak düzenlemeler yapılması gerektiği de kanun koyucuların suç politikalarıyla şekillenmektedir. Fakat Erem’in dediği üzere

---

<sup>591</sup> Hruschka, Die Würde des Menschen bei Kant, s.478 ‘den aktaran Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.71.

<sup>592</sup> Chonghan Oh, **Die Strafbarkeit der Erforschung des menschlichen Embryos des menschlichen Embryos durch Klontechniken**, Frankfurt Am Main, Peter Lang GmbH, 2013, s.74.

<sup>593</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.77.

<sup>594</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.72-73.

“Herhangi bir canlıyı-insan değil diye- eşyadan saymak insanı eksik tanımak değil midir”<sup>595</sup>? Bu soru tam olarak yanıt bulamamıştır.

Eşya olarak addedilemeyen insanın, bir fiyatı da olamayacağından, onun araçsallaştırılmasının önüne geçen kavram; insan üzerinde deney ve denemeler bakımından da yine insan onuru olacaktır<sup>596</sup>. Öte yandan bu müdahalelerde, insan onuru ile bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmasında ölçütün ne olacağını muğlak olduğunu ve bu gerekçeyle de uygulamada sorunlara yol açacağını savunan yazarlar da vardır<sup>597</sup>.

Şüpheli veya sanığın Ceza Muhakemesi Hukukundaki katlanma yükümlülüğü kapsamında dahi olsa, kendi özgür iradesine aykırı olarak (Alkol veya uyuşturucu bağımlılığında veya cinsel hastalıklarda) zorla tedavi etmek, insan onurunun ihlali boyutuna ulaşmamalıdır<sup>598</sup>.

Ayrıca CGTİHK madde 82.vd., açlık ve ölüm oruçlarında belirli aşamadan sonra kişiye müdahale edilmesini düzenlediğinden; söz konusu müdahalelerin, tedavinin reddi hakkı ve rızanın yokluğu sebebiyle, insan onuru ve kişi özerkliğine aykırılık oluşturabileceği ve konuya ilişkin ara çözümler bulunması önerileriyle doktrinde eleştirilmektedir<sup>599</sup>.

Spor müsabakaları bakımından da ilgilinin rızasıyla gerçekleştirdiği fiillerde insan onurunun önemi ortaya çıkmaktadır. Örneğin doping, sporcuların insan

---

<sup>595</sup> Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.69 .

<sup>596</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.53.

<sup>597</sup> Bu görüşün dayanağı ise uygulanacak olan müdahalenin ancak ölçüsünün fiil gerçekleştirildikten sonra tespit edilebilmesi sebebiyle ve ölçülülük kriterinin etik komisyonun değil de hakim in değerlendireceğidir. Bkz. Yener -Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.75-76.

<sup>598</sup> Doktrinde bu tedavilerin bizzat kendisinin insan onuru ile bağdaşmadığını savunan yazarlar da vardır. Bkz. Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.75.

<sup>599</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, s.79, Biz de benzer bakış açısıyla, İnsan onuruna açık aykırılık teşkil edilerek elde edilecek olan delillerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki delil yasakları kapsamında değerlendirileceğini ve aynı zamanda da kişi özerkliğine aykırılık gerekçesiyle Anayasa’da düzenlenen hükümlere aykırılık sebepleriyle hukuka aykırı delil haline geleceği kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.81.

onurunu ve kişi özgürlüğünü zedelemektedir. Çünkü tedavi için gerekmedikçe, ilaç alınması bedensel bütünlüğü ihlal etmektedir<sup>600</sup>. Bu durumda da insan onuruna aykırıdır.

### 3. Beden Bütünlüğü

Beden bütünlüğünün dokunulmazlığı da anayasal sert çekirdek haklardandır<sup>601</sup>. Günümüzde insanın metalaştırılmasının önüne geçilebilmesi için özellikle biyotıp alanında insanın beden bütünlüğüne dair korumalar uluslararası metinlerde yerini bulmakta ve ulusal anayasalardaki normların dahi önüne geçebilen korumalar içermektedir. Beden bütünlüğüne yönelik olarak ihlaller TCK'da da düzenlenmiştir. Bir kimsenin beden bütünlüğünü kasten yahut taksirli hareket ile ihlal eden hekimin fiili, diğer unsurların varlığı sebebiyle suç teşkil etmektedir. Hekimin amacı iyileştirmek dahi olsa, söz konusu suçlar bakımından saikin bir önemi yoktur<sup>602</sup>. Çünkü her tıbbi müdahale, bedensel bütünlüğü ihlal eden yapıya sahiptir<sup>603</sup>.

---

<sup>600</sup> Rain,s.152.

<sup>601</sup> Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 280, Yazara göre “Biyolojik insan haklarının temeli, insan vücuduna yaşamın başlangıcından itibaren saygı ile başlar. Saygı, yaşam boyu dokunulmazlık ilkesini kapsar ve ölüm üzerinde karar verebilme aşamasına değin uzanır. Bu insan onurunun öne çıkarılması ve insan kişiliğine her türlü saldırının yasaklanması ile olanaklıdır.” Bkz. Age, s.280; Kanaatimizce ilgilinin rıza gösteremeyeceği haklar açısından bireylerin özgürlüğü kabul edilemeyeceğinden dolayı insanın bedeni üzerinde yarattığı tahrifatlar bakımından da bireyin ceza sorumluluğu olmadığından, bireyin bedeni üzerindeki saygısız tutumları dokunulmazlık kapsamına girmemektedir. Yani bir nevi mülkiyet hakkının hukuki konusuna indirgediğimiz insan bedeni üzerinde ‘abusus’a varan hak kullanımı hukuken caizdir.

<sup>602</sup> “Örneğin kangren olmuş bir parmağı kesen hekim hastanın vücut bütünlüğüne zarar verdiğini bilmekte ve bunu istemekte, yani kasıtlı olarak hareket etmektedir. Burada hekimin iyileştirmek amacıyla hareket etmiş olmasının kusurluluk açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hekimin bu fiili yaralama suçunu oluşturmayacak, aksine daha başından itibaren fiilin hukuka uygun olması sonucunu doğuracaktır. Şu kadar ki aynı durumdaki hekim, olayda kendi fiilinin hukuka uygun kılacak herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını bilmesine karşın, yine de hasta üzerinde müdahalede bulunursa, tedavi etmek kastıyla hareket etmiş olsa dahi kasten yaralama hükümlerine göre cezalandırılacaktır.” Ezgi Aygün Eşitli, ”Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu”,**Prof.Dr.Nevzat Toroslu’ya Armağan**, C.I Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No:459, 2015,s.176.

<sup>603</sup> Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 52, S 3, Ankara 2003,s.59.

İlgilinin rızasının, öncelikle hastanın bedensel bütünlüğü hakkını koruduğu da doktrinde savunulmaktadır<sup>604</sup>. Eğer hekimin müdahalesi güvenilir olursa; rızanın varlığı ile uzmanlık teşkil eden bir girişimin başarısız olmasına karşın, hekim fiilli hukuka uygun kabul edilmelidir<sup>605</sup>.

#### 4. Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı<sup>606</sup> ise, kişiye rızaları dışında tıbbi müdahalelerin uygulanmasını önleyen negatif yönü ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, temel tıbbi kaynaklara ulaşabilme ve hasta hakları gibi pozitif yönü olmak üzere geniş kapsamlı bir hak<sup>607</sup>. Sağlık hakkı, 1982 Anayasasının 56. Maddesinde düzenlenmiştir. Sağlık hakkının tanımına geçmeden önce sağlığın tanımını yapmak gerekmektedir. Doktrinde “*Sağlık: organizması iyi işleyen bir insanın durumu,uzunca bir zaman içinde organizmanın az veya çok ahenkli işleyişi*” olarak tanımlanmaktadır<sup>608</sup>. 224 sayılı “Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun” un 2.maddesi de sağlığı benzer biçimde tanımlamaktadır. 2. Maddeye göre sağlık, “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp,bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir*” şeklinde tanımlanmıştır.Sağlığa zarar verme ise, bir başkasını hasta veya daha hasta etme yahut iyileştirmeme olarak tanımlanabilir<sup>609</sup>.

İnsan hakları belgelerinde sıkça rastladığımız sağlık hakkı; İHEB m.25, BMESKHS m.12 ve AY m.56 ‘da güvence altına alınmıştır<sup>610</sup>. Zaman içerisinde gelişmiş ve temel insan hakları içerisinde değerlendirmeye başlanmıştır. Sağlığımızın ihlal edilmesi günlük hayatta bireylerin sıklıkça karşılaşabileceği ihlallerdendir fakat

---

<sup>604</sup> Maclean, s.145.

<sup>605</sup> Odenwald,s.89.

<sup>606</sup> Terim açısından doktrinde ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Fakat bu hususta kapsamı genişletmek olacağından dolayı, tezimizin çerçevesi dışında daha geniş tartışmalar için bkz. Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, s.1 vd ayrıca 243 vd.

<sup>607</sup> Sultan Tahmazoğlu Uzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutlarıyla)**,İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012,s.103-104.

<sup>608</sup> Ayşegül Demirhan Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar**, 1.Baskı, İstanbul, İstanbul Tıp Kitapevi, 2015,s.44.

<sup>609</sup> Arzt/Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**,s.269.

<sup>610</sup> Kalabalık,s.389.

bu hakka yönelik korumalar diğer insan haklarına göre daha zayıf kalmaktadır<sup>611</sup>. Kişinin yaşam hakkının bir uzantısı da sağlık hakkıdır. Devlet, kişilerin sağlık haklarını gözetmek ve bunun gerçekleşmesini sağlamak zorundadır<sup>612</sup>.

Sağlık hakkı, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi m. 10'da herkesin tıbbi bakımına ulaşması kapsamında düzenlenmiştir. Bununla beraber İHAS m. 2. ve 5/1 uyarınca özgürlüklerinden yoksun kalmış bireylerin cezaevlerinde tabi oldukları uygulama bakımından sağlık koşulları bakımından ele alınabilir. Hijyen, egzersiz ve tıbbi yardımdan yoksun bırakılan hükümlülerin, “*insanca muamele görme hakkı*” ihlal edildiği içtihatlarla da kabul edilmiştir. MSMS madde 10/1 uyarınca, İnsan hakları komitesinin, özgürlüklerinden yoksun kalmış bireylerin başvuruları bakımından sağlık hakkının varlığına vurgu yaptığı içtihatları vardır. Örneğin “*Eugene Linder v. Finlandiya*”<sup>613</sup> davasında acil tıbbi masraflara yönelik talepleri ve “*Cabal ve Pasini v. Avusturalya*”<sup>614</sup> davasında da bulaşıcı hastalık taşıyan diğer kişiler ile aynı yerde kaldığı için sağlığa ciddi tehlike yarattığı gerekçesiyle, İnsan Hakları Komitesi başvuruları sağlık hakkı kapsamında değerlendirmiştir<sup>615</sup>.

İnceleme konumuz bağlamında, yaşam hakkı ve sağlık hakkı arasında da önemli bir bağ vardır<sup>616</sup>. BM'in 1977 yılındaki Genel Kurulunda, insan haklarının bölünmez olduğu görüşü ortaya atılmıştır. O halde; sağlık hakkı farklı hak kuşakları arasında yer alsada dahi, günümüzde eğilim, farklı kuşak hakları arasında hiyerarşinin zayıflatılması yönündedir. Bu sebeple sağlık hakkının düzenlendiği sözleşmelerde tıbbi müdahaleler açısından dikkate alınmalıdır<sup>617</sup>. Zamanla Jellinek' in klasik ayrımı

---

<sup>611</sup> Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, s.5.

<sup>612</sup> Kalabalık, s.389.

<sup>613</sup> 1420/2005 CCPR/C/85/D/1420/2005.

<sup>614</sup> Carlos Cabal y Marco Pasini Berton v Avusturalya- UN Doc CCPR/C/78/D/2010/2001 (2003).

<sup>615</sup> Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, s.41,46-47; Ertan, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, s.40.

<sup>616</sup> Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, s.15.

<sup>617</sup> Bilindiği üzere, Temel Hak ve Özgürlükler sınıflandırmasında birinci kuşak hakları: Kişi özgürlükleri ve siyasal hakları; İkinci kuşak hakları: sosyal, iktisadi, kültürel hakları ve özgürlükler ve son olarak da üçüncü kuşak hakları: Çevre, gelişme ve barış hakları olarak sınıflandırılabilir. Bkz. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.227.

dışındaki ayrımlar ön plana çıkmaya başlamıştır. Devlet, hem medeni hem de siyasi haklar bakımından bunlardan yararlanılabilmesi için aktif rol almakta ve sosyal haklar bakımından da pasif bir tutum sergilemektedir<sup>618</sup>. Bu sebeple özellikle de ilgilinin rızasını ilgilendiren temel değerler açısından bir genelleme yapılması mümkün değildir. İnsan hakları karşısında, devletin pasif veya aktif duruşu değişebilir. İnsan hakları sözleşmesine taraf olan bir devlet, yükümlülükler altına girmektedir<sup>619</sup>. Bu yükümlülüklerin yansımaları Ceza hukukunda da görürüz. Sağlık hakkı bünyesinde gerçekleştirilen bazı tıbbi müdahaleler, esasında bazı suçlar bakımından tipiktir. Kasten yaralama suçu, Kısırlaştırma Suçu ve Çocuk Düşürme Suçu buna örnek verilebilir<sup>620</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, sağlık hizmeti özel gereksinimleri içerse dahi ücretsiz kalmalıdır. Sağlık hakkının etkin uygulanabilmesi bakımından, ‘*Kalite güvencesi, mesleki standartlar açısından standardize bir tıbbi görevin sağlanması ve daha fazla tıbbi standartların geliştirilmesi, ayrıca eğitim ve öğretim güçlendirmek, konuların disiplinler arası etkileşimi teşvik, yetkinlikleri açıklık, personel, mekansal ve ekipman ihtiyaçlarını belirlemek*’ amaçlanmalıdır<sup>621</sup>. Esasında sağlık hakkının etkin uygulanabilmesi, ilgilinin rızası bakımından dolaylı etkiye sahiptir. Çünkü kişilerin sağlık hizmetine erişimi kolaylaşırsa, tedaviye ilişkin seçenekleri değerlendirme ve kişi özerkliğini gerçekleştirebilme olanakları da artacaktır.

Devlet, her şeyden önce sağlık hakkını ihlal edecek tasarruflarda bulunmamalıdır, özellikle cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlüler ve zorunlu askerlik

---

<sup>618</sup> Konu bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Ertan, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, s.16 vd.

<sup>619</sup> Henry Shue buna ilişkin olarak; 1-Yoksun kalmayı önleme ,2- Yoksunluktan koruma ve 3-Yoksun kalan kişiye yardım ödevlerinden bahsetmektedir. Temel haklara dayanan sözleşmeler devletlere bu ödevleri yüklemektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press,1980,s.52’den aktaran Ertan, **Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkı**, s.71 dip not 31.

<sup>620</sup> Handan Yokuş Sevük,“Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006**, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları –MÜHF, İstanbul 2007,s.221.

<sup>621</sup> Adolf Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, **NJW 1999**, s.1759.

hizmetini yerine getirenler açısından devletin ciddi yükümlülükleri vardır. Bununla beraber sığınmacıların, yasadışı göçmenlerin, azınlıkların dahi sadece acil tıbbi bakımdan değil, her türlü sağlık hakkından faydalanmaları gerekmektedir<sup>622</sup>. Özellikle de ilgililerin rıza göstermeleri bakımından tıbbi süreçlerde bireylerin karar almalarının sağlanması da devletin ödevleri arasındadır<sup>623</sup>.

## 5. Bireyin Kendi Hakkında Karar Verebilmesi İlkesi ve Kişi Özerkliği

Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı doğrultusunda; kişi, kendi beden bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir. Bazı durumlarda ise bu hak, yaşam hakkı ve sağlık hakkından dahi üstün tutulabilmektedir. Örnek olarak; aktif ötenazinin kabul edildiği ülkelerde veya tedaviyi red hakkının bir uzantısı olarak pasif ötenazi de bu hakkın üstün tutulduğunu ispatlamaktadır<sup>624</sup>. Rıza, kişilik hakları ve karar verme özgürlüğü ile kendi kaderini tayin edebilme hakkı bakımından önemlidir<sup>625</sup>. Kişinin kendi kaderini tayin hakkının, esasında zorunlu olarak kişisel sorumluluk olarak değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>626</sup>.

Özerklik de, ilgilinin rıza göstermesinin temel taşlarından biridir. Çünkü kişinin kendi geleceği için planlar yapabilmesine imkan tanınmaktadır. Aksi halde bireyin hayatının kendine özgü olduğunu söylemek zordur, çünkü kendi önceliklerini belirleme imkanı, hekim dahi olsa bir başkası tarafından ele geçirilmiş sayılacaktır<sup>627</sup>. Hastanın; tedavi sonucunda gerçekleşecek olan olumlu başarıyı ve

---

<sup>622</sup> Benzer görüşte Ertan, **Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkı**, s.75-77.

<sup>623</sup> Hatta ESKHK ergenlik dönemindeki bireyler bakımından da haklı olarak bu süreçte yer almalarını salık vermektedir.bkz. Ertan, **Uluslararası Boyutuyla Sağlık Hakkı**, s.84.

<sup>624</sup> Zafer Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", VIII. **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 7-8Ekim 2011**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.2.

<sup>625</sup> B. Brinkmann, **Arztund Strafrecht-Begutachtung von arztlichen Sorgfaltspflicht-verletzungen ("Kunst fehlern") Erfahrungen und Ergebnisse aus zehn Jahren (1968-1977)**, Münster, der Westfälischen Wilhelm-Universität Münster Dissertation, 1981,s.13.

<sup>626</sup> Göbel,s.22.

<sup>627</sup> Majid Hassan, "Informed Consent and the Law –An English Legal Perspective", *Digestive Disaeses Review* 2008, 26:23–27, s.24.

tedaviye bağı doğa riskleri iradesiyle kabul etmesi gerekir. Bu ancak; hekim, bunu yeterince açıkladıysa mümkündür<sup>628</sup>. Özellikle tıpta paternalizm olarak adlandırılan, “hasta- hekim ilişkisinde hastanın iyiliğinin hekim tarafından belirlendiği, kararların alınmasında inisiyatifin hekimde olduğu bir model”<sup>629</sup> veya “Beyaz gömleklili Tanrı” anlayışı<sup>630</sup> günümüzde terk edilmeye başlanmış ve yerini kişinin kendi bedeni ve geleceği üzerinde tasarrufta bulunduğu bir modele bırakmıştır. Bireye saygı-araç olarak kullanmama ve empatik davranma gibi metodlar sayesinde özerklik geliştirebilir<sup>631</sup>. Biyo-etik açıdan da; sağlık mesleği mensuplarının, bireylerin özerkliğini gerçekleştirme yükümlülükleri vardır<sup>632</sup>. Günümüzde artık hastanın hekime teşekkür edici yaklaşımından ziyade, hasta özerkliğine yoğunlaşmıştır<sup>633</sup>.

Kişi özerkliği prensibi ise üzerinde anlaşması zor bir kavram olup; gerçekleştirilen yaralanma fiilleri bakımından insan onurunun korunması noktasına yoğunlaşmaktadır<sup>634</sup>. Kişi özerkliğinin olmama olmaz koşulu, insan onurunun korunmasıdır<sup>635</sup>. Genellikle erişkin insanların, eğer fiil ehliyetleri tamsa, özerklik haklarının da olduğu savunulmaktadır. Bu öyle bir haktır ki; kendi hayatları üzerinde önemli kararlar alabilmelerine hizmet eder<sup>636</sup>.

İnsan, hiçbir zaman araç haline getirilmemeli; bir meta konumuna indirgenmemelidir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun ön koşulu olarak da nitelendirilebilen ilgilinin rızası<sup>637</sup>, kişi özerkliğinin uygulanmasına geliştiren ve yardım eden bir düzenlemedir. Temel hak ve özgürlükler, AY m. 13 uyarınca “özlerine dokunulmaksızın” sınırlandırılabilirler. O halde, kişi otonomisinin de sınırı

---

<sup>628</sup> Schrafl, s.54.

<sup>629</sup> Barış Erman, “Sağlık Hukuku Hasta Kadar Hekimi De Korur Mu?”, **Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi**, Edt. Gürsel Çetin-Ahsen Kaya, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi no:78, İstanbul 2012, s.32.

<sup>630</sup> Erdal Güzeldemir, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, **Sendrom Tıp Dergisi**, Mayıs 2005, s.1.

<sup>631</sup> (Çevrimiçi), [http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders\\_notlari/n\\_ersoy/tibbi\\_etikte-ozerklik.pdf](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tibbi_etikte-ozerklik.pdf); , 22.12.2014 .

<sup>632</sup> Metin, s.125.

<sup>633</sup> Odenwald, s.88.

<sup>634</sup> Rain,s.123.

<sup>635</sup> Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,s.75.

<sup>636</sup> Ronald Dworkin, **Life’s Donation**, 1st Edition, New York, Alfred A. Knopf, 1993,s.222.

<sup>637</sup> Bedia Boran; “ Aydınlatılmış Rıza”, **2.Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008 Ankara**, Ankara, Ankara Barosu, 2008,s.85.

tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerdir<sup>638</sup>. Bu gerekçelerle kişi otonomisinin de sınırsız olmadığı söylenebilir.

Bununla beraber MK m. 24. uyarınca da kişilik hakları korunmaktadır. Ayrıca MK m.23/1’de kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka yada ahlaka aykırı şekilde kullanılmasına müsaade edemeyeceği düzenlenmiştir. Hatta doktrinde bir görüşe göre; özerklik, İHAS m.3 ile de ilişkilidir<sup>639</sup>. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin hakların bir görünümü olarak kişi özerkliği, hastalara seçimleri hakkında bağımsızca düşünmek ve karar verebilmek, almış oldukları kararların etkisinde hareket etmek ve doktor ve diğer sağlık çalışanlarına isteklerini iletebilmek zihinsel ve hukuki açıdan yetkinlik kapasitesi gerektirir<sup>640</sup>. Bir bireyin özerk kabul edilebilmesi için öncelikle bireyin bu özelliğini ayırt edebilmesi gerekmektedir<sup>641</sup>. Bireyin kendi geleceğine yönelik karar verebilmesinin her toplum için farklı sınırları bulunmaktadır. Batılı toplumlarda birey otonomisi ile doğulu toplumlardaki elbette ki farklı olacaktır. Biyo-etik açısından otonomi, öncelikle bireyde ayırt edebilme yeteneği olmasıdır bir başka şart da, hangi toplumda olursa olsun toplumsal baskıdan uzak karar verebilmiş olmasıdır<sup>642</sup>. Örneğin Yehova Şahitleri, kan ve kan ürünlerinin nakledilmesine karşı çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda söz konusu olan hasta çocuk ise, rızanın gösterilememesi durumunda ortaya ölümcül bir risk de çıkabilecektir. Bu gibi durumlarda bireylerin, otonomi

---

<sup>638</sup> Tacir,s.146.

<sup>639</sup> Wicks,s.61vd.

<sup>640</sup> McQuoid-Mason, David J./Dada,Mohamed A.,**Guide to Forensic Medicine and Medical Law**, Natal, Independent Medico-Legal Unit, University of Natal, 1999, s.124.

<sup>641</sup> Bireyin özerkliğine yönelik olarak olumsuz etki yapan durumlar ise Harris’in bir çalışmasında belirtilmiştir. Şöyle ki, “a. Bireyin isteklerini ya da fiillerini yahut her ikisini birden denetim altına alabilme yeteneğindeki kusurlar, b.Bireyin muhakemesindeki kusurlar, c.Bireyin, tercihini dayandıracağı bilgilerdeki kusurlar,d. Bireyin isteklerinde kararlı olma konusundaki kusurlar” bkz. John Harris, **Hayatın Değeri: Tıp Etiğine Giriş**, Çev.Suha Sertabiboğlu, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1998, s.268 nakleden Metin, s.115 dip not 139.

<sup>642</sup> Metin, s. 117.

şartlarını taşımasa dahi, devletin müdahalesi ile yaşı küçük olan bireyin sağlığı koruma altına alınabilir<sup>643</sup>.

Otonominin önemli bir diğer yansıması da; sağlık çalışanları tarafından, meslekleri dolayısıyla öğrendikleri sırların saklanması ve kayıtların gizli tutulmasıdır. Tıbbi müdahaleler öncesinde muhakkak bireylerin bedenleri üzerinde gerçekleştirilecek olan ihlalin kapsamını açıklayan ve ilgililerin rızasını alan “*aydınlatılmış onam*” sürecinin de gerçekleştirilmesi bakımından da birey otonomisi kendisini gösterir<sup>644</sup>.

İnsan onurunun korunabilmesi için ilgilinin tıbbi müdahalelere yönelik olarak rızasının yokluğu, tıbbi müdahalelerin uygulayıcıları bakımından ceza sorumluluğu gerektirmektedir. Tıbbi müdahaleler, özünde kişilik haklarına yönelmektedir. Tıp mesleğini yerine getirme fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebep olarak, tıbbi müdahalelere gösterilen ilgili rızası, en az hakkın icrası kadar önemlidir<sup>645</sup>. Rıza temin eden hekimin, kişinin kendi kaderini tayin hakkının gerçekleştirilmesini sağlamak için ona aydınlatılmış seçim yapabilmesini sağlamak yükümlülüğü vardır<sup>646</sup>. Hekimin aydınlatılması da hasta özerkliğinin bir uygulamasıdır ve özerk bir kararın varlığı da bunun temelidir<sup>647</sup>. Rıza, hastanın özerk kararını yansıtmalıdır. Aksi halde hasta aydınlatılmış kabul edilemez<sup>648</sup>. Tıbbi güvenlik açıkları, şiddetli ağrı ve anksiyete; bazı tedavideki belirsizlikler veya hastalığın prognozu<sup>649</sup> bir kişinin bağımsız ve gönüllü otonomisini azaltabilir<sup>650</sup>.

---

<sup>643</sup> Buna benzer durumları çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde tartışacağımızdan detaylı olarak bahsetmemekte sakınca görmüyorum. Fakat toplumda yaşayan bireylerin güvenliğini sağlamak üzere devletin sözleşmesel ve iç hukuka dayalı ödevlerinin olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.

<sup>644</sup> Metin, s.125-126.

<sup>645</sup> Sevük, s.225.

<sup>646</sup> Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**,s.19.

<sup>647</sup> Paul Bockelmann, “Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht”, **NJW 1961**, s.945.

<sup>648</sup> Switanowsky,s.1.

<sup>649</sup> Bir hastalığın seyri hakkında tahmini ve iyileşme şansı olup olmadığı anlamında kullanılan tıbbi bir terimdir. Prognoz=bilme, öngörü bkz. (Çevrimiçi), <https://www.turkcebilgi.com/prognoz>, 21.12.2017.

<sup>650</sup> Switanowsky,s.1.

Esasında özerklik, Immanuel Kant ve John Stuart Mill'in etkisi ile bu kadar etkin olmuştur. Kant'a göre özerklik, kişinin kendi kaderini tayin hakkına dayanır. Mill ise insanın kendi hayatını şekillendirmesi üzerinde durur<sup>651</sup>. Doktrinde bazı görüşlere göre; otonomi "*isteklerin zayıflığı*" olarak nitelendirilir. Çünkü sigara içen kişiler, kendileri için en yararlı olan şeyin bu olmadığını bilirler<sup>652</sup>. Bu bağlamda özerklik her zaman kişinin en yararına olarak değerlendirilemez. Özerklik, kişinin tasarruf edebileceği alanları bakımından tekel oluşturan bir haktır, bu tekellik başka bir rekabet kaldırmaz ve tanımaz; meğerki kamusal yararın daha önde olduğu alanlar olmasın.

Her birey; kendi beden bütünlüğü bakımından salt kendisi tercihte bulunabilir ve bunu açıklayabilir. Fakat bazı hallerde; akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, acil durumlar gibi, hasta rızasının dışında veli veya vasinin rızasının gerekliliği de aranmaktadır. İlgililerin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak bulunmuyorsa, rızaya ehliyet yoksa veya rızanın açıklanamıyor ise kişi özerkliğini sarsacak olmasına karşın, hastanın bizzat kendisi dışında başka bir ilgilinin yahut hekimin iradesi daha ağır basabilir<sup>653</sup>. Bu durumlarda aydınlatmanın kapsamı genişleyecek veyahut daralabilecektir. Böylelikle otonomi, bakım standartları dışında kalmak kaydıyla uygulayıcılar ve kaynaklar açısından kısıtlanabilecektir<sup>654</sup>. Uygulayıcılar ve kaynaklar gerekçe gösterilerek aydınlatmanın sınırlandırılması, hakkın özüne dokunmak anlamına geleceğinden; söz konusu kısıtlamaya katılmadığımızı belirtiyoruz. Çünkü paternalist anlayışın terkedilebilmesi için, bu gibi gerekçelerden uzak bir uygulamanın varlığı zorunludur. Her durumda uygulayıcı ve kaynaklar yetersiz olabilir, bu da sağlığa erişim hakkı bakımından değerlendirilebilecek bir konudur. Kişinin taleplerini bildirememesi, uygulayıcı veyahut kaynak sorunu değildir. Bu paternalist bir yaklaşımın sağlık uygulamalarından kaldırılamaması için bir direniştir.

---

<sup>651</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Beauchamp/ Childress, s.125; Veitch, s.57vd.

<sup>652</sup> Dworkin, **Life's Donation**,s.223.

<sup>653</sup> Sevük,s.226.

<sup>654</sup> Görüş için bkz. Margaret A. Burkhardt/Alvita Nathaniel, **Ethics and Issues in Contemporary Nursing**, 4th Edition, Stamford, Cengage Learning, 2013, s.271.

Rıza ehliyetine sahip olan bir kimsenin, kendi kaderini tayin edebileceği argümanı, çocuklar bakımından bir takım sorunları beraberinde getirmektedir. Çocukların kişi özerkliği hakkına, yetişkinlere oranla daha kısıtlayıcı bir yaklaşım mevcuttur. Örneğin Alman İmparatorluk Mahkemesi, yedi yaşından küçüklerin rıza açıklayamayacağına ve yedi yaşından büyükler açısından da rıza ehliyetinin algılama yetenekleri olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir<sup>655</sup>. Çocukların bedenleri üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelere yönelik irade açıklamalarının önünü tamamen kapatmak; çocuklara da tanınmış olan kişi özerkliği hakkını sadece yetişkinlere yönelik bir yaklaşıma indirgeyeceğinden, eşitlik ilkesine de açıkça aykırılık taşıyacaktır.

Elbette; çocukların da kişi özerkliği hakkı vardır. Hukuki işlemlerin birçoğunun gerçekleştirilmesinde Kanun koyucunun yaş sınırı olarak 18 yaş baz alması, Özel hukuk bakımından anlaşılabilir. Fakat söz konusu hak bakımından, Kamu hukukuna dair alanlarda mutlak bir yaş sınırı belirtilmesi ve bunun savunulması söz konusu hakkı kısıtlayacaktır. Ceza hukuku açısından da çocuğun algılama yeteneği geliştikçe kendisine yönelik tıbbi müdahalelerde rıza açıklayabileceği günümüzde doktrinde ve bazı içtihatlarca da kabul edilmektedir. Genellikle erişkin insanların eğer normal fiil ehliyetleri varsa özerklik haklarının da olduğu savunulmaktadır. Çünkü bu öyle bir haktır ki; kendi hayatları üzerinde önemli kararlar alabilmelerine hizmet eder<sup>656</sup>. Bu nedenle çocukları karar verme sürecine dahil etme yaklaşımı günden güne önemsenmektedir.

---

<sup>655</sup> Boran, “ Aydınlatılmış Rıza”,s.85-86.

<sup>656</sup> Dworkin, **Life’s Donation**,s.222.

## C. Tıbbi Müdahale ve Deneyler Bağlamında İlgilinin Rızası İle Bağlantılı Temel Haklar

### 1. Aydınlatılmış Onam İlkesi

Aydınlatılmış Onam ilkesi doktrinde genellikle ayrı olarak incelenir de<sup>657</sup> bireyin kendi geleceğine yönelik karar verebilme ilkesi ile yakından ilişkilidir. Tıbbi müdahalenin her aşamasında uygulanabilir; tıbbi müdahalelere hastaların katılımını sağlayıcı paternalist yaklaşımı gitgide çürüten, tıbbi müdahaleleri sadece hekime ait olmaktan çıkartan ve hasta tarafını da kuvvetlendiren bir ilkedir. Çünkü hasta, her geçen gün tıbbi müdahalelerin uygulanması açısından kendi geleceğine yönelik olarak söz sahibi olmaktadır.

Kişinin geleceğini tayin edebilmesi için bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu sebeple aydınlatılmış rıza, tıbbi müdahalelerde bu hakkın gerçekleştirilebilmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>658</sup>. Tıbbi müdahale öncesinde, hasta bireylerin neden ve hangi şartlarda rıza gösterecekleri hususunda aydınlatılmış olmaları, bireylerin beden bütünlüğüne yönelik ihlal anlamına gelen fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir<sup>659</sup>. Aydınlatılmış/Bilgilendirilmiş onam/rıza esasında, kişinin kendi geleceğini tayin hakkını hayata geçirmektedir. Tıbbi müdahale ve insan üzerinde deneylerde; aydınlatılmış şekilde ilgilinin rıza açıklaması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını, yaşam hakkı ve beden bütünlüğünü, insan onurunun korunmasına da hizmet eder<sup>660</sup>. Kişinin yeterince aydınlatılmadığı bir tedavinin başarıya ulaşması da zordur. Örneğin hastalığının önemi hakkında bilgiye sahip olmayan hastalar, ilaç tedavisini gereği gibi yerine getiremeyebilmektedir<sup>661</sup>. Bu hem tedaviyi aksatmakta hem de hastanın sağlığına zarar vermektedir.

---

<sup>657</sup> Erdemir, Tıp Etiğinde Esaslar,s.33.

<sup>658</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s.97.

<sup>659</sup> Aydınlatılmış onam aynı zamanda da hekimler için etik bir yükümlülüktür. Bkz. Metin,s.127.

<sup>660</sup> Tacir,s.148.

<sup>661</sup> Güzeldemir, s.2.

1950lerdeki paternalizm, 1960larda silinmeye başlamış ve 1970lerde kendini hasta ile consensus sağlanması olarak göstermiştir<sup>662</sup>. Günümüzdeki anlayış artık, her tıbbi müdahalenin unsurlarından biri aydınlatılmış rızadır<sup>663</sup>. Ancak yine de paternalist yaklaşımlar görülebilmektedir. Zamanın olmayışı yahut hastanın açıklamaları anlamayacağı düşünülmesi, hekimleri paternalist yaklaşıma ittiği de doktrinde belirtilmektedir<sup>664</sup>. Hatta buna ek olarak, Hekimlerin ilgilenmesi gereken hasta sayısının fazla olması, hastalarla görüşme süresinin çok az olması, hastalığa yönelik kadereci yaklaşım, hastaların diyet, egzersiz gibi hususlarda daha fazla eğitilmesi gerektiği, aile hekimliğinden kaynaklanan sorunlar, hekim değişiklikleri, güven ilkesinin tam uygulanması, tedavi sonrası bakım sorunları gibi noktalar aydınlatma konusunda önemli tıkanmalara yol açmaktadır<sup>665</sup>.

## 2. Güven İlkesi

Güven ilkesi, hastanın hekimin “*oyunun kurallarına*” uygun hareket edeceğine güvenmesi olarak tanımlanabilir<sup>666</sup>. Kişinin güveninin sarsılması genellikle bireysel olarak görülse de, özellikle klinik araştırmalar bakımından toplumsal da bir güven kırılmasına yol açmakta; beklenenden daha fazla önyargıya sebep olmaktadır<sup>667</sup>. Dürüstlük, sözleri yerine getirmek, önemsemek ve empati; efektif bir hasta-hekim iletişimi için gereklidir<sup>668</sup>. Söz konusu ilke Lizbon Bildirgesinde ve Bali Bildirgesinde de yer almaktadır. TDN m.4’te de bu husus belirtilmiştir.

---

<sup>662</sup> Lawrence D. Lurvey/Charles W. Nager/Donna D. Johnson, “Informed Consent: A Review”, **Elsevier Science Inc.**, 1996, s.193.

<sup>663</sup> Bianca Büchner, **Körpersubstanzen als Forschungsmaterialien**, 1.Auflage, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2010,s.91.

<sup>664</sup> Güzeldemir, s.1.

<sup>665</sup> Ozanoğlu,s.57.

<sup>666</sup> Yener Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**,1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008,s.881.

<sup>667</sup> Sissela Bok, “Shading The Truth in Seeking Informed Consent for Research Purposes”, **Human Experimentation and Research**, Ed.George F. Tomossy/David N. Weisstub, Wiltshire, Ashgate-Dartmouth, 2003, s.157.

<sup>668</sup> Switanowsky, s.105.

Günümüzde güven ilkesinin yansıması pratik hayatta kendini göstermektedir. Hastalara ait bilgiler, özel dosyalarda saklanmak zorundadır ve bu hususlarda hekim sır saklamak zorundadır. Hastanın kendi özel yaşamına dair bir alanı ilgilendiren tıbbi müdahaleler de kişiliğin bir parçası olan kişisel değerler kapsamında yer alır. Fakat bir hekimin tedavi için meslektaşlarına yaptığı açıklamalar sır kapsamında değerlendirilemez. Ancak tıbbi bir gerekçe dışında açıklamalar-hekimin bir mahkemede isnat olunan fiilden kurtulmak maksadıyla dahi olsa- güven ilkesini zedeleyecektir<sup>669</sup>. İlgilinin rıza göstermesinin esasında güven ilkesi yatar. Örneğin bir araştırmaya tabi tutularak, kendisinden alınacak olan materyaller ile çalışma yapılacağı zaman; kişi en ince detayına dek bilgilendirilmek ister. Bu aydınlatmanın dışında, kimlere açıklanacağı ve verilen sırların ne kadarının kullanılacağı, kamuoyuyla paylaşılıp paylaşılmadığı da önem taşır ve bu durum ilgilinin rızası ile güven ilkesinin ilişkisini açıklayan bir örnek olarak verilebilir.

### **3. Hastaların Eşit ve Adil Muamele Görmesi**

Hekimlerin bütün hastalarına eşit mesafede durması ve adil yaklaşması gerekir. Tıbbi kaynakların dağılımı açısından da uygulanan bir ilkedir. Bu ilke organ ve doku naklinde ve yoğun bakımlarda ise çok önemli hale gelmektedir. Organ ve doku naklinde en adil dağılım sağlanmalıdır. Yoğun bakım hastaları bakımından da; daha kısa sürede tedavi edilebilecek hastaları tedavi etme eğilimi bu ilke sebebiyledir<sup>670</sup>. Mevzuatımız bakımından da TDN m.2’de bu ilke vurgulamaktadır<sup>671</sup>.

Ayrıca 1994 yılında dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan “*Felaket Olayında Tıp Ahlak Kuralları*” adlı Stockholm bildirgesi 3.maddesinde acil durumlar

---

<sup>669</sup> Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar** ,s.20-21.

<sup>670</sup> Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar** , s.16-17.

<sup>671</sup> Ayrıca Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2.maddesinde de “eşit faydalanma” dan bahsedilmektedir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği 14. Maddesi de bu ilkeyi baz alarak düzenlenmiştir. HHY 6.madde de sağlık hizmetlerinden yararlanırken adil ve eşit muamele görülmesine vurgu yapar.

açısından “*hastaların objektif kriterlere göre tedavi edilmesine*” dair bir düzenleme içermektedir<sup>672</sup>.

Hastanın sevileni yahut sevilmeveni gibi bir ayrımı hekim yapamayacağından, önerilen tedaviyi reddeden yahut rızasını kendi kaderini tayin hakkı kapsamında biçimlendirebilmek gayesinde olan hastanın fazlaca soru sorduğu için sevilmediği söylenebilir mi? Pek de söylenmesi mümkün olmayan yahut söylene çok saldırgan ve tartışmalı addedilecek bir husus olmasına karşın, doktrinde bir görüşe göre bu gibi ayrımlar daha tıp fakültelerinin ilk yıllarından itibaren oluşmaktadır<sup>673</sup>. Bunun da kişi otonomisine bakış açısının geliştirilebilmesi için ne denli bir engel teşkil edeceğini vurgulamakla yetiniyoruz. Ancak hekim adil yaklaşımını ve eşitliği her zaman sürdürmelidir.

#### **4. Hastaya Olumlu Katkıda Bulunmak**

Hastaya olumlu katkıda bulunma ilkesi, TDN m.2’de yer almaktadır. Ayrıca HHY m.5 ve Türk Tabipler Birliğinin 1998 tarihli Hekimlik Meslek Kurallarında belirtilmiştir. Ancak hastaya zarar verilmemesi, muhakkak hastaya olumlu katkıda bulunmak anlamına mı gelecektir sorusunun cevabı somut olaya göre değişmektedir. Özellikle ötenazi tartışmalarında sorgulanan bu husus, yapılacak olan müdahalenin ilgisine zarar vermemesi ve hastaya olumlu bir katkı sağlanması gerektiği üzerine yoğunlaşır. Hekimin davranışı hastanın sağlık durumunu dikkate alarak gerçekleştirilmesi gereken bir fiildir. Örneğin Acil Tıp hizmetleri bakımından, genellikle yaşamı tehdit eden bir durum söz konusu olduğu için bunun önüne geçebilmek adına, hastaya daha az zarar veren tedavi seçilebilmelidir. Öte yandan bazı hallerde ise; hastaya daha az zarar veren tedavinin de, beraberinde ciddi riskler getirmesi olasıdır. Bu durumlarda ilgilinin (bazı hallerde hastanın bizzat kendisinin bazı hallerde ise rıza göstermeye yetkili kişinin) otonomisine güvenilmeli ve son

---

<sup>672</sup> Erdemir, Tıp Etiğinde Esaslar, s.20.

<sup>673</sup> Jennifer Jones / Eleanor Milligan, “Leading Ethical Decision –Making: Clinical Ethics Services in Australia”, *Asia Pacific Journal of Health Management* 2015; 10:3 , s.41.

karar ilgili tarafından verilmelidir<sup>674</sup>. Değerler, ortak bir ölçekte azaltılabilir: Faydacılık anlayışı üzerinden konuya yaklaşmak, sonuca odaklı bir anlayışı teşvik ederek ve kişinin savunmasız olduğu varsayımı ima edecek savunmalarla etkili olmaktadır<sup>675</sup>. Her durumda aydınlatmanın özünde, hastaya olumlu katkı yapılığın rıza gösterecek ilgiliye hissettirilmelidir.

Biyo-tıp Sözleşmesi hakkındaki tartışmalar, Almanya'da yoksun bırakılan hakların olması sebebiyle<sup>676</sup>, faydacı tıp hukukçuların direnci ile birlikte Avrupa'da hasta haklarının geliştirilmesi için harekete geçirildiğini göstermektedir. Biyo-tıp Sözleşmesine karşı, bireysel değerlere yönelik olarak belirgin Alman hukuk korunmasında itiraz etmek bu tartışmaların sonucunda mümkün hale gelmiştir<sup>677</sup>. Faydacı (Utilitarist) Doktrine göre, hastaya olumlu katkıda bulunmak ilkesi, tıbbi müdahalelere rıza bakımından sorun teşkil eden alanlarda kullanılmalıdır ve hangi seçeneğin hastanın yararına olacağı değerlendirilmelidir<sup>678</sup>. Hekimler paternalist bakış açısıyla yaklaşarak, halihazırda hastaya olumlu katkıda buldukları gerekçesiyle, ilgilinin otonomisini hiçe saymamalıdır. Doktrinde bu ilke, James Childress ve Tom Beauchamp tarafından yararlılık ilkesi olarak ele alınmakta ve tıbbi anlamda hastanın menfaatine en iyi hizmet edenin uygulanması olarak açıklanmaktadır<sup>679</sup>.

Özellikle insan üzerinde deneme fiilleri bakımından da hekimin; hastanın maruz kalacağı tehlikelere karşı önlemlerini alması ve hastanın elde edeceği menfaat-zarar dengesini iyi gözetmesi gerekir. Eğer denenmemiş bir metot hastanın

---

<sup>674</sup> Açıklamalar için bkz. Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar**,s.15.

<sup>675</sup> **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party,s.16.

<sup>676</sup> Alman doktrininde, kanunlarında hukuk koruması bulunduğu gerekçesiyle Biyo-tıp sözleşmesine ait ilkelerin Alman hukukunda yer almaması için ciddi bir direnç göstermişlerdir. Bkz. Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1758.

<sup>677</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1758.

<sup>678</sup> **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party,s.15.

<sup>679</sup> Beauchamp/Childress,s.61vd.

sağlığını daha kötüye götüreceği öngörülüyorsa buna girişilmemelidir<sup>680</sup>. Bu ilkenin ilerleyen zamanda insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından sıklıkla tartışılacağı kanaatindeyiz. Çünkü hasta kişiler için en olumlu katkı yapacak methodun seçilmesi zorunluluğu, deneme fiillerinin yapısı ile çelişmektedir. Bu ilke, paternalist uygulamaların yeniden artmasına yol açabilme tehlikesi taşımaktadır. Çünkü deneme fiillerinin sonucu, diğer tıbbi müdahalelere oranla daha belirsizdir.

## 5. Hastaya Zarar Vermeme

*Primum non nocere* yani “önce zarar vermeyeceksin” deyimini ilk çağlardan beri Tıp biliminin temel şartı olmuştur<sup>681</sup>. Tıp tarihi bakımından çok eski bir ilkedir<sup>682</sup>. Yapılacak olan bir tıbbi müdahale yahut klinik araştırmanın hastaya zarar vermemesi gerekmektedir. Birçok durumda bitkisel hayatta olan hastaya dahi; hekim, ona zarar vermemek adına onu yaşatabilmek için mücadele etmektedir. Bu tıbbi etik kuralının bir yansıması olarak görülebilir.

### D. Değerlendirme

İlgilinin rızasının hukuki esası; bağlı olduğumuz uluslararası sözleşmeler, AY ve TCK düzenlemesi esas alındığında kişinin kendisini tayin hakkının etkisi ile ele alınmaktadır. İlgilinin rızasının dayanağını oluşturan evrensel ilkeler ve bunlarla bağlantılı temel haklar, varlıkları ya da yoklukları sonucunda rıza ehliyeti, serbestçe tasarruf edilecek hakların varlığı ve rızanın geçerliliği doğrudan etkilenmektedir. Tıbbi müdahalelerde ilgilinin rıza açıklamasının hukuka uygunluk yaratabilmesi için, gerçek anlamda müdahalenin yukarıda saydığımız ilke ve haklara uygun olması gerekir. Tipikliği kaldıran rıza bakımından da irade ve ehliyet noktalarında etkili olmaktadır.

---

<sup>680</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.167.

<sup>681</sup> Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar**,s.14.

<sup>682</sup> (Çevrimiçi), [http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders\\_notlari/n\\_ersoy/tip\\_etigi-ders\\_notlari.doc](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tip_etigi-ders_notlari.doc); , 22.12.2014 .

Öte yandan ilgilinin rızasının dayanağını oluşturan bu ilkeleri uygulamada hayata geçirebilmek için aydınlatılmış onama ihtiyaç vardır<sup>683</sup> ve özellikle kişi otonomisinin yorumlanması bakımından önem taşımaktadır. Tipikliği kaldıran rıza bulunduğu suç tipleri bakımından bu ilkelerin ve hakların varlığı özellikle yasal mevzuat bakımından da aranır hale gelmiştir. Aydınlatılmış onam, İHAM kararlarında da ele alınmakta ve İHAS'ın korunmasında değerlendirilmektedir. Esasında İHAS da ayrıca aydınlatılmış onama yönelik bir düzenleme yoktur; fakat İHAM kişi otonomisi ile bağlantılı olarak verdiği kararlarda aydınlatılmış onam hakkını da koruma kapsamında değerlendirmektedir<sup>684</sup>. BMKSHS m. 7 uyarınca, kimse özgür iradesi olmaksızın tıbbi veya bilimsel deneye tabi tutulamaz. Bu noktada bazı soruların cevaplanması gereklidir. Örneğin; bilimsel bir gelişmeye duyulan rahatsızlık acaba, ceza hukukunun uygulanmasını gerektirir mi? Yoksa ceza hukuku, bireylerin hukuki menfaat ihlallerini korurken ahlaksal ve etik sorunları görmezden mi gelecektir<sup>685</sup>? İnsan onuru mutlak koruması olan ve tanımını yapmanın zor olduğu bir kavramdır. Esasında doktrinde bir görüşe göre, insan onurunun tanımı en doğru şekilde *Erkenntnistheorie* uyarınca, insan onuru olarak ele alamayacağımız şeylerin dışındaki her şeyi bu kavrama dahil ederek yapılabilir<sup>686</sup>.

---

<sup>683</sup> Nermin Ersoy/Müesser Özcan Şenses/Rahime Aydın Er, “Acil Tıpta Aydınlatılmış Onam”, **Turkish Journal of Trauma&Emergency Surgery (Ulusal Travma Acil Cerrahi Dergisi)** 2010;16(1):1-8;s1.

<sup>684</sup> Uzeltürk, s.243.

<sup>685</sup> “Ceza hukuku yaptırımlarının son çare (*ultimaratio*) olma ilkesi ne kadar ağır ihlal edilirse, bir yasağın, anayasal olarak korunan araştırma ve bilimözgürlüğü hakkına müdahalesi de o derecede ağır olacaktır. Bilim alanındayeni ve alışılmamış bir tekniğin kullanılmasının yarattığı rahatsızlık, tek başına ceza hukukunu yardıma çağırın istisnai bir yasak oluşturmamalıdır.Hukukun meseleye bu şekildeki yaklaşımı bilimsel ve teknik gelişmenin önünü tıkayacaktır” -Witteck/Erich, s. 259'ten aktaran Erdal Yerdelen, “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, **AÜHFD**, 63 (3) 2014, s.657 dip not 51.

<sup>686</sup> Hennig Rossenau, “Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu”, Çev. Hakan Hakeri, **Tıp ve Ceza Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004,s.65

## İKİNCİ BÖLÜM

### TIBBİ MÜDAHALELERDE İLGİLİNİN RIZASI

#### I. Genel Olarak

Bir davranışın “*tıbbi müdahale*” olarak nitelendirilebilmesi için dört ayrı unsuru bünyesinde taşıması gerekir. Bunlardan birincisi “müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması”, ikincisi “*doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması*”, üçüncüsü “*tıp bilimince kabul edilen veya edilebilecek olan bilimsel yöntemlerin uygulanması*”, dördüncüsü ise “*hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması*”dır<sup>1</sup>.

Tıbbi müdahalenin olmazsa olmaz şartlarından biri olan ilgilinin rızası, yokluğunda tıbbi müdahalenin diğer şartlarına vakıf olması halinde dahi gerçekleştirilen fiili hukuka aykırı hale getirecektir. Söz konusu hususla ilgili olarak uluslararası düzenlemeler de ulusal düzenlemeler de bulunmaktadır.

#### II. Tıbbi Müdahale Kavramı

##### A. Genel Olarak

Tıp mesleğinin sınırları içinde kalınmış olmak kaydıyla hekimin yapacağı girişim hukuka uygun kabul edilecektir. Bu sebeple de tıbbi müdahalenin tanımı doğru tespit edilmedikçe, ilgisinin rıza gösterdiği yahut göstermediği hususlarını tartışma imkânımız bulunmayacaktır. Kaldı ki tıbbi müdahale saymadığımız birçok

---

<sup>1</sup> Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s. 26 vd.

fiil, Ceza Kanunumuzda düzenlenmiş maddeler bakımından tipik sayılabilir ve uygulayıcısının cezai sorumluluğuna yol açabilir.

## B. Tıbbi Müdahale

Tıbbi müdahale, esasında bir hekim davranışıdır. Hekim tarafından öncelikle genel bir irdeleme yapılacak, devamında da gerekmesi durumunda hastasının yararına bir müdahale gerçekleştirilecektir<sup>2</sup>. Hatta doktrinde bir görüşe göre, her tıbbi müdahale aslında bir deney olarak kabul edilebilir<sup>3</sup>.

Tıbbi müdahaleler, sadece teşhis anlamında kendini göstermemektedir. Bir hekim tedavi aşamasında da hastasının rızasının bulunmasına riayet etmelidir. Örneğin; hastalığın tespiti durumunda, hastasına ilaç verirken dahi, hekim gerekli bilgilendirmeyi yapmak durumundadır. Bu hekimlik görevinin bir gereğidir. Aynı zamanda da tedavi bakımından da ilgilinin rızasının alınabilmesi için aydınlatmanın kapsamındadır<sup>4</sup>. Bazı durumlarda ise tıbbi müdahalenin tedavi amacı dahi olmayabilir. Tıbbi müdahalenin mutlaka tedavi edici amacı olması gerekmez. Kanundan kaynaklanan durumlarda yahut sosyal veya psikolojik endikasyon olarak adlandırabileceğimiz durumlarda tedavi amacı yoktur<sup>5</sup>. Tedavi etme/iyileştirme karakteri olmayan, ancak tanı koymaya yarayan yani teşhise yardımcı tıbbi müdahaleler, örneğin EKG<sup>6</sup>, AIDS-Testi gibi de yapılmaktadır. Hatta kısırlaştırma,

---

<sup>2</sup> Bkz. Bedi Şehsuvaroğlu/Arslan Terzioğlu, **Tıbbi Deontoloji**, 2.Baskı, İstanbul Bayda Basım Dağıtım, İstanbul, 1983s.53.

<sup>3</sup> John Marshall, "The case against experimentation", **Experiments On Embryos**, Ed. Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge, London-Newyork, 1990, s.55.

<sup>4</sup> "Hastalara ilaçların kullanılışı, gıda rejimi gibi hususlarda veya çevresindekilere bakımı ile ilgili konularda direktif verirken gayet kesin ve açık konuşmalı, hatta gereğinde söylediklerinizi tekrarlatmalısınız." Bkz. Şehsuvaroğlu, s.41.

<sup>5</sup> Aynı görüşte bkz. Zengin, s.30; detaylı açıklamalar için tezin ilgili bölümlerine bakınız.

<sup>6</sup> "Cilde yapılandırılan elektrotlar aracılığı ile grafik olarak kalbin elektriksel aktivitesini (kalbin ritmini, frekansını, kalp atışlarının ritmini, yayılmasını ve reaksiyonun tekrar yok olması) kaydeden bir cihazdır. Elektrokardiyografi (EKG), kalbin kulakçık ve karıncıklarının kasılma ve gevşeme evrelerini, kalbin uyarılması ve uyarının iletilmesi sırasında ortaya çıkan elektriksel aktiviteyi milimetrik kağıt üzerine yazdırma temeline dayanan bir muayene yöntemidir. Kalbin elektriksel haritasının resmidir. Ayrıca EKG ile kalbin şekli hakkında bilgi edinilebilir. EKG cihazının

kastrasyon veya gebeliğin sona erdirilmesi (eğer gebe kadın yahut bebek hasta değilse); insan üzerinde deneyler, estetik operasyonlar hatta kan bağışının da tedavi etme/iyileştirme karakteri yoktur<sup>7</sup>. Rızanın bulunmadığı bir tıbbi müdahale, şartları bakımından eksik olarak değerlendirilecektir ve kişinin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden hekim fiilinin, hukuka uygunluğuna dair bir neden de ortada bulunmadığından uygulayıcısının cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir<sup>8</sup>.

Bazı tıbbi müdahalelerin girişimsel müdahalesi yoktur. Örneğin “*Tıbbi İlaçların uygulanması, yağ sürülmesi, tıbbi masajlar veya psikoterapi gibi. Ancak bunlar da hekim müdahalesi olmamasına rağmen tıbbi müdahale sayılır*”<sup>9</sup>. Tıbbi müdahaleler, invaziv/girişimsel olabileceği gibi; girişimsel olmayan fizik tedavi, ilaç tedavisi, diyet gibi her türlü müdahaleyi kapsamaktadır<sup>10</sup>. Örneğin operatif müdahaleler, delme, derinin altına Piercing takma gibi ya da diş tedavisi, kateterizasyon, endoskopi ve iyonlaştırıcı radyasyon tıbbi müdahale kavramına dahildir<sup>11</sup>. O halde tıbbi müdahale kavramı, “*kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis veya tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da onların acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis, tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir*”<sup>12</sup>.

İlgilinin aydınlatılmış rızasının fiile etkisi, ancak şartları gerçekleşmiş bir tıbbi müdahalenin varlığı durumunda tartışılabilir. Hukuka uygun bir tıbbi müdahale; ilgisinin aydınlatılmış rızası doğrultusunda tıp biliminin verilerine uygun olarak bir

---

*kayıtlarına elektro kardiyogram denir.”* (Çevrimiçi), <http://daricafarabidh.saglik.gov.tr/TibbiBirimDetay.aspx?BirimId=400> , 01.08.2016.

<sup>7</sup> Odenwald,s.86-87.

<sup>8</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.40-41.

<sup>9</sup> Odenwald,s.85.

<sup>10</sup> Ozanoğlu,s.59.

<sup>11</sup> Odenwald,s.85.

<sup>12</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.24.

endikasyonla temellendirilmiş tıbbi müdahaleyi icra etmeye yetkili kişi (legeartis) fiilidir<sup>13</sup>.

## C. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

### 1. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğuna Dair Görüşler

Türk doktrini bakımından baskın görüşe göre; tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu hakkın icrasına dayandırılmaktadır<sup>14</sup>. Doktrinde karşı görüşe göre; söz konusu anlayış paternalist yaklaşımdan ileri gelmektedir<sup>15</sup>. Karşı görüşe göre; ilgilinin rızası tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için ana koşuldur. AY m.17/2 uyarınca endikasyonun varlığı halinde, ancak hekim tarafından *ilgili rıza açıklamışsa* tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir<sup>16</sup>. Ayrıca bir görüşe göre de; tedavi içermeyen müdahaleler bakımından hakkın icrası ve ilgilinin rızası birlikte aranmalıdır<sup>17</sup>. Doktrinde karma görüşü savunanlara göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için sadece ilgilinin rızası yeterli bir şart değildir. Fakat bu görüştekilerden de Hakeri, „*tedavi veya hastalığın önlenmesi*“ açısından sadece ilgilinin rızasının yeterli olduğu kanaatindeyse de, tıbbi müdahale açısından birçok hukuka uygunluk sebebinin bir arada bulunabileceğini, özellikle de tıbbi müdahalenin uygulayıcısının hekim olması, endikasyon şartı ve ilgilinin aydınlatılmış rızasının alınması esasında hepsinin „*kanun emrini ifa*“ hukuka uygunluk sebebi bakımından

---

<sup>13</sup> Şartlar için karşılaştırınız. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.231; Zengin,s.30.

<sup>14</sup> Hafizoğulları/Özen; Hekimliğin, kamusal bir faaliyet olup, “hekimlik yapmak hakkı” olduğunu savunmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık ,s.228-229; Tıbbi müddahalelerin; organ nakli ve estetik operasyonlar konusunda dahi hekimlik mesleğinin icrası olarak değerlendirildiği hususunda bkz.Dönmezer,s.155; konuyu hekimlik mesleğinin icrası bakımından değerlendirenler de vardır bkz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.323vd.

<sup>15</sup> Modern Tıp hukuku açısından hakkın icrasına dayandıran görüşün eleştirisi için bkz. Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.374; Toroslu/Toroslu,**Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.186.

<sup>16</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.374.

<sup>17</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.323.

değerlendirilebileceğini savunmaktadır<sup>18</sup>. Öte yandan tıbbi müdahale bakımından ilgilinin rızası ve hakkın icrası hukuka uygunluk sebeplerinin birlikte ele alınması gerektiği de doktrinde belirtilmektedir<sup>19</sup>.

## 2. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliğini Tipiklik Bakımından Değerlendiren Teoriler

### a. Tıbbi Müdahalelerin Tipik Olduğuna Dair Teori

Bu görüşe göre; Tıbbi müdahale bir yaralamadır ve esasında insan onuru açısından da bir yaralama teşkil ettiği unutulmamalıdır<sup>20</sup>. Sağlığa zarar verme; bir başkasını hasta veya daha hasta etme yahut iyileştirmeme olarak tanımlanabilir<sup>21</sup>. Kişinin beden bütünlüğüne rızası dışında müdahaleleri bu açıdan okumak gerekmektedir. İlgilinin bedensel özgürlüğü ve aydınlatılmış rızasının bir karışımı sonucunda, rıza hukuka uygunluk durumu yaratır<sup>22</sup>.

Tıbbi müdahale teşkil eden fiiller, Türk doktrini açısından baskın görüşe göre yaralama veyahut öldürme bakımından tipik fiillerdir<sup>23</sup>. 1808’de Feuerbach konuya dair olarak, “*Bir kişi açıklanmış rızasından vazgeçerse, ortaya suç teşkil eden bir fiil çıkacağı*” belirtmiştir<sup>24</sup>. Hekimin aydınlatması, hem kişinin kendi kaderini tayin hakkı hem de sağlık hakkı bakımından önem taşır<sup>25</sup>. Aydınlatılmış onam, kişinin

---

<sup>18</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.374-375.

<sup>19</sup> Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.870.

<sup>20</sup> Charles Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**, Amsterdam-London,North- Holland Publishing, 1974,s.15.

<sup>21</sup> Gunther Arzt/Ulrich Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**<sup>3</sup>, 3.Auflage, Bielefeld, Verlag Ernst-Werner Gieseking, 1988,s.269.

<sup>22</sup> Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**,s. 19.

<sup>23</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.373.

<sup>24</sup> Feuerbach’ın görüşünü aktaran bkz. Golbs, s.35.

<sup>25</sup> Brinkmann,s.15.

kendi sağlığı üzerinde seçim yaparak rıza göstermesi sürecidir<sup>26</sup>. Hekimin kişinin rızası dışında tıbbi müdahalesi yaralama suçunu oluşturacaktır. Bunun dayanağının kişinin kendi kaderini tayin hakkı olduğu doktrinde savunulmaktadır<sup>27</sup>. Böylelikle, kişiler üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hakları bakımından, kendi kaderini tayin hakkını kullanabileceği görüşü ortaya konulmuştur ve kişinin yaralanmaya rıza göstermesi böylelikle kabul edilebilir hale gelmiştir<sup>28</sup>. Tıbbi müdahaleler tipe uygun fiil olarak kabul edilirse; rıza yokluğunda geręekleřtirilen rızasız müdahaleler, TCK genel hükümler eręevesinde hekimin cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Alman hukukunda ise tipe uygun fiil kabul edilmedikleri için ayrıca bir madde düzenlenmesinin olması gerektiği savunulmaktadır<sup>29</sup>.

Öte yandan hasta tarafından açıklanan bir rıza yoksa, geręekleřtirilen hekim fiili Eski İngiliz hukukundan Common Law’a kadar kasten yaralama suçu olarak kabul edile gelmiştir<sup>30</sup>. Çünkü hekim, tıbbi müdahalelerin sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmektedir. Yani fiilini **kasten** geręekleřtirmektedir<sup>31</sup>. Her ne kadar, yaralama fiili geręekleřtiren bir saldırgan ile aynı muameleye tabi tutulamayacaklarına dair hekimler tarafından eleştiriler bulunmaktaysa da; hekimin, tıbbi müdahaleyi geręekleřtirme amacı bedensel bütünlüğüne zarar verdiği kişinin sağlığını iyileştirme olsa da; fiil kasten geręekleřtirilmektedir<sup>32</sup>. **Hekimlerin, tıbbi müdahale fiillerine dair TCK bakımından özel bir madde söz konusu olmadığı sürece**; genel hükümler gereğince geręekleřtirilen fiil kasten yaralama suçu bakımından tipik kabul edilecektir.

---

<sup>26</sup> Javad Parvizi/Rajit Chakravarty/Bora Og/Adriana Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”, **Injury, Int. J. Care Injured** 39 (2008), s.651.

<sup>27</sup> Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, s.871.

<sup>28</sup> Golbs, s.35.

<sup>29</sup> şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.327; Ayrıca yazar ilgilinin rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahaleleri belirli ağırlığa ulaşıyorlarsa yaralama suç tipini ve 1219 sayılı kanunun 70.maddesini ihlal ettiğini, önemsiz hareketler bakımından da 1219 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği noktasından hareketle sonuca ulaşmaktadır. şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.330-331, s.327.

<sup>30</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.192.

<sup>31</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.373.

<sup>32</sup> “Hekimin iyileştirme maksadı ile hareket etmesi, hekimler bakımından genel kurallardan sapmamızı gerektirmez.”Bkz. Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.373.

Kasten yaralama olarak ele alınan tıbbi müdahaleler, tedavi ölçüt alınarak zaman içinde Ceza Hukuku bakımından ele alınmıştır<sup>33</sup>. Bir tıbbi müdahalenin tedavi ölçütü olarak, her türlü kişinin bedenine nüfuz eden veya doku hasarına sebep olan fiiller kabul edilebilir<sup>34</sup>. Alm CK m. 223/1 kasten yaralama kapsamında iki şeye işaret etmektedir. İlki fiziksel kötü muameledir ve kişinin fiziksel bütünlüğünün bozulması anlamına gelmektedir. Sağlığa zarar verme ise ikincisidir<sup>35</sup>. Alman doktrininde ise ağırlıklı görüş tıbbi müdahalelerin tipik olmadığına ilişkin olup, yeni bir madde ile söz konusu problemin giderilmesi yönündedir. Fakat Alman uygulaması ve Türk doktrininde tıbbi müdahalelerin kasten yaralama suçu bakımından tipik olduğu kabul edilmektedir<sup>36</sup>. Psikolojik rahatsız etme, örneğin yüksek ses dolayısıyla gürültü yapmak, Alm CK m. 223/1 kapsamına girmemektedir. Çünkü birinde bedensel fiil varken diğerinde bir etki vardır<sup>37</sup>. Tıbbi uygun tıbbi müdahale fiilleri bakımından ise onu gerçekleştirildiği andan itibaren hukuka uygun hale getiren en önemli unsur aydınlatılmış olarak ilgilisi tarafından verilen rızadır.

## **b. Tıbbi Müdahalenin Tipikliğini Reddeden Görüşler**

*Tıbbi Müdahalenin Amacını Esas Alan Görüş'e göre;* Tıbbi müdahale hastayı tedavi etmek amacıyla gerçekleştirildiklerinden, kişilerin sağlığını bozmaz ya da vücutlarına acı vermez<sup>38</sup>. Ayrıca doktrinde, hekimin zarar verme kastı ile hareket etmemesi sebebiyle, suçun manevi unsurunun eksikliği sebebiyle suçun oluşmadığı görüşünde olanlar da vardır. Kaldı ki hekim hastalığı iyileştirme amacı güderek tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmiştir<sup>39</sup>. Bazı yazarlara göre hekim, yükümlüğünü yerine getirmektedir, çünkü hekime bu hakkı devlet vermiştir. Diğer bir görüşe göre de, bu

---

<sup>33</sup> Brinkmann, s.11.

<sup>34</sup> Odenwald, s.85.

<sup>35</sup> Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*<sup>3</sup>, s.268.

<sup>36</sup> Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, s.293-294.

<sup>37</sup> Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil*<sup>3</sup>, s.268.

<sup>38</sup> Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, s.295.

<sup>39</sup> Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s.98.

ahlaksal bir görevdir.Hatta bazı durumlarda bunu zorunluluk hali gereğiyle yaptığı için; fiil tipik değildir<sup>40</sup>.

*Tıbbi Müdahalenin Sonucunu Esas Alan Görüş'e göre;* tıbbi müdahale özünde hastanın vücut bütünlüğüne zarar vermekte ve acı çekmesine yol açmaktadır. Fakat sonucunda, kişinin sağlığında iyileşme mevcut ise yaralama suçu gerçekleşmemiş olur. *Lex Artis Teorisi'ne göre ise;* Tıp kurallarına uygun gerçekleştirilmiş bir tıbbi müdahale, sonucuna bakılmasına gerek olmaksızın tipik olmayacaktır<sup>41</sup>. Tıp fakültesinden mezun olup, tabip odasına kaydolan doktorun tıp mesleğini icra edebilme hakkı doğar. Bu hak kamusal bir hak olup, dayanağı kanundur. Mevzuatımızda da diplomasız (veyahut tıp mesleğini icraya yetkili olmayan) kişilerin tıbbi müdahalede bulunmasını 1219 sayılı kanun madde 25 ve 26 uyarınca hukuka aykırıdır<sup>42</sup>.

Konuya dair doktrinde birçok eleştiri de vardır. Tıbbi müdahalelerin tipikliğini reddeden görüşe göre, hekimlerin fiillerini cezalandırabilmek için yeni suç tipleri ihdas edilmelidir. Hekimin amacının ne olduğunun fiilin tipik olup olmamasıyla bir bağlantısı yoktur<sup>43</sup>. Tıbbi müdahalenin sonucunun da tipiklikle bir ilgisi yoktur. Fiil bir ceza normunu ya ihlal eder ya da etmez. Lex artis teorisini eleştirenler de malpraktis kavramının sınırlarının nasıl çizileceği konusunda endişeler taşımaktadır<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Önder, **Genel Hükümler Cilt II** , s.203-204.

<sup>41</sup> Voll,s.20'den nakleden Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.296-297.

<sup>42</sup> Eşitli, "Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu", s.178; elbette ki zorunluluk hali bakımından TDN madde 3 uyarınca her doktorun acil durumlarda ilk yardımda bulunması gerekir.

<sup>43</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.298.

<sup>44</sup> Tesadüfi bir unsur olan sonuca bağlı olarak ceza sorumluluğu belirlenemez. Ayrıca eleştiriler için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.299.

### III. Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Şartları

#### A. Tıbbi Müdahalenin Uygulayıcısı Bakımından Şartları (Tıbbi Müdahalelere Rızanın Yöneleceği Kişi)

##### 1. Hekimler

Tıbbi tedavide; sağlık profesyonellerine, ilgili girişimi gerçekleştirmek için bizzat hastanın (ya da hukuki menfaat sahibinin) rızasını vermesi gerekir. Rızanın bu işlevi, hekimleri rahatlatmaktadır<sup>45</sup>. İlgilinin rızasının açıklanacağı kişi, tıbbi müdahaleler bakımından öncelikli olarak müdahaleyi gerçekleştirme yetkisine sahip olan hekimdir<sup>46</sup>. Aydınlatmayı tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim yerine getirmelidir<sup>47</sup>, kaldı ki; bir başkasının görevlendirilmesi durumunda da hekimin sorumluluğu ortadan kalkmaz<sup>48</sup>. Çünkü hekim-hasta ilişkisinin temelinde rıza yatar. Ancak hastanın rıza göstermesi ile buna nasıl karar verdiği eşit oranda önemlidir<sup>49</sup>.

Hekimin sorumluluğuna ilişkin ilk metinlere, Roma hukukunda rastlanılmaktadır<sup>50</sup>. Hekimlik mesleğinin icrası, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biridir. Ayrıca 1219 sayılı kanun m. 25 uyarınca hekimin diploması olmak zorundadır. Eğer diploması yoksa, yahut kendisine maddi veya manevi bir menfaati olmasa dahi; tıbbi müdahalede bulunan, tıp diploması olmayan bir kişi cezalandırılır<sup>51</sup>. Tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi önemli bir

---

<sup>45</sup> Maclean, s.69.

<sup>46</sup> Mahmutoglu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, s.55-56.

<sup>47</sup> Hakan Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, C.III, S.2, Y:2006, s.35.

<sup>48</sup> Gerfried Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Çev.Efe Direnisa, **YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, C.III, S.2, Y:2006, s.12.

<sup>49</sup> Maclean, s.72.

<sup>50</sup> Nermin Ersoy, “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, TKlin Tıbbi Etik,1995,1,s.1 (Çevrimiçi), [http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders\\_notlari/n\\_ersoy/aydinlatilmis\\_onam\\_ogretisinin\\_gelisimi.pdf](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf), 22.12.2014 .

<sup>51</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.374.

konudur. Ancak her ne kadar sadece etik bir konu olarak görülse de, Hipokrat Yemini edilmiş olması da önem arz etmektedir. Tarihte; Nazi Almanya'sında malum deneyleri gerçekleştirenler Nazilere yakın görüşteki hekimler olmuştur. Özellikle hekimlerin, o dönemde bu insanlık dışı deneyleri gerçekleştirmeye zorlandıklarına dair deliller de pek bulunmamaktadır. Hatta doktrinde bir görüşe göre; o dönemde hekimler tarafından fırsat olarak görülerek bu müdahaleler gerçekleştirilmiştir<sup>52</sup>. Örneğin tutukluların zehirli maddelere verdikleri tepkiler hekimler tarafından insanlık dışı deneyler ile ölçülmüştür<sup>53</sup>.

Öte yandan ciddi ameliyatlardaki aydınlatmayı, mutlaka ameliyatı gerçekleştirecek olan hekim yerine getirmelidir<sup>54</sup>. Uygulamada hekim tarafından gerçekleştirilecek olan tıbbi müdahalelerde; diğer sağlık personellerinin, özellikle hemşirelerin gerçekleştirdiği aydınlatma sonrasında hastaların rızalarının alındığı görülmektedir. Ancak bu gibi durumlar doktrinde kabul görmemektedir<sup>55</sup>. Ayrıca bir mahkeme kararında, başhekimin aydınlatma görevini bir başka hekime devrettiği olayda muhakkak kontrolünün de yerine getirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>56</sup>. Ancak yardımcı personelin "*çoğun içinde azın da bulunması*" ilkesi uyarınca, kendi alanlarına giren konularda hekime aydınlatma konusunda yardımda bulunabileceği de doktrinde savunulmaktadır<sup>57</sup>.

Rıza; hastanın rıza açıklaması veya esirgemesi ile ilgilidir ve devam eden hasta-hekim ilişkisinin bir parçası olarak yapılır<sup>58</sup>. Hekim, ayrıca açıkladıklarının

---

<sup>52</sup> Tacir,s.20.

<sup>53</sup> Paul Julian Weindling, "Nazi Medicine and the Nuremberg Trials: From Medical War Crimesto Informed Consent", **British Medical Journal**, Vol.331 No:7572 (2005) s.408'den Aktaran Tacir, s.19.

<sup>54</sup> Hakeri, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", s.35.

<sup>55</sup> Zafer Zeytin, "Die arztliche Aufklärungspflicht nach dem türkischen Recht", **Festschrift für Laufs**, Berlin Heidelberg, 2006'dan aktaran Hakeri, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", s.36.

<sup>56</sup> BGH, 07.11.2006 VI ZR 206/05 Pressemitteilung des BGH aktaran Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",s.15.

<sup>57</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü",s.15.

<sup>58</sup> Maclean,s.111.

anlaşıp anlaşılmadığını denetiminden de sorumludur<sup>59</sup>. Kişilere tıbbi jargon ile bir takım bilgiler verilmesi, sadece 6 yılını tıp lisans eğitimi ile geçirmiş kişilerce anlaşılabilir. Kanaatimizce hekimin, hastanın anlayabileceği şekilde açıklamalarda bulunması esastır.

Tıbbi müdahalenin uzmanlık gerektirdiği durumlarda, acil ve zorunlu haller dışında, aydınlatmanın, muhakkak yetkili uzman hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Hatta ilgili hangi hekimi seçmiş ve ona rıza açıklamış ise; o kişinin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesi gerekir. Doktrinde uzmanlık gerektiren konularda özellikle hekimlerin uzmanlığı ile sınırlı aydınlatma yapabileceği de vurgulanmaktadır<sup>60</sup>.

Hekimlik mesleğini hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi ile yerine getiren hekim, (varsayılan rıza, hipotetik rıza, izin verilen risk, katlanma yükümlülüğü gibi hukuka uygunluk sebepleri bulunmuyorsa) ilgilinin rızasının alınmaması durumunda, hukuka uygun hareket etmiş sayılmayacaktır<sup>61</sup>.

Zaman içerisinde uzmanlık gerektiren hekim faaliyetlerinin alanı daha genişledikçe; tıbbi müdahale, ilgili uzman hekim tarafından gerçekleştirilmek zorunda olacaktır. Örneğin Almanya’da kanun koyucu; uzun süreli tartışmalardan sonra, eşit haklara sahip iki yeni akademik uzmanlık alanını da tıbbi psikoterapist ile eşit tutmaya başlamıştır: Psikoterapi Uzmanları ve çocuk ve ergen psikoterapistleri, zamanla diğer ülkelerde de, muhtemelen mesleki ve oda yasaları ile tıp uzmanlık dalları arasına dahil edecektir. Bundan sonra, odalar bu meslekler için kurulacak profesyonel ve ileri eğitim kursları düzenleyecektir. Hatta tıbbi bakım sistemi içine

---

<sup>59</sup> Aykın/Çınarlı,s.295.

<sup>60</sup> Fatih Yavuz, “Malpraktis- Komplikasyon Ayrımı”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.104 ‘den aktaran Işıl Güney Tunalı, **Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s.74.

<sup>61</sup> Emekli bir hekimin tedavisi, hemşirelerin ve hastalar tarafından daima kabul gören diğer doktor olmayan kişilerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale ile aynı itibardadır. Kusch, “In Würde sterben - nur im Ausland?”, s.439.

de, entegre edilmiştir<sup>62</sup>. Bu yeni uzmanlık alanlarında da aydınlatma, ilgili uzman tarafından gerçekleştirilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; Sağlık Bakanlığı tarafından açılan kurs sonucunda eğitim belgesi sahip olan hekimler, kadın doğum uzmanı olmasalar da, on haftadan az gebelikleri sonlandırma hakkında sahiptirler. Ancak bunun için sadece menstruel regülasyon yöntemi uygulanabilecek ve belirlenen kamuya ait tedavi kurumlarında bu faaliyet gerçekleştirilebilecektir<sup>63</sup>. Bu kişilerce gerçekleştirilecek aydınlatma da hukuken geçerli bir aydınlatmadır.

Eğer uzman hekim (zorunluluk hali saklı tutulmak kaydıyla); uzman olmadığı bir alan dışında cerrahi müdahalede bulunursa, bu durum özen yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce hekim, uzmanlık alanı dışında uzmanlık gerektiren cerrahi müdahaleleri gerçekleştirmemelidir. Çünkü tıbbi müdahale, ancak yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilebilir<sup>64</sup>.

Hekimlik faaliyetini gerçekleştirmeye uygun özelliklere sahip olmayan; yahut özellikli tıbbi müdahalelerde, ilgili tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye *yetkin bir uzmanlığa sahip olmayan hekimin* gerçekleştireceği tıbbi müdahale de hukuka aykırı olacaktır<sup>65</sup>. Tıbbi müdahalede bulunacak olan kimsenin buna hukuken yetkili olması gerekir. Eğer bir kimse yetkisi olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunuyorsa, bu hukuka aykırılık teşkil edecektir<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1760.

<sup>63</sup> Tunali, s.74; RTSHYDİT m. 3/2-3; “*Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınınca 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.*”

<sup>64</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.324.

<sup>65</sup> Belgesay,s.69; Corpus Juris Secundum’da da bulunduğu üzere; bir hekimin uzman olması durumunda ondan beklenen bilgi ve beceri, pratisyen hekimden daha fazladır. Ayrıca bilgi derecesi ve konusunda daha fazla bilimsel bilgiye sahip olması gerekmektedir. 70 C.J.S. Physicians and Surgeons § 41 (1951) aktaran Bkz. Charles Kramer/Daniel Kramer, **Medical Malpractice**, 5th Edition, Practising Law Institute, New York, 1983, s.13 dip not 22.

<sup>66</sup> 1219 sayılı kanun m.3, m. 29-30, m. 47, m. 68.

*Uzman Olma Şartı Aranmayan Tıbbi Müdahaleler* bakımından ise durum şöyledir: Pratisyen hekimler de tıbbi müdahalede bulunma hakkına sahiptirler. Zorunluluk hali bakımından değerlendirildiğinde zaten bir problem mevcut değildir<sup>67</sup>. Ancak uzman olma şartı aranmayan tıbbi müdahaleler bakımından bunu pratisyen hekimin gerçekleştireceğini hasta bilmelidir. Buna dair bir itirazı olmaksızın rıza açıklamış ise; ancak bu durumda tıbbi müdahaleye rıza hukuka uygun olabilir. Aksi halde irade fesadı halleri gündeme gelebilir.

## 2. Sağlık Mesleği Mensupları

1219 sayılı kanunda hekimlerin dışındaki kişilerin de tıbbi müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu kişilere tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi, kanunlar tarafından verilmiştir. Ancak hekimlere göre, daha önemsiz tıbbi müdahaleleri gerçekleştireceklerdir<sup>68</sup>.

Hekimlerin dışındaki sağlık görevlileri (*Sağlık Mesleği Mensupları*), kendilerine yetki veren kanunlar kapsamında tıbbi müdahalede bulunacaklardır<sup>69</sup>. Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliği ve Eki Cetvellerin Değiştirilmesine Dair Yönetmelik<sup>70</sup> 'te sağlık hizmetleri kapsamında yer alan kişiler belirtilmiştir. Kanaatimizce sağlık mesleği mensubu kavramı kanunlarda belirtildiği ayrıma göre ele alınmak zorundadır. Tıbbi müdahale gerçekleştirilebilmesi için, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi anayasal haklara müdahale edebilecek kişiler ancak kanunla belirlenebilir. 1219 sayılı kanun ek 13. madde<sup>71</sup> uyarınca; hekim ve dış hekimlerinin yetkilerinin kullanımı, sağlık mensubu

---

<sup>67</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.324.

<sup>68</sup> Funda Işık Özcan: **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.88.

<sup>69</sup> Sevük, s.227; Doktrinde de sağlık mesleği mensubu kavramına kimlerin dahil olacağı konusunda görüşler mevcuttur. Hızal'a göre bu kapsama tıbbi sekreter dahil iken, Gökcan dahil olmadığı düşüncesindedir. Bkz Aslan Hızal, "Türk Ceza Kanunun'da Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 5, S.13, Ağustos 2010, s.127vd.;Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.73.

<sup>70</sup> RG 12.12.1995 tarihli 22491 sayılı yönetmelik.

<sup>71</sup> 6225 sayılı kanun madde 9.

dahi olsalar, diğer kişilere yasaklanmıştır. Hatta hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Bu sebeplerle; ilgiliye yönelik olarak aydınlatma işlemini gerçekleştirecek olan kişiler; hekim veya dış hekimleridir. Bu kişiler dışındaki sağlık mesleği mensuplarının teşhis veya tedavi süreçlerinde yetkisiz oldukları kanunla belirtildiğinden, teşhis veya tedavi aydınlatması yapabilmeleri de mümkün gözükmemektedir. Böylelikle ek 13. Madde sonrasında, bu kişilerin yaptığı aydınlatma sonucunda açılan rıza da hukuka aykırı olacaktır. Hekim ve dış hekimi dışındaki sağlık mesleği mensupları, ancak kendilerine kanunla tanınan yetkiler çerçevesinde tıbbi müdahaleye katılabileceklerdir.

Ebeler; 1219 sayılı kanununun 51. Maddesi uyarınca, hekimlere yardım eden kişilerdendir. Örneğin normal doğum yaptırma, loğusa kanamasının takibi, plesantanın düşüp düşmediği gibi kadınlar açısından hayatsal kontrolleri; yeni doğanlar bakımından ise ilk fiziksel muayene ve göbek bağının kesilmesi gibi ve hatta hemşirelerin görevleri de, ebeler tarafından gerçekleştirilmektedir<sup>72</sup>. Hekimler gibi; kanunen bazı tıbbi müdahaleleri yapabilme yetkisi tanınan ebeler bakımından da, ilgililerin rızası olmaksızın bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi mümkün değildir<sup>73</sup>. Öte yandan 1992’de Amerikan Hemşireler Birliği; aydınlatılmış seçim yapılmasının, hemşirelerin sorumluluğunda olduğunu açıklamıştır<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 133.

<sup>73</sup> Aynı görüşte bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Kitabevi, 2.baskı, Ankara, 2014, s.77; Ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, “Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III**,2010, s.490-512; Ebelerin görev tanımları RG 22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikle belirlenmiştir. Ayrıca Tıp Tarihi bakımından Nazi Almanyası’ndaki ebelere yönelik çalışma için bkz. Julia Schwarzenberger, **Hebammen im Nationalsozialismus**, 1.Auflage, Linz, Trauner Druck, 2008 ve yazarın aktardığına göre, ebelerin Nazi Almanyası’nda da korkunç takdir yetkileri vardı. Öte yandan idari yahut ceza soruşturmalarından korkuları olmadıkları için bu yetkilerini rahatlıkla kötüye kullanmışlardır. Bkz.Schwarzenberger, s.85.

<sup>74</sup> Betty Pierce Dennis, “The Origin and Nature of Informed Consent: Experiences Among Vulnerable Groups”, **J Prof Nurs.** 1999 Sep-Oct;15(5):281-287. s.283

### 3. Diğer Kişiler

*Hekim olmayan kişilerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale fiilleri*, 1219 sayılı kanunun 25. maddesi bakımından değerlendirilmelidir. Ancak bu durumda da muhakkak endikasyon şartı, ilgilinin rızası ve özen yükümlüğüne uygun hareket etme şartları aranmaya devam edilecektir. Diğer kişilerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelere örnek olarak; hekime ulaşılamayan haller, önemsiz derecede kabul edilen tıbbi müdahaleler<sup>75</sup> ve kanaatimizce acil durumlarda zorunluluk halinin gündeme gelebileceği durumlar verilebilir<sup>76</sup>.

*Yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale* bakımından ilgilinin rızasının hukuken etkisi esasında bulunmamaktadır. TCK m. 25/2 uyarınca, somut olayda zorunluluk halinin bulunması durumunda; fiil suç teşkil etmeyecektir. Doktrinde zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden yazarlara göre, bu durumda zorunluluk hali sebebiyle hukuka uygun bir fiil vardır<sup>77</sup>; ancak yasal düzenlemeye göre zorunluluk hali durumunda fiil hukuka uygun olarak kabul edilmemektedir. CMK m.223/3'te zorunluluk hali durumlarında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca BK m.52/2'de zorunluluk hali sebebiyle yaptırım öngörülmüştür. Hukuka uygunluk sebepleri bütün hukuk düzeni açısından, fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Sonucunda kişiye, gerçekleştirdiği fiili sebebiyle özel hukukta bir yaptırım öngörülmez<sup>78</sup>. Bu nedenle kanaatimizce de zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, zorunluluk halinin şartları söz konusu ise; faile ceza verilmeyecektir. Yargıtay'a göre de; yetkisiz kişilerin uyguladığı tıbbi müdahalede, eğer rıza söz konusu ise, bunu rıza açıklayan hasta herhangi bir zarara uğramadıysa fiili hukuka uygun kabul etmektedir. Esasında bu bakış açısı ile,

---

<sup>75</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.376.

<sup>76</sup> Buna yönelik olarak detaylı açıklamalarımızı bir sonraki başlıkta inceleyeceğimizden burada detaylandırmamaktayız.

<sup>77</sup> Hasan Tahsin Gökcan, "Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları", **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.114.

<sup>78</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.340-341.

Yargıtay'ın tıbbi müdahalelerinin hukuka uygunluğu açısından rıza şartını temel ettiği ve tıbbi müdahalenin sonucuna göre değerlendirme yaptığı; eğer olumsuz sonuç varsa, buna göre taksirli yahut kasten yaralama suçunun oluştuğuna karar verdiği görülmektedir<sup>79</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, hekim olmayan kişilerin tıbbi müdahalede bulunmaları yaralama suçunu oluşturacaktır<sup>80</sup>. Ancak başka bir görüş; sağlık çalışanı olmayan kişilerin de tıbbi müdahalede bulunabilecekleri savunulmaktadır. Örneğin İlk Yardımda bulunmayı da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir<sup>81</sup>. Öte yandan reçete verilmeksizin alınan ilaçlar ile kişilere müdahalede bulunulmasının da, tıbbi müdahale olarak değerlendirileceği kanaatindeyiz.

## **B. Tıbbi Müdahalenin Amacı Bakımından Şartları**

### **1. Genel Olarak**

Günümüzde etik açıdan, hastanın özerkliğinin gerçekleştirilmesi hastanın iyileşmesini sağlamaktan daha önemli hale gelmiştir<sup>82</sup>. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için; rıza, aydınlatma ve endikasyon gerekir<sup>83</sup>.

### **2. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde Düzenlenen Şartlar**

#### **a. Teşhis Amacıyla**

Kişinin hastalığının olup olmadığı yahut var olan sağlığın kötü seyrinin nedeninin ne olduğunun tespit edilebilmesi teşhis olarak değerlendirilebilir. Teşhisin yapılabilmesi için kişiden öncelikle anamnez (hastalığın tıbbi öyküsü) alınmalıdır.

---

<sup>79</sup> Y2CD, 28.10.1997 tarih, 14497/14192 sayılı kararı aktaran Gökcan, “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”, s.114-115 dip not 4.

<sup>80</sup> Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006,s.128.

<sup>81</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.96.

<sup>82</sup> Yener Ünver, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011,s.90.

<sup>83</sup> Brinkmann, s.11-12.

Sonrasında kan örnekleri, biyopsi, hastanın muayenesi gibi tıbbi işlemler yapılmaktadır<sup>84</sup>. Bu girişimler için mutlaka bir hastalık bulunmasına gerek yoktur. Hastalık araştırıldığı için yapılan işlemler teşhis olarak kabul edilecektir<sup>85</sup>.

## **b. Tedavi Amacıyla**

Tedavinin tanımı, geniş anlamda değerlendirilmelidir. Elbette; tıp biliminin ulaştığı standartlara uygun hareket etmelidir. Esasında belirtmek gerekir ki, hekimin tedavi özgürlüğü vardır, ancak etkin bir tedaviyi uygulaması gerekmektedir<sup>86</sup>. Tedavi bakımından karar verme hakkı hastaya aittir. Hekim, dürüst sınırlar içerisinde kalarak, ancak hastanın aydınlatılmış rızası varsa fiilde bulunabilir. Aksi halde kasten yaralama suçu yahut aydınlatılmış onam eksikliği sebebiyle sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>87</sup>.

## **c. Hastalıktan Korunmak Amacıyla ve Diğer Sebepler**

Tıbbi zorunlulukların yani tıbbi endikasyonun olduğu durumlar dışında, NPHK uyarınca da gebeliğin sonlandırılması mümkündür. Nüfus planlaması amacı da, sosyal endikasyon olarak değerlendirilebilir ve buna dayanılarak gebelik sonlandırılabilir. On haftaya kadar olan gebeliklerde, tıbbi endikasyonun varlığı şart değildir. Sosyal endikasyon yada yasal endikasyon olarak nitelendirebileceğimiz nüfus planlaması amacıyla da; gebelik, gebe kadının rızası ile sonlandırılabilir. Tedavi amacı olmasa dahi, kişilere gebeliği önleyici ilaçların verilmesi de bu kanun kapsamında değerlendirilmelidir<sup>88</sup>. Kamu sağlığının korunması, kişi otonomisinin

---

<sup>84</sup> Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**,s.28-29; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s.18.

<sup>85</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**,s.36; Sevgi Akbenlioğlu, **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Kadir Has Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.32.

<sup>86</sup> Akbenlioğlu,s.32,33,37.

<sup>87</sup> Werthmann, s.182.

<sup>88</sup> Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**,s.33.

önüne geçen üstün bir hak<sup>89</sup>. NPHK m.2/1, NPHK m.4/1, NPHK m. 5 ve 6 oldukça önemlidir. Bu maddeler uyarınca gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hukuka uygun sayılacaktır<sup>90</sup>. Çünkü ilgilinin rızası yokluğunda bir tıbbi müdahalenin gerçekleşebilmesi için, her şeyden önce üstün kamusal menfaatin varlığı ve bunun Anayasa 17/2 uyarınca kanuni temeli olması gerekmektedir<sup>91</sup>. Çünkü ilgilinin rızası, tıbbi müdahaleler bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilir<sup>92</sup>.

Kişi otonomisinin kamusal menfaatlerle sınırlandırıldığı hallere; TCK m.227/8 uyarınca fuhşa sürüklenen kimsenin tedavisi, CMK m. 75 ve 76/1'deki beden muayenesi, CGTİHK m. 82/3 diğer kişilerin korunması için infaz kurumundaki kişinin zorla tedavisi, UHK m. 72 uyarınca salgın hastalığa karşı aşı<sup>93</sup> veya toplumdaki bireylerin sağlığına yönelik tehditlerin önlenmesi için gerçekleştirilen aşılama örnek olarak verilebilir<sup>94</sup>.

Bununla beraber *Zorunlu aşı* konusu, Biyo-tıp sözleşmesi m.6/2, ÇKK m.5/1 uyarınca da değerlendirilmelidir. Zorunlu aşı yapılan durumlarda; toplum sağlığının, bireysel taleplerden önceliklidir<sup>95</sup>. Devlet, vatandaşlarının genel sağlığını korumakla yükümlüdür. Bu da çalışmamızda yeri geldiğinde bahsettiğimiz uluslar arası metinlerde de düzenlenmiştir. Örneğin çocukluk dönemi bulaşıcı hastalıklara dair aşılamanın olmaması sebebiyle, yetişkin bireylerde öldürücü etkileri olan hastalıkların önlenmesi bakımından; aşılama faaliyetleri, hem önemli hem de uzun

---

<sup>89</sup> Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s.53; Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*,s.173; Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s.146.

<sup>90</sup> Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s.37-38.

<sup>91</sup> Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s.173.

<sup>92</sup> Brinkmann,s.13.

<sup>93</sup> Örnekler için bkz. Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza*, s. 325-326.

<sup>94</sup> Özcan, *Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam*,s.32.

<sup>95</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından 26.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2014/4077, 29.06.2016 tarihli Muhammed Ali Bayram başvurusuna ilişkin ilamında; bebeğin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının zorunlu aşı uygulanması bakımından ihlal edildiğine, zorunlu topuk kanı uygulaması bakımından ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Konuya dair Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara da katılmadığımızı yineliyoruz.

dönem toplumsal hafızanın bir ürünü olduğu unutulmamalıdır. Eğer zorunlu aşı hukuka aykırı ise; AIDS’li bireylerin de tedaviye zorlanmaması yahut cinsel yolla bulaşan hastalıklar bakımından da koruyucu tedbirlere başvurulmaması gerekmektedir. Oysa ki; uygulamada bu kişilerin adeta fişlendikleri görülmektedir. Kişinin kendi geleceğini tayin hakkı, elbette bu kişiler bakımından da geçerlidir. Aksi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu uygulamalardan vazgeçmeyecek olan bir toplumda, çocukların geneli ve hatta yetişkin bireyler bakımından dahi tehlike arz eden, bu hastalıkları önlemek için yapılan aşı uygulaması hususunda verilen kararı anlayabilmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü bulaşıcı hastalıkların toplumun genelini tehdit ettiği durumlarda, ücretsiz aşı uygulamaları ile, birçok çocuk erken yaşta aşılanmakta ve ciddi sağlık sorunları önlenmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre; 1593 sayılı kanunda yer alanlar dışında zorunlu aşı yapılamayacaktır<sup>96</sup>. Ancak UNİCEF ‘in sitesinde aşuya ilişkin çarpıcı bir veri bulunmaktadır: *“Geçmişte, sağlık çalışanları bağışıklama oranlarını arttırmak için ülke genelinde aşı kampanyaları düzenlemişlerdir. Örneğin, başarılı bir dizi Ulusal Aşı Günleri, Türkiye’nin Haziran 2002’de çocuk felcinden arınmış bir ülke olarak onaylanmasına öncülük etmiştir. Dünya genelinde engellenebilir çocuk ölümlerinin başlıca nedeni olan kızamıkla mücadelede de önemli ilerlemeler kaydedilmiş, 2003 yılından bu yana çocukların %83’ü bu hastalığa karşı bağışıklanmıştır.”*<sup>97</sup> Bu verilerin günümüzde ülkemizde göç etmek zorunda kalan ülkelerden gelen çocuklar göz önüne alındığında değiştiği kanaatindeyiz. Çünkü ülkemizde son zamanlarda uygulamada oturmuş aşı takvimi de değişikliğe uğramış, uzun zamandır görülmeyen bazı çocuk hastalıklarına rastlanır olmuştur. Çocukları koruma yükümlülüğü, ÇHS, ÇKK hükümleri uyarınca önceliklidir; ebeveynin düşüncesi çocuğun üstün yararından daha üstün tutulamaz. Buna ilişkin yasal dayanaklar, sadece Biyo-tıp

---

<sup>96</sup> Hakan Hakeri, **Ülkemizde Zorla Aşı Yapılabilir mi?** (Çevrimiçi), <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-ulkemizde-zorla-asi-yapilabilir-mi-72-64-3571.html> , 19.09.2016 .

<sup>97</sup> Önce Çocuklar: Bağışıklama (Çevrimiçi), [http://www.unicef.org/turkey/dn\\_2006/\\_mc33.html](http://www.unicef.org/turkey/dn_2006/_mc33.html) , 19.09.2016 .

sözleşmesi değildir. Çocukların; AY uyarınca da, öncelikli olarak korunması gerekmektedir. Bu nedenlerle; ebeveynin bireysel anlamda söz sahibi dahi olmadığı bir alana dair tartışmaları, hukuku geliştirici ancak uygulamayı yanlış yönlendirebileceği gerekçeleriyle eleştirmektediriz. Kanaatimizce; herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın, ÇHS, AY ve ÇKK tek başına çocukların korunması için gereklidir. Ayrıca söz konusu olan tek bir çocuğun değil, toplumdaki bütün çocukların sağlığıdır. Bu nedenle ebeveynlerin veya yasal temsilcilerin rıza göstermemeleri açıkça hukuka aykırıdır. Aşı yapmakla görevli olan sağlık görevlileri de hakkın icrası kapsamında görevlerini sürdürmek zorundadırlar. Eğer çocuğun ailesinin rıza göstermemesi gerekçesiyle zorunlu aşılarının yapılmaması durumunda, çocuk hastalanmış yahut hayatını kaybetmiş ise, ebeveynlerin ve aşılamaı gerçekleştirmeyen sağlık görevlilerinin garantör olduklarını da göz önünde bulundurarak ve kasten gerçekleştirilen bir ihmal söz konusuysa TCK m.88 yahut 83'den dolayı ceza sorumluluklarının tartışılacağını da vurgulamak isteriz. Bu nedenle; kanaatimizce, zorunlu aşı konusunda çocuğun yüksek yararı uyarınca ebeveynin red hakkı göstermesine hukuken itibar edilmemelidir. Ayrıca Yargıtay konuya dair bir kararında, *“ana ve babanın haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir”*<sup>98</sup> ve *“Aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığı”*<sup>99</sup> gerekçeleriyle, aşının toplumsal yararına da vurgu yaptığını eklemek istiyoruz.

Aşıların güvenli olmadığına dair yorumlar bulunmaktadır. Güvenli olan aşığı temin etmek ve denetlemek de devletin sorumluluğundadır. Eğer çocukları hasta

---

<sup>98</sup> Y2HD, 04.05.2015 tarih 2014/22/611E-2015/9162Kr sayılı ilamını aktaran Aykut Cemil Aykın/Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**,1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016,s.189-190.

<sup>99</sup> Y2HD, 04.05.2015 tarih 2014/22/611E-2015/9162Kr sayılı ilamını aktaran Aykın/Çınarlı,s.189-190.

edebilecek aşılar ülkemizde kullanılabilir ve denetim yapılmıyor ise; yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi insan hakları bakımından; devletin, hem ulusal hem de uluslararası alanlarda yasal sorumluluğu doğacaktır. Elbette ki; sorumlu kişilere devletin rücu hakkı mevcuttur. Bu nedenlerle; zorunlu aşının gerçekleştirilmediği durumların, ihmal suretiyle icraen yaralama yahut öldürme fiilleri bakımından değerlendirilmesi kanaatindeyiz.

Öte yandan aşının henüz deney aşamasında olmasının, rızanın alınma sürecini değiştireceği tartışmasızdır. Bu durumda gerekli şartlar mevcut değilse, insan üzerinde deney ve deneme suçunun oluşabileceği de göz ardı edilmemelidir.

## **C. Tıbbi Müdahalenin Sınırları Bakımından Rıza Açıklaması**

### **1. Genel Olarak**

İlgilinin rızası kavramı, tıbbi müdahalenin sınırı bakımından da sonuç doğurmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, ilgilinin rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin, neleri kapsadığının rızayı göstermeye ehil kişi tarafından iyi bilinmesi gerekmektedir.

Uygulamada hastaların açıkladıkları rızaya yönelik olarak bazı sorunlar göze çarpmaktadır. Bazen ilgili, tıbbi müdahaleye rızasını belirtmiş olabilir. Fakat müdahale, tıp biliminin prensip ve kaidelerine uygun olmayabilir. Bir başka durumda ise, tıp biliminin prensip ve kaidelerine uygun gerçekleştirilen rızaya dayalı bir müdahale vardır. Fakat ortada bu müdahalenin gerçekleştirilmesi için bir gereklilik yoktur. Bazı durumlarda ise ortada bir teşhis vardır. Fakat uygulanacak tedavi açısından ilgili aldatılmış da olabilir.

Tıbbi müdahalenin sınırları bakımından da şartları vardır. Bu şartların yokluğu durumunda ise; ilgilinin rızasının gerçek anlamda aydınlatılmış olması kabul edilemeyeceği gibi; ayrıca kişinin göstereceği rıza da esasında gerçekleşmemesi

gereken bir tıbbi müdahaleye yönelik açıklandığı için geçerli addedilmez. Öte yandan tıbbi müdahaleler; tıbbi endikasyon olsa ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yerine getirilse dahi, kasten yaralama suçu oluşacaktır. Bu nedenle, hastanın rızasıyla bu fiillerin hukuka uygun hale gelmesi gerekir<sup>100</sup>.

Kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında; uygulanacak olan müdahalenin sınırları bakımından kişinin aydınlatılmış olması durumlarında, hukuki menfaat taşıyıcısının açıklayacağı rıza geçerli sayılacaktır.

## 2. Tıp Biliminin Prensipler ve Kaidelerine Uygun Olma

Özünde bütün tıbbi müdahaleler sonuçları bakımından hastadan hastaya değişiklik gösterebilecek yapıdadır. Çünkü her organizma, nevi şahsına münhasırdır. Ve bütün tıbbi müdahaleler, bir nevi deney sayılabilir. İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri ile tıbbi müdahalenin ayırımı sağlayan önemli kıstaslardan birisi tıp biliminin prensiplerine uygun şekilde icra edilmesidir<sup>101</sup>. Hekimler; sadece hastanın rıza göstermesinden ötürü değil, aynı zamanda mesleklerini icra ettikleri için de fiillerine ceza verilmemektedir. Tıp kuralları bakımından geçerli bir tedavi ancak hukuka uygun sayılabilir<sup>102</sup>. Tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda, ister başarılı sonuçlanmış ister bedensel zarar ile sonuçlanmış tıbbi müdahaleler arasında fark yoktur<sup>103</sup>. Hekimin hastayı aydınlatmaması da bir meslek kusuru teşkil edecektir. Çünkü legeartis kapsamında, hekim bununla yükümlüdür<sup>104</sup>.

Hekimin, tıbbi standarda göre tıbbi müdahale yapması gerekir. Ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda; hangi imkana sahip ise, hekimin o şekilde tıbbi

---

<sup>100</sup> Krey/Esser, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 667.

<sup>101</sup> Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, s.159.

<sup>102</sup> Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.557.

<sup>103</sup> Maurach, BT<sup>5</sup>, §8 II.

<sup>104</sup> Brinkmann, s.20-21.

müdahaleyi yürütmesi gerekir<sup>105</sup>. Eğer mevcut olan güncel tıbbin seviyesinde bir tedavi uygulamıyorsa, hekim tıbbi hatasından –doktrinde malpraktis olarak adlandırılır- sorumlu olacaktır<sup>106</sup>. Tıbbi standart göz ardı edilerek gerçekleştirilen tıbbi müdahale; esasında kasten yaralama ile hekimin özensizliği bakımından melez bir uygulama teşkil eder<sup>107</sup>. Tıp biliminin Prensipl ve Kaidelerine uygun olmayan bir uygulamanın yapılması, yahut uygun olan bir uygulamanın yapılmaması durumunda ayrıca özellikle özel hukukta kendini gösteren bir kavram olan hekimin “*meslek kusuru*” (kunstfehler) karşımıza çıkacaktır<sup>108</sup>.

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği tarihte ulaşılan tıp bilimi seviyesine uygunluk şartı gerçekleşmiş ise, müdahalenin sağlık veya yaşam bakımından ciddi riskler barındırmasına rağmen, onun hukuka uygun sayılmasını engellemediği görüşleri doktrinde mevcuttur<sup>109</sup>. Kanaatimizce, hekimlik mesleği icra edilirken ilk akla gelen kural “*önce zarar vermeyeceksin*”dir. Bu kadar eski bir etik ilkeye göre göre aykırılık, tıp biliminin vardığı seviyeye uygun bir müdahale olsa dahi, ilgilinin salt tıbbi müdahaleye yönelik rızası varsa (İnsan üzerinde deney ve deneme bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerektiği açık olmakla beraber), hukuka uygun sayılmamalıdır. Ayrıca tıbbi müdahale, ahlak ve adaba aykırı olmamalıdır<sup>110</sup>. Tıp Etiği bakımından ahlak ve adaba aykırılık kavramları, sübjektif kavramlar değildir. Toplumun geneli bakımından değerlendirme yapılmalıdır<sup>111</sup>.

Tıp bilimi gibi, her gün gelişmekte olan bir bilim dalının hukuk kuralları kadar kesin olması beklenemez. Elbette ki; hekimlerin aynı hastalık için

---

<sup>105</sup> Yener Ünver, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011,s.89.

<sup>106</sup> Gökcan, “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”,s.115-116; Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**,s.34.

<sup>107</sup> Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**,s.16.

<sup>108</sup> İlk çıkışı bilinmemekle birlikte 1532 tarihli Constitutio Criminalis Carolina’nın 134.maddesinde “*unkunst*” yani “sanatta yetersizlik, sanat dışı” kavramından dolayı ilk kez yer aldığı düşünülmektedir. Tarihçe için bakınız. Ayan,s.104-105 .

<sup>109</sup> Sevük, s.228.

<sup>110</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 560.

<sup>111</sup> Taneri, **Hasta Hakları**,s.180,184.

uygulayabilecekleri tıbbi müdahale çeşitleri, günümüz tıbbi gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde fazladır. Fakat bu konuda ölçütlerden ilki *sürekli uygulanabilirlik kıstasıdır*. Meslek kusurunun oluştuğunun varsayılabilmesi için, tıp bilimi tarafından kabul görülen bir kurala aykırı hareket edilmesi gerekir<sup>112</sup>. Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken, tıp biliminin ulaştığı seviyeyi dikkate alarak bunu gerçekleştirmesi gerekir. Eğer bilinen bir metot değilse, o zaman TCK m.90/4'te düzenlenen insan üzerinde denemenin şartlarının oluşup oluşmadığına bakılması gerekir. Bu şartlar varsa ancak bilinen klasik tedavi yöntemleri dışında bir tıbbi müdahale hukuka uygun addedilebilir. Tıp biliminin güncel seviyesinin gerisinde kalan bir tıbbi müdahale, ilgilinin rızası olsa dahi hukuka aykırıdır<sup>113</sup>.

Meslek kusurunun tespitinde dikkate alacağımız ikinci kıstas ise *“ortalama bir hekimin aynı hal ve şartlarda nasıl davranması gerektiği”*dir<sup>114</sup>. Ülkemizde hekimlerin diplomaları, Sağlık Bakanlığı'na tasdik edilmektedir. Söz konusu uygulamayı, ilgili bakanlığın, diplomaları tasdik olunan hekimlerin Tıp biliminin ulaştığı seviyeye sahip olduklarına dair güvence verilmesi olarak düşünen yazarlar da mevcuttur<sup>115</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus; hekimin tıp biliminin verilerine uygun davranması durumunda, hastaya rızası ile uygulayacağı tıbbi müdahalenin başarısızlığından dolayı sorumlu tutulamayacağıdır. Çünkü meydana gelen her zarardan, kusuru olmayan hekimi sorumlu tutmak, mesleği katlanılmaz hale getirecektir. Fakat ağır kusurlarda da sorumsuz olmaları kabul edilemez<sup>116</sup>.

### **3. Gerekli Olma (Endikasyon)**

Uygulanacak olan tıbbi müdahalenin gerekli olmasına endikasyon denilmektedir. Endikasyon esasında AY m. 17/2 uyarınca tıbbi müdahaleler için

---

<sup>112</sup> Ayan,s. 106-107.

<sup>113</sup> Sevik, s.227-228.

<sup>114</sup> Ayan,s.109.

<sup>115</sup> Sarıtaş, s.111.

<sup>116</sup> Belgesay, s.12,15.

öngörölmüş anayasal bir şarttır<sup>117</sup>. TDN m.13/3; “Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bendeni mukavemetini azaltacak her hangi bir Şey yapamaz.”<sup>118</sup> ve HHY m.12; “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir Şey yapılamaz ve talep de edilemez.”<sup>119</sup> hükümlerini içermektedir. Bu düzenlemeleri değerlendirdiğimizde endikasyon tanımının sadece tedaviyi değil, tedavi öncesinde ve sonrasındaki tıbbi müdahaleleri de kapsadığını görmekteyiz<sup>120</sup>. Endikasyon, esasında gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin gerekçesidir. Tedavi öncesinde esasında ana tedaviye dahil kabul edilen müdahalelerde de (örneğin bir cerrahi girişim öncesinde yapılan sedasyon işlemleri, ardından hastaya kas gevşetici verilmesi, hastanın entübe edilmesi gibi müdahaleler; sadece teşhise yönelik olarak biyopsi yapılması, idrar tahlili gibi) endikasyon şartı bulunmalıdır<sup>121</sup>. Tıbbi endikasyon; hastanın hastalığını, fiziksel ya da duygusal sıkıntıyı hafifletmek ya da iyileştirmek için gerekli olan tedavilerde hemen belirgindir<sup>122</sup>.

Peki endikasyon şartının gerçekleşmemesi durumunda, ilgilinin rızası varsa tıbbi müdahaleyi uygulayan kişi cezai sorumluluktan kurtulabilecek midir? Kanaatimizce; ilgilinin rızası endikasyon şartı bulunmadan gerçekleştirilen tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getirmeye tek başına yeterli olmayacaktır. Örneğin askerlikten kaçabilmek yahut sigortadan para alabilmek için yaptırılmasına rıza

---

<sup>117</sup> Doktrinde endikasyonu, tıp biliminin gereklerine uygun davranma şartının içerisinde değerlendirilebileceğini savunanlar da vardır. Bkz.Hakeri,  **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,s.374.

<sup>118</sup> (Çevrimiçi), [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=52&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=31); , 22.12.2014 .

<sup>119</sup> (Çevrimiçi), <http://www.haksay.org/?q=node/18>; , 22.12.2014 .

<sup>120</sup> Zengin,s.43.

<sup>121</sup> Endikasyon her zaman için tıbbi olmak zorunda değildir. Aksi halde estetik operasyonların tamamı bakımından hukuka aykırılık gündeme gelecektir. “Sosyal endikasyon” olarak da nitelendirilebilen durumlarda da fiil hukuka uygun sayılacaktır. Hakeri,  **Tıp Hukuku**, s.433.

<sup>122</sup> Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 17. Lfg. §110 kn 6.

gösterilen tıbbi müdahaleler, ilgilinin rızası olsa dahi rıza hükümsüz olacağından ve ortada da endikasyon bulunmadığından, hukuka aykırı addedilecektir<sup>123</sup>.

AY m. 17/2’de belirtilen tıbbi zorunluluk kavramı bakımından da, doktrinde çeşitli görüşler vardır. Tıbbi zorunluluğun sadece endikasyon anlamında mı kullanıldığı, madde metninde sadece rıza olmadan bilimsel ve tıbbi deneylerin yapılamayacağına mı düzenlendiği, tıbbi zorunluluğu hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamının dışında mı tuttuğu, bunun rızanın bulunmaması ve dolayısıyla da varsayılan rızanın gerçekleşebileceği şartlar olarak mı anlaşılacağına dair AY’de açıklık bulunmamaktadır<sup>124</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; endikasyon, tıbbi müdahaleler bakımından bir ön koşul değildir<sup>125</sup>. Örneğin, *Doe v Bolton* davasında, annenin hayatını kurtarmak için gerçekleştirilen kürtaj vardır. Ve yüksek mahkeme, tıbbi müdahalenin iyileştirme amacına ve bunun doğal sonucu olarak gerekli olmasına hükmetmiştir<sup>126</sup>. Bu karar sonucunda mahkemenin en azından tıbbi zorunluluğu endikasyon olarak kabul ettiğini belirtebiliriz.

## **D. Tıbbi Müdahaleye Rıza Açıklayacak Kişi**

### **1. Tıbbi Müdahale Uygulanacak Kişinin Hasta Olması**

Tıbbi müdahale hekim tarafından hastaya uygulanacaktır ve hasta olan kimsenin de tıbbi müdahalenin uygulanmasını gerektirecek bir hastalığı bulunması gerekmektedir. Hastalıktan ne anlaşılması gerektiği ise daha komplike bir kavramdır. Hastalık; Türkçe Sözlükte “*organizmada bir takım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla*

---

<sup>123</sup> Belgesay, s.68.

<sup>124</sup> Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 324.

<sup>125</sup> Yener Ünver, “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”, **İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu**, 1 Haziran 2007,MÜHF, İstanbul, 2007,s.77-78.

<sup>126</sup> Henry Hubbart Foster,Jr, „**Bill Of Rights“ For Children**, American Lecture Series, Springfield, Charles C. Thomas Publisher,1974, s.27; *Dor v. Bolton* davası - 410 U.S. 179 (1973). (Çevrimiçi), <https://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-brest/liberty-equality-and-fundamental-rights-the-constitution-the-family-and-the-body/doe-v-bolton/> , 21.12.2017.

*sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık; ruh sağlığının bozulması durumu” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>127</sup>.*

Hasta, birçok yabancı dilde “*patient*” kelimesine karşılık gelmekte olup; *pati* sözcüğü Latince acı çekmek, bir şeyden muzdarip olmak anlamına gelmektedir<sup>128</sup>. Tıp sözlüklerinde ise paternalist bir yaklaşımla “*Hekimin bakımı altındaki kişi*”<sup>129</sup> olarak tanımlanmakta olan hasta; HHY m. 4/b’ de “*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimse*”<sup>130</sup> olarak ifade edilmektedir. Tıbbi müdahalenin şartları dikkate alındığında ise, hastayı; rızası doğrultusunda kendisine uygulanacak tıbbi müdahalenin muhatabı olan kimse olarak tanımlayabiliriz<sup>131</sup>.

## **2. Hastanın Rızasının Olması**

### **a. Genel Olarak**

Rıza kavramı, daha önce de belirttiğimiz üzere, en basit tıbbi müdahaleden en ağırına kadar tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak yapılabilmesi için, tıbbi müdahalenin şartlarının arasında yer almaktadır. Örneğin; hastadan kan alınması durumunda dahi, vücuda iğne ile bir fiziki müdahale gerçekleşmiş olacaktır. Bu halde dahi ilgilinin rızasının bulunması gerekmektedir<sup>132</sup>. Öte yandan hasta, kanının alınmasına, belirli bir şeyin araştırılması için rıza göstermiş olabilir. Böyle bir durumda, aynı kan ile rıza gösterilmiş olan konudan başka birşey araştırılacaksa; gerçekleştirilecek aydınlatmada bu konu da hastaya aktarılmalıdır. Yani hasta

---

<sup>127</sup>(Çevrimiçi),

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.542c11b85885f0.75747513,01.10.2014](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.542c11b85885f0.75747513,01.10.2014) .

<sup>128</sup> Gerson Kern, **Limitierte Einwilligung : zum Ausschluss von Behandlungsmethoden**, 1.Auflage, Wien , Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, 1999, s.21.

<sup>129</sup> (Çevrimiçi), <http://www.saglikterimleri.com/tag/hasta> ,01.10.2014.

<sup>130</sup> Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.532.

<sup>131</sup> Doktrinde paternalist bir yaklaşımla konuyu ele alan yazarlar tarafından, hastanın “*bir tedavi işlemine, bir cerrahi müdahaleye rıza gösteren, müdahalenin pasif tarafı olan kişi*” olarak tanımlanabileceği de belirtilmiştir. Tanım için bkz. Hüseyin Hatemi, “Özel Hasta Gruplarının Hakları”, Sağlık Hakkı, 1 Nisan 2006, s.42-44’den aktaran Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.36.

<sup>132</sup> Aynı görüşte Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.85.

aydınlatılmaksızın, aynı materyal üzerinde, hastanın rızası olmadan başka bir araştırma yapılamaz. İlave bir araştırmaya rıza göstermeyen kişinin kanı üzerinde araştırma yapılması, diğer şartları varsa, TCK m.90 kapsamında değerlendirilebilir<sup>133</sup>. Kişi özerkliği/otonomisinin bir yansıması olarak, kendi geleceği üzerinde bizzat belirleme hakkına sahip olan ilgilinin; rıza gösterip göstermeyeceği saptanmadan, böyle bir araştırma yapılması da mümkün değildir.

Tıbbi müdahalelere ilişkin ilgilinin rızasının Ceza hukuku açısından sorun yaratabileceği konular; Rızanın hiç olmadığı durumlardaki, Rızanın var olup da rızaya kısmen yada tamamen uyulmadığı durumlardaki, Rızanın kapsamının dışına çıkarak gerçekleştirilen durumlardaki,<sup>134</sup> şartların eksik yada geçersiz olması sebebiyle rızanın kabul edilemediği durumlardaki tıbbi müdahalelerdir. Bu da göstermektedir ki; tıbbi müdahale, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, vücut üzerinde gerçekleştirilen ihlalin boyutuna göre cezalandırılmayacaktır<sup>135</sup>.

## **b. Hastanın Rıza Ehliyeti**

İlgilinin rıza açıklayabilmesi için rıza ehliyetinin olması gerektiğini belirtmiştik. Tıbbi müdahale bakımından, detaylı olarak önceki bölümde belirttiğimiz evrensel ilkelerin etkisiyle, rıza açıklayacak kişinin aydınlatılması gerekir<sup>136</sup>. Açıklanacak rıza; ilgisi tarafından, şahsen ve bizzat verilmelidir<sup>137</sup> ve tıbbi müdahalenin başından sonuna dek var olmalıdır<sup>138</sup>. Rızayı açıklama ehliyetine sahip olan kişi, açıklanan konuya ilişkin hakkın sahibidir. Hukuki menfaatin sahibi kimse; rızayı da, o kişi açıklamalıdır. Yüksek Mahkeme bir kararında, hukuki menfaatin

---

<sup>133</sup> “Hastadan aldığımız kan, yapılması amaçlanan o bilimsel araştırma ya da teşhis, tedaviye yönelik ne ise onun için kullanacaksınız. Hasta buna rıza göstermiş. Onun dışında, hastanın rızası olmadan, onun kendi üzerinde tasarruf edebileceği, rıza gösterdiği bir konudan başka, sizin kendi menfaatleriniz veya başka amaçla, bilimsel amaçlarla da olsun tasarrufla bulunmanız gene mümkün değil.” Bkz. Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.86.

<sup>134</sup> İlk üçü yazar tarafından saptanmaktadır. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.353.

<sup>135</sup> Eşitli, “Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu”, s.179.

<sup>136</sup> Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s.12; Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, s.34.

<sup>137</sup> Belgesay, s.67.

<sup>138</sup> Taneri, s.184.

sahibinin birden fazla olması durumunda her birinin rıza açıklama ehliyeti olduğunu ve hepsinin açıklaması gerektiğini vurgulamıştır<sup>139</sup>.

Türk uygulamasında hastanın rıza ehliyetine sahip olduğu hallerde dahi, aydınlatmanın, hastanın yakınlarına yapıldığı ve bunun yeterli olarak kabul edildiğine uygulamada sıklıkla rastlanılmaktadır. Hukuki menfaatin taşıyıcısı aydınlatılıp rıza göstermedikçe, yakınlarına yapılan aydınlatma geçersizdir<sup>140</sup>. Rıza ehliyetine sahip bir kimse dışında, yakınlarına yapılacak olan aydınlatmanın, özellikle özel yaşamı ve sır saklama yükümlülüğünü ihlal edebilecektir. Örneğin; Alman Temyiz Mahkemesi tarafından konuya ilişkin verilen bir kararda, hastanın yakınları ile bulguların paylaşılması, hekimin sır saklama yükümlülüğün ihlali olarak kabul edilmiştir<sup>141</sup>.

Öte yandan hastaların çok azı, rıza göstermeye ehil durumdadır. Hatta çoğu durumda hastalar, tedavileri hakkında açıklanan bilgileri anlama olgunluğuna sahip olarak da kabul edilemezler<sup>142</sup>. Rıza göstermeye yetkin kabul edilmeyen, daha doğrusu rızasını açıklasa dahi bunun geçerli kabul edilemeyeceği durumlara örnek olarak şunlar gösterilebilir: 1- Tamamen ehliyetsiz, karar verme yeteneğinden yoksun, yetişkin hastalar (Bitkisel hayattaki hasta) 2- Geçici olarak ehliyetsiz olanlar (Geçirdiği kaza sonucunda bilinç kaybına uğramış hasta) 3- Rıza açıklayamayan çocuklar<sup>143</sup>. Rıza ehliyeti bakımından sorunlu kişiler, aydınlatmayı anlamıyor ise,

---

<sup>139</sup> Dönmezer/Erman, C.II,kn.745, YİBK,18.2.1942 ayrıca aynı eserde kn.745 dip not: 201; Ayrıca yazarlara göre tedip hakkı gibi konularda rıza açıklamasında bulunulabilir. Bkz. kn.745; Toroslu/Toroslu,**Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.182; “*Ceza Hukukunda rıza açıklanması şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve ancak mağdurun bizzat kendisi tarafından kullanılabilir.*” Bkz. Dönmezer,s.159.

<sup>140</sup> Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.36.

<sup>141</sup> BGH NJW 1989, 2319 aktaran Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.37 ve dip not 14.

<sup>142</sup> Neil C. Manson/Onora O’Neill, **Rethinking Informed Consent In Bioethics**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2007,s.5.

<sup>143</sup> Claudia Carr, **Unlocking Medical Law And Ethics**, 2nd Edition, Oxon-New York, Routhledge Press, 2015, s.163.

aydınlatılmış sayılmaz<sup>144</sup>; çünkü gerçek bir aydınlatılmış onam, ancak hekimin yeterli açıklama yapması sonucunda, tıbbi müdahaleyi ve sonuçlarını anlayan bir kişinin gönüllü rızası ile gerçekleştirilebilir<sup>145</sup>.

Ergin kişiden ise bizzat rıza alınması gerekir. Ancak kişi, farklı şekillerde ergin olmuş olabilir. TMK m. 11/1 uyarınca, 18 yaşının doldurulması ile olabileceği gibi, TMK m. 11/2 uyarınca evlenme yoluyla da kişi ergin kılınmış olabilir. TMK m. 12 uyarınca kişi mahkeme tarafından da ergin kılınabilir. Öte yandan yetkinlik ve gönüllülük rızanın ön koşullarıdır. Bilgiye dair unsurları ise; belirlenen bir öneri sunma, aydınlatma ve anlamadır. Rızanın unsurları ise; karar verme ve yetkilendirmedir<sup>146</sup>. TCK m.26/2’de rıza ehliyetine yönelik açıkça bir tercihe yer vermediğini çalışmamızın ilk bölümünde belirtmiştik. Kanaatimizce rızanın kapsamını algılama sorunu, bir ehliyet sorunudur. Kişi aydınlatılsa dahi, bunu algılamayabilir. Böyle bir durumda, kişinin iradesi özgür değildir ve rızanın da hukuken geçerliliği olamayacaktır. Aydınlatma, rıza gösterecek kişinin ehliyetli olduğunun saptanmasından sonra tartışılması gereken bir sorundur.

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik hakları, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olduğu için kanaatimizce temsili olarak rıza açıklaması yapılamaz; fakat TCK genel hükümler düzenlemesinde ilgili kelimesinin tercih edilmesi üzerine; mağdurdan başka ilgililerin de rıza açıklamasında bulunabileceği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda, temsil söz konusu değildir. Çünkü rıza beyanını açıklayan kişi, Ceza Hukuku bakımından ilgilidir<sup>147</sup>. Örneğin çocuklara yönelik tıbbi müdahalelerde yasal olarak belirli bir yaş düzenlenmediği durumlarda, çocuğun görüşünün esas alınması gerektiğini de belirtmeliyiz.

---

<sup>144</sup> Parvizi/ChakravartyOg/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”,s.653.

<sup>145</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “InformedConsent: A Review”, s.194.

<sup>146</sup> Beauchamp/Childress, s.146.

<sup>147</sup> Benzer görüşler için bkz. Dönmezer/Erman,C.II,kn.745.

Özel hukuktaki, özellikle de medeni hukuktaki rıza ehliyetine yönelik kurallar, Ceza hukuku bakımından mutlak geçerli kabul edilemez. Kaldı ki, saptama her somut olaya göre ayrı ayrı yapılmalıdır<sup>148</sup>. Ceza Hukuku bakımından ehliyet meselesi, esasında her somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu konuda belirli bir yaş belirlenmesi yerine, ayırtım gücünün varlığını irdelememiz gerekmektedir<sup>149</sup>. Çünkü açıklanacak olan rızayla bağlantılı hukuki menfaate sahip kişinin rıza açıklamasına bir değer atfedilebilir<sup>150</sup>. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukuki menfaatin birden fazla kişiyi ilgilendirdiği durumlarda, her ilgili ayrı ayrı rıza açıklamalıdır<sup>151</sup>. Eğer kişinin rızası alınamıyorsa, onun yararına bir yol izlenmelidir. Yasal temsilci rıza açıklayacaksa dahi, hastaların da aydınlatılması gerekir<sup>152</sup>. Örneğin; ceset üzerinden, hastanın ölüm sebebini kesin olarak tayin edebilmek için alınabilecek iğne biyopsileri bakımından da, ceset üzerinde hakları mevcut olan yakınlarının rızasının alınması gerekmektedir<sup>153</sup>.

Çocukların tıbbi müdahaleye karar verebilme ehliyetleri bakımından; öncelikle onlara -yetişkinlere de yapılmaması gerektiği gibi- karmaşık tıbbi kararlar empoze edilmemeli ve tıbbi müdahalede karar verebilme sürecine katılmak isteyen, bu yetkinliğe sahip çocuklar, farkında olmadan dahi dışlanmamalıdır<sup>154</sup>. Çünkü

---

<sup>148</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.438; Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.27; Gropp, **AT**, §9 kn.4.

<sup>149</sup> Dönmezer/Erman, C.II, kn.747.

<sup>150</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102; Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.27.

<sup>151</sup> Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.102; Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.181.

<sup>152</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.195.

<sup>153</sup> Aynı görüşte Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.84-85, fakat aynı sempozyumda görüş bildiren Hakan Hakeri ise; Organ ve Doku Nakli Kanunu uyarınca ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi dokuların izinsiz alabileceği düzenlendiği için, iğne biyopsisi de doku olmadığından, Ceza Hukuku açısından herhangi bir sorumluluk teşkil etmeyeceği görüşündedir. Karşı görüş için bkz.s.84-85. Kanaatimizce yapılan biyopsilerde doku örneği alındığı için hasta yakınlarından da izin alınması gerekmektedir. Aksi halde TCK m.91/2’de düzenlenen suç oluşacaktır.

<sup>154</sup> Irma M.Hein / Martine C. De Vries / Pieter W. Troost / Gerben Meynen/ Johannes B. Van Goudoever / Ramonj. L. Lindauer , “ Informed Consent Instead of Assent is Appropriate in Children From The Age Of Twelve : Policy Implications of New Findings On Children’s Competence To Consent To Clinical Research” , **BMC Medical Ethics** (2015) 16:76 , s.2.

çocuklarda aydınlatılmış onamın uygulanması, onlarda kontrol duygusunun artışına ve kaygının azalmasına sebep olmaktadır<sup>155</sup>.

Öte yandan çocukların birçoğunun tıbbi müdahale bakımından rıza gösterme yeterliliği bulunmamaktadır ve bunu ailelerin yapması gerekmektedir<sup>156</sup>. Doktrinde Annas'a göre, bir başkasının özellikle de bir kurumun, tıbbi müdahaleye rıza göstermesi; çok da kabul edilebilir bir durum değildir. Çocuklar yerine ebeveynlerin, ya da kısıtlılar için ise bir yasal temsilcinin açıklaması ancak kabul edilebilir<sup>157</sup>.

Rıza yetkinliği sahip olmayan hastalar bakımından mahkeme kararının da alınması gerekir. Bu duruma mukayeseli hukukta sıklıkla rastlanmaktadır<sup>158</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesinin aile özerkliği (familial autonomy) olarak bilinen görüşüne göre, aileler çocuklarına uygun seçimleri devlet baskısı olmaksızın yapabilirler. Hatta bu konu, Amerikan doktrininde de ele alınmıştır. Alicia Quелlette'e göre, ebeveynler "*çocuklarının bedenleri üzerine olağanüstü güç*" ile donatılmıştır. Bu öylesine bir güçtür ki; "*Asya orijinli evlatlıklarına batı göz yapısına kavuşturmak, Down Sendromlu çocukların yüz ifadelerini değiştirmek, büyüme hormonunu sağlıklı çocuklara naklettirmek, göğüs büyütme yahut yağ aldırma operasyonları yaptırtmak, büyümelerini yavaşlatmak, engelli çocukların üreme organlarını aldırma ve abisi tarafından istismar edildiği halde bir kız çocuğundan abisine kemik iliği nakline izin vermek*" gibi uç örnekler doktrinde eleştirilmektedir<sup>159</sup>. Türk Hukuku bakımından ailelerin bu derece geniş yetkileri bulunmadığı açıktır. Özellikle de çocuklar bakımından, tıbbi müdahalelerde "*çocuğun yüksek yararı*" gözetilmek zorundadır. TMK m.346 uyarınca; çocuk ile

---

<sup>155</sup> Lorah D. Dorn/Elizabeth J. Susman/John C. Fletcher, "Informed Consent in Children and Adolescents: Age, Maturation and Psychological State", **Journal Of Adolescent Health**, 16, 1995, s.189.

<sup>156</sup> I. Glenn Cohen, **Patients with Passports**, 1.Baskı, Newyork- Oxford, Oxford University Press, 2015, s.462.

<sup>157</sup> George Flynn, "Community Consultation for Emergency Exception to Informed Consent: How Much is Enough?", **Annals of Emergency Medicine**, Volume 51, Issue 4, s.417.

<sup>158</sup> Yenisey, "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası",s.879.

<sup>159</sup> Alicia Quелlette, "Shaping Parental Authority over Children's Bodies", 85, Ind. L. J, 955,959-960 (2010) aktaran bkz. Cohen,s.461-462.

ebeveynlerin menfaatleri çeliştiğinde, hakim çocuğun korunabilmesi için önlem almak zorundadır. Vesayet altındaki küçükler bakımından da, TMK m.461 uyarınca şikayet hakkı düzenlenmiştir. Ancak aydınlatma, özellikle özel hukukta tedavi sözleşmesinin bir sonucu olarak da görülmektedir<sup>160</sup>. Bu nedenle Ceza Hukuku bakımından ele alınan kurallar ile Özel Hukuktaki tedavi sözleşmesine dair kurallar birbiri ile farklılık arz edeceği de aşıkardır.

Hekimlerin aksine inanmak için nedenleri olmadıkça, yetişkin hastalar rıza açıklamaya ehliyetli sayılırken, çocuklarda durum değişmektedir. Çünkü çocuklar, genellikle çeşitli hukuki düzenlemeler ile yetkisiz sayılmaktadır. Örneğin Hollanda'da 12 yaş iken, Danmarka'da 15 yaş ehliyet için kabul edilebilmektedir<sup>161</sup>. Bu ülkeden ülkeye değişen farklılıkların, günümüzdeki küresel iletişim çağında, ülkeden ülkeye değişen yaş farklılıkları anlamını yitirecektir. Bu konuda başka çözüm yolları geliştirilmesi kanaatindeyim. Çünkü tıbbi müdahalelerde rıza açıklama yaşı bakımından yasal düzenlemelerde belirli bir yaş tespit edilememişse, çocuğun bunu idrak edip edemediğini dikkate alarak, ceza hukuku bakımından durum değerlendirilmektedir<sup>162</sup>. Öte yandan, çocukların rıza açıklama yetkinliğini ölçebilmek adına çalışmalar da vardır<sup>163</sup>.

Ebeveynlerin seçimlerine dair bazı kararları da değerlendirmek gerekir. Örneğin; *Re C (A Minor) (1998) Lloyd's Rep Med 1* davasında 16 aylık çocuğun spinal muscularatrophy (omirilikten kaynaklanan kas erimesi) hastalığı olduğu tespit edilir ve ölümcül bir hastalıktır. Ebeveynleri, tedaviyi kesmek istememektedir çünkü yaşam destek ünitesine de bağlı olsa bu onların katı Musevi inanışları gereği kabul

---

<sup>160</sup> Aykın/Çınarlı,s.295.

<sup>161</sup> Hein/De Vries/Troost/Meynen/Van Goudoever/Lindauer, s.4.

<sup>162</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.100-101.

<sup>163</sup> Buna dair çalışmaların varlığı bakımından da, Mac Arthur competence assesment tool for clinical research- Mac CAT-CR hakkında açıklamalar için bkz. Hein/De Vries/Troost/Meynen/Van Goudoever/Lindauer, s.4 ve ayrıca (Çevrimiçi), [www.macarthur.virginia.edu/treatment.html](http://www.macarthur.virginia.edu/treatment.html) , 29.09.2016 .

edilemez. Bu durumda mahkemeye başvurulmuş ve mahkeme tarafından çocuğun yüksek yararı tespit edilerek karar verilmiştir<sup>164</sup>.

Ebeveynlerin seçimine dair başka bir alan da, yapışık doğan ikizlerden birinin yaşamasına karar verecek olma durumunda ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu konuya dair; “*Jolie’yi kurtarıırken, Mary’i öldürüyor muyuz?*” diye eleştirenler de olmuştur<sup>165</sup>. Konu basında da geniş yer tutmuştur<sup>166</sup>. Bu tıbbi müdahaleye rıza açıklamasına dair çok uç bir noktadır. Ancak kanaatimce bu gibi durumda hangisinin yaşayacağına karar verilmesi konusu ebeveyn tarafından tek başına karar verilemez. Örneğin Mary ve Jodie ikizlerde olduğu gibi aile bu konuda tercih yapmak istememiştir<sup>167</sup>. Bu ancak mahkeme kararı sonucunda, ebeveynlerin rıza açıklayamayacağı alanda yer almaktadır. Aynı anda bir çocuğun seçilmesi bir anlamda menfaat çatışması olarak algılanabilir. Ancak neden Mary tercih edilmedi sorusunun cevabını veremez. Hamileliğin birleşik ikiz beden olduğu ve tek kalp olduğu aktarılmasına rağmen aile dini gerekçelerle bunu sonlandırmayı reddetmiştir. Kanaatimce bu gibi durumlarda, ebeveynin hamileliğine devam edip etmemesi de ayrı bir sorunu meydana getirmektedir. Bir gebe kadının, çocukların aynı bedende yaşayacak şekilde doğumunda ısrar etmesinde ve bu şekilde gebeliğe devam etmede rıza açıklama hakkı var mıdır? Bu oldukça karmaşıktır. Ebeveynler çocuklarının engelli doğacaklarını bilmelerine rağmen, gebeliklerini devam ettirmeli midir? Oldukça tartışmalıdır. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı, potansiyel kişinin de bu hakkı olabileceğini yadsıma hakkını bizlere verir mi? Ya da bu hakkı tamamen

---

<sup>164</sup> Ngarie Naffin, “Country Report Australia”, **Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens/Regulations of Civil Law to Safe guard the Autonomy of Patients at the End of Their Life: Eine internationale Dokumentation / An International Documentation**, Ed. Jochen Taupitz, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2013, s.72.

<sup>165</sup> Konuya dair detaylı açıklamalar ve kişisel görüşler için bkz. J J Paris/ A C Elias-Jones, “Do we murder Mary to save Jodie?” An ethical analysis of the separation of the Manchester conjoined twins”, **Postgrad Med J** 2001;77:593-598.

<sup>166</sup> Konuya dair Türkçe haber için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/karar-kimin-yapisik-ikizler-ve-insanlarin-yasama-hakki-gecen-hafta-tum-uluslararası-yayın-organları-ingiliz-mahkemeleri-tarafından-birinin-oldurulmesi-38225847> , 01.10.2016 .

<sup>167</sup> (Çevrimiçi), <https://www.theguardian.com/uk/2002/feb/05/sarahboseley> , 01.10.2016 ; MEDİZİN: Lebensblut abgesaugt DER SPIEGEL 46/2000 (Çevrimiçi), <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-17817518.html> , 01.10.2016 .

ortadan kaldırabilir mi? Peki mahkeme potansiyel bir kişinin kaderini tayin edebilir mi? Bu soruları henüz cevapsızdır. Toplum adına karar veren mahkemelerin, bu konuda karar verme yetkileri elbette ki vardır. Ancak toplumsal rıza gösterilmesi için kriterlerin neler olması gerektiğinin oldukça zor cevaplanacak yanıtı olduğu kanaatinde olmakla birlikte, mahkemeler tarafından tıbbi müdahaleye rıza konusunda verilen kararları da “toplum adına rıza” olarak adlandırılabilceği, ancak hakimin kişisel bakış açısından değil toplumun gerçek dinamiklerinden ve insan onurundan yola çıkarak karar vermesi gerektiği kanaatindeyim. Özellikle de Mary’nin ölmesinin, sadece Jodie’nin menfaatine olduğu sonucuna varılarak verilen siyam ikizlerine dair karar, rıza için çok çarpıcıdır. Ebeveynlerin ısrarlı reddine rağmen, hastanenin mahkemeye başvurması sonucunda davayı ele alan hakimin kararı doktrinde şöyle aktarılmaktadır: “*Yargıç Mary’nin menfaatinin dikkate almıştı, ancak Mary’nin hayatının uzatılmasının ona bir yarar sağlamayacağını, hatta ona zarar vereceğini düşünüyordu; dolayısıyla ameliyat Jodie’nin olduğu kadar, onun da menfaatineydi. Yargıca göre, müdahale icrai değil ihmali bir fiil olacaktı; yani söz konusu olan, Mary’nin vücuduna aktif bir müdahale değil, Jodie’nin ayrılması sonucunda kan kaynağının kendiliğinden kesilmesi idi. Jodie adeta bir yaşam destek ünitesi gibiydi ve onun ayrılması hastaya fayda sağlamayan bu tür bir makinenin kapatılmasına eşdeğerdi.*”<sup>168</sup> şeklinde karar vermiştir. Kanaatimizce konu çok tartışmalıdır. Tek gebelikte, gebe kadının ölüm dahi olsa tercihlerine saygı duyan insan onuru burada da vardır. Siyam gebelik durumunda anne bebeklerin alınmasını reddedebilir. Konu şuradan düşünülmelidir. Eğer hekim kadın gebe iken çocukları düşürmesi durumunda, her iki gebelik de sonlanacak ancak ortada bir insan öldürme suçu söz konusu olmayacaktır. Eğer çocuklar doğarsa, ikizlerden birinin ölümünün hukuki anlamı fetüs ile aynı değildir. Konu, tartışmalara çok açıktır.

---

<sup>168</sup> Saim Üye, “Hukukun ve Ahlakın Sınırlarında: Yapışık İkizler”, **Ankara Barosu Dergisi** 2013/ 2 ,78 (Çevrimiçi),, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-2/2013-2-2.pdf> , 01.10.2016 .

### c. Rıza Yetkinliği

Tıbbi müdahaleye yönelik olarak alınacak kararlara katılma yetkinliği, “*karar verme kapasitesi*” olarak nitelendirilebilir<sup>169</sup>. Yetkinlik, kişiden kişiye ve durumdan duruma değişebilmektedir. Tıpkı bir kimsenin araç sürme ehliyetinin olup, diğerinin olmaması kadar doğal bir durumdur<sup>170</sup>. Yetkinlikler, bazı ülkelerde ölçülmeye çalışılmaktadır. Örneğin; Belmont raporu, ABD’de kişilerin yeterliliklerine dair bazı ölçüleri içermektedir<sup>171</sup>.

Hasta; kendisine aktarılanı alabilme ve anlayabilme, ardından bunlar üzerinde düşünüp taşınarak bir karara varabilme ve kararına dayanak olan gerekçeyi de aktarabilme yeteneğine sahip<sup>172</sup>, yani yetkin olmalıdır. Hasta Yetkinliği (Patient Competency) de, rızanın yetkinliği bakımından önem taşımaktadır. Örnek verecek olursak; Bay Fontanez 82 yaşındadır ve karaciğerine sıçramış bir pankreas kanserinden mustarıptır. Ayrıca kangren olmuş ve iki ayak parmağını etkilemiştir. Hasta, günlük bakımından ve ayağının yarattığı acıdan şikayetçidir. Cerrah, Bay Fontanez’in durumunu başka hekimlere de danışarak (konsulte ederek<sup>173</sup>) parmakları kesmeyi önerir. Çünkü yayılacak kangreni durdurmak için tek şans budur. Bay Fontanez’e aydınlatılmış onam için durumun gerekliliği açıklandığında; imzalaması için de başvurulur. Fakat Fontanez bunu reddeder. Cerrah, operasyonun yapılmaması durumunda olabilecekleri açıklar (ağrı devam edecek ve hastalık gitgide yayılacaktır). Ancak Fontanez halen durumu reddetmeye devam eder. Fontanezin seçiminin yanlış olduğunu açıkça yanlıştır, hasta ampütasyon yerine kangrenin yayılmasını göze almakta ölümü seçmektedir. Bu örnek olaydan da anlaşılacağı üzere hastanın rıza

---

<sup>169</sup> Güzeldemir, s.18.

<sup>170</sup> Childress, s.61-62.

<sup>171</sup> Laura C. Robinson, “Informed consent among people in a digital world”, **Language&Communication** 30 (2010), s.186 (Çevrimiçi), [www.elsevier.com/locate/langcom](http://www.elsevier.com/locate/langcom) , 24.06.2016 , s.190.

<sup>172</sup> Evelyn J. Van Allen, **You Decide**, 1st Edition, New York, Richard D. Irwin Inc, 1994, s.13.

<sup>173</sup> “Hekimin hasta merkezde olmak üzere, farklı bir alanda çalışan hekimlerden bilimsel ve teknik açıdan aldığı yardım ya da danışmanlık, konsültasyon ya da danışım olarak adlandırılmaktadır.” Konsültasyon (Çevrimiçi), [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c) , 21.12.2017.

açıklamaya yetkin olup olmadığının da tespiti gerekmektedir. Buna yönelik olarak özellikle Anglo Sakson hukukunda bazı testler yapılmaktadır<sup>174</sup>. Bolam testi<sup>175</sup> de buna örnek olarak verilebilir. Doktrinde bir görüşe göre, yapılan testler sonucunda eğer hastanın mantıklı olarak rıza gösterip göstermeme konusunda tercih yapabilme yetkinliği bulunmuyorsa ve gerçekleştirilmesi gereken tedavi zorunluluk arz etmekteyse, varsayılan rıza devreye girmelidir<sup>176</sup>.

Prensip olarak küçükler, tıbbi müdahalede etkin değildir<sup>177</sup>. Hasta veya gönüllü özerk olarak bir tıbbi girişime yahut araştırmaya rıza göstermektedir. Ancak söz konusu çocuk olduğunda, rıza yetkinliği olmadığı için ancak kanun tarafından olanak tanınırsa geçerli rıza açıklayabilir<sup>178</sup>. Küçüklerin fiil ehliyetsizliği özellikle tıp hukuku alanında hayati önem taşımaya devam etmektedir ve küçüklerin özgürlüklerine aşırı bir sınırlama getirmektedir. Çocukların geçerli bir rıza açıklaması yapabilme kapasiteleri bulunmadığı için, otonomileri de kabul edilmemektedir<sup>179</sup>. Kanaatimizce çocukların da aydınlatılması gerekmektedir<sup>180</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; kişi eğer karar verebilmesi için aktarılan açıklamaları anlamıyorsa, bilgileri aklında tutmuyorsa, karar verme sürecinin bir parçası olarak bunları kullanmıyor veya önemini tartamıyorsa yada kararını iletişim kurarak belirtmiyorsa; bunların hepsinin varlığı durumunda kişi rıza açıklamaya yetkin olarak kabul edilmemelidir<sup>181</sup>. Öte yandan *Re B (2002) EWCH (Fam) 429* davasında, felçli olan hastanın rıza verme kapasitesinin tartışılmıştır ve mahkeme,

---

<sup>174</sup> Switanowsky,s.31-32.

<sup>175</sup> Wicks,s.41.

<sup>176</sup> Proxy consent olarak adlandırılan durumlarda bir temsilci yani 2.bir kişi rıza açıklamasında bulunmaktadır. Bkz. Switanowsky,s.34.

<sup>177</sup> OLG Hamm JR 1999, 333,334 aktaran Odenwald,s.125.

<sup>178</sup> Beauchamp/ Childress, s.144.

<sup>179</sup> Foster, s.61.

<sup>180</sup> Antoine Roggo, **Aufklärung des Patienten: eine ärztliche Informationspflicht**, Bern, Stampfli, 2002.,s.157; 1. Bölümde yer alan Rıza ehliyeti ve kişi özerkliğine dair açıklamalarımız kapsamında detaylı olarak konuyu ele aldığımızdan dolayı, tekrara düşmemek için çocuklarda da özerklik hakkının gözardı edilmemesinin ÇHS bakımından da oldukça önemli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

<sup>181</sup> Carr,s.144.

hekimlerin açık paternalist yaklaşımı önlemek için aydınlatılmış rızanın alınmasına çaba harcaması gerektiğine işaret etmiştir<sup>182</sup>. Bu nedenle hekimin, kişinin kendi kaderini tayin hakkını her koşulda gözetmesi gerektiğini belirtebiliriz.

#### **d. Rızanın İrade Fesadı Hallerinden Yoksun Olması**

Her türlü irade fesadı hallerinden uzak olarak rıza açıklanmalıdır<sup>183</sup>. Çünkü rıza özgür ve gönüllü verilmelidir<sup>184</sup>. 1219 sy m.70 ve TDN m.14/2 ‘deki düzenlemelerde açıkça aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilmez. Ancak kişinin kendi kaderini tayin hakkının yerine getirilmesi bakımından, tıbbi müdahalelerde rıza aydınlatma sonucunda özgür biçimde verilmelidir<sup>185</sup>.

Manipülasyondan uzak bir iletişimin kurulması, aydınlatılmış rızanın varlığı için gereklidir. Çünkü hasta, rıza açıklarken kendi değerlerine uyumlu olacak şekilde ve hekimin kasıtlı müdahalesi (manipülesi) olmadan karar vermelidir<sup>186</sup>. Bunları şöyle sıralayabiliriz: 1- Korkutma/Zorlama: “*Eğer ameliyat olmazsanız, öleceksiniz*” gibi bir açıklama zorlamaya girer<sup>187</sup>. Hasta rızasını gönüllü vermelidir. Zorlama ile açıklanan rıza elbette ki hukuken geçersiz olacaktır<sup>188</sup>. 2- İkna: Hastayı, hekimin kendi istediği tedaviye yönlendirmesi, onu iknası da özgür irade ile rıza açıklamasını engelleyecektir<sup>189</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; hastaları/ilgilileri tedaviye ikna etme ve inandırma, aydınlatılmış onam ile “*iç içe geçmiş*” kavramlardır<sup>190</sup>. Kanaatimizce rızanın alınması bir ikna yahut inandırma sürecine ilişkin değil, tam tersine tam bir açıklık ve net anlatımlar ile hastanın kendi kaderini tayin hakkı kapsamında anayasal

---

<sup>182</sup> Carr,s.147.

<sup>183</sup> Paula Nelson-Marten/Ben A. Rich, “A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research”, **Seminars in Oncology Nursing**, Vol.15, No:2 (May), 1999, s.81.

<sup>184</sup> Nelson-Marten/Rich, “A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research”, s.81.

<sup>185</sup> Ozanoğlu,s.62.

<sup>186</sup> Yazara göre manipülasyon olarak; zorlama (coercion), İkna (Persuasion), Öncelikli olarak belirli bir bilginin verilmesi (Prioritizing of information presented) ve ses tonu (ton of voice) örnekleri verilebilir. Konuya dair detaylı açıklamalar için bkz. Switanowsky,s.93-95.

<sup>187</sup> Switanowsky,s.93-94.

<sup>188</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.193.

<sup>189</sup> Switanowsky,s.94.

<sup>190</sup> Taneri, s.177.

hakkını kullanabilmesi ile yakından ilişkilidir. Aydınlatmanın amacı, Kişinin kendi geleceğini tayin hakkının ortaya koyulabilmesidir<sup>191</sup>. 3- Öncelikli olarak belirli bir bilginin verilmesi/Hile: Bazen hekim öncelikli olarak bir tedaviyi anlatır. Hasta o kadar çok bu tedavi hakkında bilgi almıştır ki, diğer tedavi seçeneklerini unuttur. Oysa ki; her tedavi detaylı olarak hastaya açıklanmalıdır<sup>192</sup>. Her tedavi seçeneği hakkında gerekirse eşit zaman ayrılmalıdır. Güncel gelişmelerde en çok tercih edilen tedavi yöntemi olduğunun belirtilmesi bakımından kanaatimizce bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak böyle bir açıklamanın gerçeği yansıtması ve yönlendirme sayılmaması için; hekimin bilimsel verileri ortaya koyarak bunu gerçekleştirmesi gerekmektedir. Uygulamada ise hastanın hekim ile görüşme süresinin kısalığı bu gibi bir bilgilendirmenin asla gerçekleştirilemeyeceği konusunda kaygılar uyandırır da; gerekirse sağlık sisteminde buna yönelik düzenleme yapılmalı ve hastanın anayasal açıdan sahip olduğu kendi kaderini tayin hakkı geçiştirilmeden açıklamalar yapılmalıdır. Rıza, hile yahut yanlış beyanda bulunulması durumlarında hukuka aykırı sayılacaktır. İngiliz hukukunda da, *Devi v West Midlands Regional Health Authority* davasında mutlaka yetişkin aklı başında hastanın rızası alınarak tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>193</sup>. 4-Ses Tonu: Ses tonunu yüksek olması durumunda hekim, hastaya tedavinin kolay olmadığı izlenimi uyandırabilir. Bazı durumlarda bu oteriterlik olarak görülüp, özerk bir tercih yapılmasının önüne geçer ve sonucunda hekimin tercih ettiği tedavinin seçilmesiyle sonuçlanır. Benzer bir durum yumuşak ses tonunun kullanılması bakımından da geçerli olabilir. Yumuşak ses tonu sonucunda hastalarda bir kabullenmeyi, riskin düşük olduğunu, açıklığı ve sempatiyi çağrıştırabileceği de göz önünde bulundurulması gereken gerçeklerdendir<sup>194</sup>. Yumuşak ses tonunun da kötüye kullanılmaması için, hekimin iletişim açısından hazır bir şekilde hastaya açıklamalarda bulunması da hekimlik açısından önemlidir.

---

<sup>191</sup> Taneri,s.209.

<sup>192</sup> Switanowsky,s.94-95.

<sup>193</sup> *Devi v West Midlands Regional Health Authority (1980) SCLY 687* aktaran Plomer,s.50.

<sup>194</sup> Switanowsky,s.95.

Hekim, kural olarak hastaya rızası bulunması durumunda, az ya da çok tehlike arz eden tıbbi müdahaleyi uygulayabilir. Ancak sadece hekimin “şifa hakkı” bulunduğundan bahisle; rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunamaz. Kişinin içinde bulunduğu tehlikenin bertaraf edilebilmesi için ister rıza gösterir isterse de göstermez. Bu hususta rızasını verip vermemekte serbesttir<sup>195</sup>. Hastanın mantıklı karar verebilmesi rıza açıklamasının sağlıklı olabilmesi için önemlidir. Hastanın özgür iradesi ile karar verebilmesi gerekliliği çeşitli uluslararası ve ulusal düzenlemelerde belirtilmiştir. Ancak tıbbi etkiler veya süregelen hastalıktan kaynaklanan acı ve hastanın inanışları, değerleri ve hayata dair planları ile uyum eksikliği taşıyan tedavi süreçleri hastanın mantıklı karar verebilmesini engellediği de açıktır<sup>196</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, tıbbi müdahale özünde bir yükümlülükler çatışması barındırmaktadır. Hasta özerkliği uzantılı kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve hekimin mesleğini icra etme hakkı çatışmaktadır<sup>197</sup> ve aydınlatma arada dengeleme faaliyetinde bulunur<sup>198</sup>. Buna katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kanaatimizce, her iki hak arasında birlikte ve uyumlu işleme ise, aydınlatılmış onam söz konusu olamaz. Ortada bir dengelemeden ziyade birlikte çalışma durumu vardır. Haklar yarışmamaktadır. Kişinin kendi kaderini tayin hakkına, hekimin mesleğini yerine getirme hakkı bir anlamda yardım eder. Çünkü günümüz tıbbi standartların temelinde hasta özerkliği vardır.

## **E. Tıbbi Müdahaleye Aydınlatılmış Rızanın Açıklanması**

### **1. Genel Olarak**

İlgilinin rızasının hukuk düzeninde sonuç doğurabilmesinin en önemli şartlarından biri, rızanın ilgilinin aydınlatılmasından sonra verilmiş olmasıdır. Böylece aydınlatma uygulamada rızanın dahi önüne geçerek ele alınmaya

---

<sup>195</sup> Belgesay, s.62.

<sup>196</sup> Switanowsky,s.69.

<sup>197</sup> Roggo, s.77.

<sup>198</sup> Ozanoğlu,s.64.

başlanmıştır<sup>199</sup>. Aydınlatma esasında, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve bedensel bütünlüğü hakkı ile bağlantılıdır<sup>200</sup>. Otonom bir tercih için; kişilere saygı gösterilmesi ve özgür irade gereklidir<sup>201</sup>. Çünkü tıbbi müdahaleler bakımından rızanın geçerli sayılabilmesi için aydınlatılmış olması gerekmektedir. Fakat hastanın her zaman aydınlatılabilme imkanı bulunmamaktadır ve böylelikle ortaya varsayılan rıza, hipotetik rıza kavramları çıkmaktadır<sup>202</sup>.

Tıbbi müdahalede hastanın bilgilendirilmesi, hem gerekli hem de pratik bir öneme sahiptir<sup>203</sup>. Tedavi öncesi ve dahili koşullarını yanı sıra tedaviye bağlı koşullar ile ilgili endikasyonların neler içerdiği ve kapsamı hakkında tanı ve tedavi sırasında; hekim, hastayı kendiliğinden, talep edilmeden bilgilendirmelidir<sup>204</sup>. Esasında tıbbi müdahale açısından geçerli bir rızanın temin edilmemesi, hekimin özensizliğini gösterir; ancak cerrahi operasyonun rızasız gerçekleştirilmesi yaralama fiili oluşturur<sup>205</sup>.

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği yere göre, bazı kültürel özellikler de aydınlatmayı şekillendirmektedir. Bu gerçeği de yadsımamak gerekir. Batılı toplumlarda aydınlatılmış rıza önem taşımaktadır. Ancak Afrika ve Asya gibi topluluklarda, önemli kararlar genellikle ev ya da grup liderleri tarafından alınır. Bu nedenle de aydınlatılmış rızanın, toplumsal bellekte çok az önemi vardır<sup>206</sup>.

1219 sayılı kanun m. 70. ve TDN m. 14. hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Fakat bu aydınlatma yükümlülüğü sınırsız

---

<sup>199</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.349.

<sup>200</sup> Wolfgang Wiegand, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, **Handbuch des Arztes**, Hrsg. Honsell, Zürich, 1994, s.120'den aktaran Ozanoğlu,s.59.

<sup>201</sup> Switanowsky,s.5.

<sup>202</sup> Bunları ilgili bölümde detaylı olarak ele alacağımızdan, sadece genel olarak belirtmek istedik.

<sup>203</sup> Kaspar, AT, §5 Rn.362.

<sup>204</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1765.

<sup>205</sup> Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**,s.1.

<sup>206</sup> K.Kannan, **Medicine And Law**, 1st Edition, New Delhi, Oxford University Press, 2014, s.411.

olmamalıdır<sup>207</sup>. TDN m. 14/1 uyarınca teşhise göre alınması gereken tedbirler, HHY m. 31/1'e göre tıbbi müdahale ve sonuçları, HHY m. 15/1'e göre sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri ve bunların fayda-zararlarını, alternatif tıbbi müdahale usullerini, tedaviyi red durumunda olası sonuçları hakkında sözlü veya yazılı olarak bilgi isteyebilir<sup>208</sup>. Mevzuatımızda bu gibi düzenlemelerin olduğu asla gözardı edilmemeli ve aydınlatma görevi rıza kurumunun önemine yakışır bir şekilde tıbbi müdahalede bulunacak olan hekim tarafından yerine getirilmelidir.

1219 m. 70 uyarınca aydınlatılacak olan kişi tespit edilmiştir. HHY m. 31, m.7, ODNK m. 7<sup>209</sup> ve TDN m.14/2 uyarınca, hastaya koyulan teşhisi gerektirdiği tedbirler de bildirilmelidir. HHY m.15/2 ise aydınlatma konusunda kişinin bir başkasını vekil de tayin edebileceği öngörülse de<sup>210</sup>; sorumluluğun ortadan kalkmayacağını ve düzenlemenin yönetmelik bazında olduğunu da vurgulamak isteriz. HHY m.20 uyarınca hasta sağlık durumu hakkında bilgi almaktan ya da yakınlarına açıklamada bulunulmasından vazgeçebilir. Doktrinde bu durumu, MK m. 23/2'ye aykırı olmadığı gerekçesiyle değerlendirenler olduğu gibi<sup>211</sup>, beden bütünlüğü ve kişi otonomisi hakkı bakımından bu düzenlemeyi hukuka aykırı bulmaktayız. Söz konusu alan kişinin rıza açıklayabileceği bir alan değildir. Çünkü teşhis bakımından hastanın peşinen vazgeçmesi, tedaviyi red kapsamında değerlendirilemez.

Uluslararası alanda Nürnberg Kodu, Helsinki Deklarasyonu ve WHO'nun ortaya koyduğu kesin ilkeler vardır. Ancak Tıbbi Etiğin genelde batı kültürlerini baz alarak yapıldığı gerçeğini de yadsınamamız gerekmektedir<sup>212</sup>. Konuya dair mahkeme kararlarına bıraktığımızda da bir genellemeye varılmadığını görmekteyiz.

---

<sup>207</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2 ve Fransız Deontoloji Kanunu 34.maddede belirtildiği üzere kötü gidişat hastadan saklanabilir. bkz. Erdemir, **Tıp Etiğinde Esaslar**, s.36.

<sup>208</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.22.

<sup>209</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, (Çevrimiçi), [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202238.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202238.pdf), 06.10.2016 .

<sup>210</sup> Doktrinde de vekil tayin edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Taneri, s.215.

<sup>211</sup> Hakeri, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", s.41.

<sup>212</sup> Kannan, s.411.

Çünkü mahkemeler yetişkin bir kişinin onayı olduğunda, sahibinin doğru ya da makul tıbbi tedavi başlamasını yasal kabul etmektedirler; ancak cerrahi müdahalenin doğru sınırları hakkında hüküm verilmiş değildir<sup>213</sup>. Ancak genel bir ifade ile; ilgilinin rızası, eğer hastanın özerk olarak kararını yansıtmıyor ise kişi aydınlatılmış sayılmaz<sup>214</sup>.

Hekim, aydınlatma görevini yerine getirmeksizin tıbbi müdahaleyi gerçekleştiremez. Doktrinde bir görüşe göre, aydınlatma görevini yerine getirmeksizin tedavi gerçekleştirdiğinde somut olayda eğer hastanın sağlığına bir etkisi yoksa, hekimin ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu aydınlatmadan kaynaklanan bir durumda kişi zarara uğrar ise bu durumda somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin hekimin tedavi sonucunda reçete ettiği ilacın yan etkisi uyku haline sebep olması ise ve bu konuda hastasına aydınlatmada bulunmadıysa hekim, hastasının okuma yazma bildiği ilacın prospektüsünü okuma imkanı olduğu için bilgilendirme yapılmadığına dair savunmasını yapsa da, ilaç prospektüsünde açıklamanın olması hekimin sık karşılaşılan bir yan etkiye dair ilaç aydınlatması yapmaması sonucunu doğurmaz. Eğer bundan kaynaklanan sebeple – somut olayda nedensellik bağı kurulabiliyor ise- hekim manevi unsura göre taksirli yahut kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilir<sup>215</sup>.

Eğer hastayı aydınlatma yükümlülüğü tam olarak sağlanmış ise, kişinin iradesine dair eksikliğinden sorumlu olmayacak ve gerçekleştirilen müdahale de rıza sebebiyle hukuka uygun olacaktır (Buradaki rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınacaktır. Buna bir engel yoktur. Çünkü aydınlatma yükümlülüğü tam olarak yerine getirilmiştir)<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Stauch/Wheat/Tingle,s.77.

<sup>214</sup> Switanowsky,s.1.

<sup>215</sup> İzzet Özgenç, “Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk”, **Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.II,İstanbul 2007,s.2210’dan aktaran Gökcan, “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”,s.126.

<sup>216</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 557; Yazarlar ayrıca söz konusu duruma ilişkin, Alman MK 630d/1’e (BGB § 630d/1) karşılaştırılması için atıf yapmışlardır. Bu maddeye göre ; Hastadan

## 2. Tarihi Gelişimi

İslam Hukukunda kendini açıkça gösteren aydınlatılmış onam kavramı, varlığı durumunda yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmekteydi<sup>217</sup>. Dönemin kadı sicillerinde de yer alan bu hususlar bu konuda İslam Hukukunun çağdaşı hukuk düzenlerinden daha ileri olduğunu göstermektedir. Roma hukukunda ise hekim, her ne kadar paternalist bir yaklaşım sergilese de; toplumun daha üst tabakalarındaki kişilere, tedavi hususunda “*tavsiye*”de bulunmaktaydı. Esasında tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınması süreci, 19. Yy’dan sonraya dayanmaktadır. Öncesinde Tıp bakımından hakim ilke “*salus aegroti suprema lex (Aslolan hastanın iyiliğidir)*” kabul edilmekteydi<sup>218</sup>.

Aydınlatılmış onam günümüzde yaygın kullanılan bir kavram olsa da, gerçekte ülkelerde farklı uygulamaları olduğunu görmekteyiz. Örneğin; 1894 yılında Alman Mahkemesi tarafından verilen karar<sup>219</sup> uyarınca, rıza olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin beden bütünlüğüne aykırılık teşkil ettiğinin tespit edilmesinden sonra; 1950’lerden sonra çeşitli kararlarda<sup>220</sup> rızanın alınması için hekimlere aydınlatma görevi yüklendi. Amerika kıtası ve bağımsız devletler topluluğunda, hasta temelli gerçek bilgilendirilmiş onay verme yaklaşımını geliştirilmişken; İngiliz yasal sisteminde, risk açıklamasıyla ilgili olarak geleneksel olarak hekim odaklı bir yaklaşım uygulanmıştır<sup>221</sup>. Ayrıca Amerikan Hukukunda da

---

mutlaka, tıbbi tedavi uygulanması öncesinde, özellikle vücudu veya sağlığı etkileyen bir prosedür söz konusu ise, tedavi edecek taraf hastanın rızasını kazanmak zorundadır. Hasta rıza veremeyecek durumda ise, bunu yapacak olan Alm Mk m. 1901A1 ‘e göre belirlenecektir. Alm MK m. 1901A 1 uyarınca da; eğer kişi reşit olmasına rağmen yazılı olarak eğer rıza gösterip gösteremeyeceği duruma dair bir belirlemede bulunmuş yani tıbbi müdahaleler hakkında herhangi bir yazılı açıklaması olduğu bu durumda da yasal temsilcisine kişinin mevcut yaşam ve tedavi durumuna uygun olup olmadığı konusunda danışılmasını düzenlemektedir. Ayrıca Alman Medeni Kanun için bkz. (Çevrimiçi), [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p2651](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2651) , 26.09.2016 .

<sup>217</sup> Ersoy, “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”; s.1.

<sup>218</sup> Zeytin, “Hasta Hekim İlişkinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s.3-4.

<sup>219</sup> RGSt 25, s.375, (Çevrimiçi) <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=RG&Datum=31.05.1894&AktENZEICHEN=1406%2F94> , 26.09.2016 .

<sup>220</sup> BGHZ 29,s.46vd; BGH, VersR 1954,s.98 aktaran Zeytin, “Hasta Hekim İlişkinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” , s.4 dip not 10.

<sup>221</sup> Hassan, s.23.

18. Ve 19. Yy'dan beri aydınlatılmış onamını almadan hastaya müdahale eden hekimler ihmalinden dolayı sorumlu tutulmaktadırlar. Özellikle 1918 yılında *Hunter v. Burroughs* davasında<sup>222</sup> kişi özerkliğinin bir yansıması olarak; hastanın, aydınlatılmış şekilde tıbbi müdahale sürecine katılması ve görüş bildirmesi hakkında karar verilmiştir<sup>223</sup>. Eğer hastanın rızası yoksa, yada rızasına aykırı davranılmış yahut rıza hile ile elde edilmiş ise bu durumda, hekimin ceza sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>224</sup>. Ayrıca; *Mohr v Williams* davasında<sup>225</sup> ise, kişinin rıza göstermediği ve yetkilendirilmeyen bir kimsenin diğer kimsenin bedensel bütünlüğüne müdahale edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. *Salgo v Stanford* davasında<sup>226</sup>, aydınlatılmış onam terimine ilk kez yer verilmiştir<sup>227</sup>. Hakim Cardozo, *Scholendorff v. Society of New York Hospital* davasında kişi özerkliği açısından akıllarda kalan bir görüşe sahipti. Şöyle ki; “*Yetişkin ve akli başında her insan, kendi bedenine ne yapılacağını belirleme hakkında sahiptir ve bir cerrah, hastanın rızası olmadan bir operasyon gerçekleştirirse verdiği zararlardan sorumlu olacağı bir saldırı gerçekleştirmiş olur*”<sup>228</sup>. Bu, tedavi veya cerrahi müdahalelerin, hastanın rızası olmaksızın hukuka aykırı sayılacağı yasallaşmasını sağladığı için oldukça önemli bir davadır<sup>229</sup>. Bu davadan sonra, tıbbi müdahaleler bakımından ABD’de hastanın rızası artık kesin bir önkoşul olarak kabul edilmektedir<sup>230</sup>.

---

<sup>222</sup>Hunter v. Burroughs davası 123 Va. 113, 129, 96 S.E. 360, 365 (1918) (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/virginia/supreme-court/1993/920915-1.html>, 21.12.2017.

<sup>223</sup> Ersoy, “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, s.1.

<sup>224</sup> Carr,s.142.

<sup>225</sup> 95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 1905 Minn (Çevrimiçi), <https://www.casebriefs.com/blog/law/torts/torts-keyed-to-epstein/intentionally-inflicted-harm-the-prima-facie-case-and-defenses/mohr-v-williams/>, 26.09.2016 .

<sup>226</sup> Salgo v. Leland Stanford etc. Bd. Trustees. Annotate this Case. [Civ. No. 17045. First Dist., Div. One. Oct. 22, 1957. Davası (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/154/560.html>, 26.09.2016 .

<sup>227</sup> Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**,s.48.

<sup>228</sup> 105 N.E. 92 (N.Y. 1914) davasını aktaran Patricia M. Tereskerz, **Clinical Research And The Law** Con. Ed. Robert Edelman/Ross McKinney,Jr.,1st edition,Wiley-Blackwell Publishing, Oxford,s.2012, s.198; Carr, s.141.

<sup>229</sup> Carr,s.142; Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, s.48; ayrıca bakınız Neill J in F v West Berkshire Health Authority (1990) 2AC1 aktaran Carr,s.142.

<sup>230</sup> Carr,s.142.

### 3. Aydınlatma Kavramı

#### a. Genel Olarak

Kişi otonomisi bakımından, ilgiliye tıbbi müdahale uygulanmadan önce, tıbbi müdahalenin türüne göre yeterince aydınlatma yapılarak rızasının alınması gerekmektedir. Kavram olarak aydınlatma; *“hekimlik sözleşmesinden doğan bir yükümlülük olarak hekimin vereceği bilgilerle hastayı uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesidir”*<sup>231</sup>. Aydınlatma sonucunda alınan rıza, hukuki açıdan oldukça önem taşımaktadır<sup>232</sup>. Hastanın, serbestçe karar verebilmesi için hekim tarafından gerçekleştirilecek müdahale bakımından aydınlatılması gerekir<sup>233</sup>. Hasta neye rıza açıkladığını bilmek zorundadır<sup>234</sup>. Bu nedenle bir iyileştirme tedavisine izin verilmesi durumunda, ön koşul, hastanın tedavinin tüm bilgili koşulları hakkında doktor tarafından aydınlatılmış olmasıdır<sup>235</sup>. Hekim, hastaya bireysel tercihlerini ortaya koyabilmesi için fırsat vermektedir. Bu sayede de hekim, kasten yaralama suçu bariyerini aşmakta ve fiili hukuka uygun hale gelmektedir<sup>236</sup>. Ancak hasta, rıza açıkladığı konuyu hatta buna dair gerekli sınırlandırmaları da yapabilmesi için oluşabilecek tehlikeleri dahi bilmesi gerekmektedir<sup>237</sup>. Gerçekleştirilen hekim fiilinin cezalandırılabilir olmaması için, hastanın tedaviye ilişkin aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir<sup>238</sup>. Eğer aydınlatma gerçekleştirilmeksizin - *acil durumlar vb hariç*- rızanın hukuken bir geçerliliği yoktur<sup>239</sup>.

Aydınlatma, tıbbi müdahalenin suç oluşturmaması için önemsenmelidir. Bu konuda doktrinde aktarılan somut olaya göre, kanser hastası olan bir kişinin iş ortağı

---

<sup>231</sup> Ömer Köprülü, ”Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1984, C.LVIII, s.10-11.

<sup>232</sup> Çilingiroğlu, s. 57.

<sup>233</sup> Brinkmann, s.15.

<sup>234</sup> Wolfgang Schwerd, **Rechtsmedizin**, 4.Auflage, Köln, Deutscher Arzte-Verlag, 1986, kn. 10.2.2.

<sup>235</sup> Kuhlmann, s.14.

<sup>236</sup> Fried, **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**, s.20-21.

<sup>237</sup> Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.224.

<sup>238</sup> Roxin, **AT I**, §13 kn 119.

<sup>239</sup> Ünver, ” TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”, s.90.

tarafından kişi hakkında bilgi alınmış ve hastanın zararına bazı uygulamalara girişildiği görülmüştür<sup>240</sup>. rnekte de görüldüğü üzere; hastanın kendisine dahi bu bilgilerin verilmeden, kişiye dair gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler bakımından herhangi bir rıza açıklama hakkı bulunmayan bir kişiye aydınlatılma yapılmamalıdır. Hatta hekimlerin sır saklama yükümlülükleri uyarınca yapılması da yasaktır.

Klasik bir tıbbi müdahale, iyileştirici bir tedavi sunar<sup>241</sup>. Bu nedenle de eksikliği farkedilmez. Ameliyatlar gibi invaziv müdahalelerde aydınlatmaya yönelik eksiklikler, tedavi hatalarının varlığı durumunda ortaya çok daha kolay çıkmaktadır. Ancak dahili tıp bilimleri bakımından ise aydınlatmanın başarısı daha zor ölçülür. Çünkü tedavi sonrasındaki başarısızlığın anlaşılması daha güçtür<sup>242</sup>.

Hekim, sadece hastanın aydınlatılmış rızasını aldıktan sonra hareket etmelidir. Müdahale etkinliğine dair önkoşulların varlığı, muayeneden önce güvence altına alınmalıdır. Tıbbi müdahalelerde, hastanın kendi kaderini tayin hakkı ve rıza beyanının anlamı; günümüzde olduğu gibi belirgin olmamıştır. Zamanla vatandaşların haklarını savunmaya başlamasından sonra; tıbbi müdahalede rıza şartı, aydınlatma noktasında gelişmeleri de beraberinde getirmiştir<sup>243</sup>. Kişi, uygulanacak müdahalenin önemini ve kapsamını ayrıca hangi haklarından vazgeçtiğini tam olarak kavrayabilmelidir<sup>244</sup>.

Öte yandan defansif tıp da, aydınlatılmış rıza eksikliğine ilişkin hekimlere karşı açılan davalar sonucunda doğmuştur. Paternalist anlayış kadar zararlı olan defansif tıbbi uygulamalar, hekimlerin mesleklerini uygulama özgürlüğüne zarar vermektedir. Defansif tıp, "*oluşabilecek her olumsuz durumda şikayet,tazminat ve*

---

<sup>240</sup> Aykın/ınarlı,s.298.

<sup>241</sup> Odenwald,s.85.

<sup>242</sup> Yazar, kemoterapi sonrasında zayıflayan immün sistemi kişiyi enfeksiyonlara açık hale getirdiği sebebiyle hastanın yaşamını kaybetmesini yahut tümörün hızlı yıkımına dair böbrek yetmezliği buna örnek göstermektedir. Çünkü dahili tıp bilimleri bakımından tedavinin artı eksilerinin tespiti çok daha zordur. Bkz. Ozanoğlu,s.58.

<sup>243</sup> Golbs, s.34.

<sup>244</sup> Kuhlmann, s.14.

*ceza davaları ile karşılaşma riski altında olan sağlık çalışanlarının hastanın sağlığından önce kendi hukuki güvenliğini düşünmek zorunda kalması sebebiyle, mesleği gereği alması gereken riskleri almaktan kaçınması durumudur*<sup>245</sup>. Asıl olması gereken hastalar ile birlikte bir güven ilişkisi içerisinde ayrıntılı bir açıklamalarda bulunarak hastaların beden bütünlükleri üzerinde açıklayacakları bilgilendirilmiş rızaları doğrultusunda tıbbi müdahalenin gerçekleşmesidir. Aksi takdirde, defansif bir tıp fikri, tıbbın her sahasında ilk güvenlik olarak ele alınacak ve daha sonra tedavi gündeme gelecektir. Ki bu düşünce oldukça gerçekçi bir beklentidir<sup>246</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; hekimler günah keçisi ilan edilmemelidir. Sadece kasten gerçekleştirilen yaralama fiilleri ve mesleksi hatalar, eğer kendi kaderini tayin hakkına zarar vermiş ise, ceza hukuku devreye girmelidir<sup>247</sup>.

## **b. Aydınlatmanın Kapsamı**

Hekimin aydınlatmanın kapsamını belirlemesi de tartışmalıdır ve *“tıp sanatının bir parçasıdır”*<sup>248</sup>. Tıbbi müdahalelerde, özerk bir karar ancak hekimin aydınlatmasıyla yani tıbbi müdahaleden önce hastayı bu bedensel bütünlük ihlalinin kapsamı hakkında bilgilendirmişse mümkün olabilir. Bu aydınlatma sonucunda hasta, *“öngörülen tedbirlerin niteliği, şansı ve riski”* ni gözdardı edebilecek noktaya getirilmiş olmalıdır<sup>249</sup>. Hekim mutlaka bir hastanın öz değerlerine, bireysel tercihlerine ve karakterine saygılı olmalıdır<sup>250</sup>. Tarihsel süreçte tecrübe edildikçe, yasal etkili bilgilendirilmiş onam alınmasındaki rıza sürecinin uygun ve yeterli olup olmadığını belirlemek için, konunun incelenmesi gerektiği anlaşılmıştır<sup>251</sup>. Paternalist tıp anlayışının terk edilmesiyle, hastanın belirleyici tavrının etkisi kendini hekim tarafından uygulanacak tedavi metotları bakımından da göstermektedir. İlgili

---

<sup>245</sup> Selvi Özçetin/Murat Balaban, **Sağlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.35.

<sup>246</sup> Kern,s.201.

<sup>247</sup> Schick, Verantwortung,s.80'den aktaran Kern,s.201.

<sup>248</sup> Güzeldemir, s.18.

<sup>249</sup> Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 669a.

<sup>250</sup> Switanowsky,s.5.

<sup>251</sup> Bkz. Hershey/Miller, s.57; Biz de tezimizde *“adequate and appropriate”* karşılığı olarak *“uygun ve yeterli”* kelimelerini kullanmayı tercih ettik.

tedavi metotları kendisine aktarıldıktan sonra dilediği metot bakımından seçim hakkını kullanabilecektir<sup>252</sup>. Burada unutulmaması gereken hekimin hastanın önermiş olduğu metodu mutlaka uygulamak zorunluluğu olmadığıdır. Çünkü tıp bilimi bakımından kabul edilmeyen bir metodun uygulanmasına dair hastadan bir talep gelmesi durumunda, hekimin bunu uygulaması hekimin sorumluluğunu gündeme getirecektir<sup>253</sup>. Öte yandan *Natanson v Kline*<sup>254</sup> davasında, meme kanseri olan hastaya Cerrah, hastanenin baş radyoloğundan mastektomi alanında tedavisini yaptırmasını önermiştir. Hasta ise, kendisine sol kolunun altındaki cilt, et ve kasların kaybolduğu ve sol taraftaki kaburgaların yakıldığı bir dizi kobalt radyasyon tedavisi verildiğini iddia ederek konuyu mahkemeye taşımıştır. Davada kobalt ışınlama tedavisinin verilmesinin bilgilendirilmiş onam ile birlikte verilip verilmediği değerlendirilmiştir. Jüriye göre, tedavinin ne kadar becerikli bir şekilde uygulanmış olursa olsun, kobalt ışınlama tedavisinden kaynaklanan zararların belirlenerek hastanın böyle bir tedavi için önceden bilgilendirilmiş bir rızasının olduğunu tespit ettikten sonra, tedaviyi uygulamada uygun becerinin kullanılıp kullanılmadığını belirlenmelidir. Bu davadan sonra hastanın aydınlatılmış onamının olmamasının, kişinin kendi kaderini belirleme hakkına zarar verip vermeyeceği tartışılmıştır<sup>255</sup>. Esasen, bir hastaya açıklanan bilgi miktarı, hekimin tıbbi yargısına dayanarak makul bir tıp profesyonelinin aynı veya benzer koşullarda sağlayacağı hastanın en iyi menfaati olarak gördüğü kadarı olan bilgilere dayanır. Oysa ki, profesyonel standart olarak nitelendirilen bu kriter hastanın kendi kaderini tayin hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu görüştekiler, farklı bir açıklama standardını savunurlar. Ortalama bir kişinin bilinçli bir karar vermek için ihtiyaç duyacağı tüm bilgiler hastaya açıklanmalıdır<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> İntihar edip hastaneye getirilen hasta midesinin yıkanması yerine kendisine serum takılmasını istiyorsa ilgilinin rızası hilafına midesi yıkanmamalı, serum takılıp tedavisine devam edilmelidir. Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.87 .

<sup>253</sup> Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”,s.87.

<sup>254</sup> Supreme Court of Kansas, 1960 186 Kansas 393, 350 P.2d 1093 (Çevrimiçi), <http://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html> , 14.08.2016 .

<sup>255</sup> Kramer/Kramer, s.18-19

<sup>256</sup> James F. Drane, **Clinical Bioethics: Theory and Practice in Medical Ethical Decision-making**, Rowman & Littlefield, 1994, s.111-112.

Kişi özerkliğini temel alan aydınlatılmış bir rızanın kesinlikle manipüle edici teknikleri bünyesinde barındıramayacağı hususuna da vurgu yapmamız gerekir<sup>257</sup>. Bazı hastalıklar, hekimin hastasıyla özel olarak konuşmasını ve hastanın buna göre seçim yapmasını gerektirir<sup>258</sup>. Hekim bunu dikkate alarak aydınlatma gerçekleştirmelidir. Esasında aydınlatmanın kapsamı öylesine geniş olmalıdır ki, hastanın kafasında müdahale sürecine dair soru işareti kalmamalıdır<sup>259</sup>. Aydınlatmanın kapsamının geniş olması esasında ilgilinin rızasının alınması sürecinde kişinin kendi kaderinin tayin hakkının da o ölçüde gerçekleşmesine imkan tanımaktadır. Çünkü yeterince aydınlatılan hasta da rızasını açıklarken birçok ihtimali değerlendirecek seçiminde bu hususları rahatlıkla değerlendirebilecektir<sup>260</sup>. İhtimal dahilinde de olsa ölüm ve diğer komplikasyonlar hastaya açıklanmalıdır<sup>261</sup>. Bunun aksine acil müdahalelerde ise aydınlatmanın kapsamının dar olduğu doktrinde vurgulanmaktadır<sup>262</sup>. Örneğin, hekim tarafından sadece gerekli olduğuna dair açıklama yapılan ve yeterli aydınlatma yapılmaksızın gerçekleştirilen 2. ameliyat sonrasında hasta Travma Sonrası Stress Sendromu yaşayabilmekte ve bedensel bütünlüğüne aydınlatma olmaksızın yapılan –kanaatimizce rızasız- olan tıbbi müdahaleyi anlamlandıramamaktadır.

Öte yandan hastanın rıza gösterdiği hususları, gerçek anlamda, tamamen bilmesi gerekmektedir. Fakat tıp bilgisi olmayan bir hastaya da, müdahalenin bütün yakın uzak şartlarının söylemesini, hekimden beklememek gerekir. Çok detaya gerek olmadan makul bir açıklama yapılması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>263</sup>. Aydınlatmanın kapsamı bakımından uygulamada ortaya çıkan sorunlardan ilki, broşür şeklinde aydınlatmadır. Hasta, tedaviye dair bilgiler içeren broşürden bilgileri

---

<sup>257</sup> Switanowsky,s.95.

<sup>258</sup> Stephen Wear, **Informed Consent**,1st Edition, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1993, s.18.

<sup>259</sup> Roggo, s.89.

<sup>260</sup> Erman,"Sağlık Hukuku Hasta Kadar Hekimi De Korur Mu?", s.41.

<sup>261</sup> Gültezer Hatırnaz Erol, **Özel Hastanelerin Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s.61.

<sup>262</sup> Ayan,s.76.

<sup>263</sup> Belgesay, s.66.

okumakta ve kafasında netleşmeyen hususları hekime soramamaktadır. Hatta oldukça detaylı olan broşürlerde; bazen kendi hastalığı ile ilgili olmayan konuları hakkında bilgi sahibi olduğu için, gereksiz endişelere kapılabilmektedir. Genellikle iş yoğunluğu gerekçesiyle, bizzat hekim tarafından yapılması gereken aydınlatma; broşürdeki açıklamaların varlığı sebebiyle çoğu zaman yerine getirilmemektedir. Hekimin acil durumlar dışında aydınlatma görevini yerine getirememesi için, iş yükünün fazlalığı bir gerekçe olamaz. Gerçekten ülkemizde hekimlerimizin sorumlu olduğu hasta sayısı çok fazladır, bu da bazı durumlarda hekimlerimizi defansif tıp uygulamasına yöneltmekte ve aydınlatmaya yönelik olarak gereğinden fazla uzun formlar hazırlanmaktadır. Bunlar da hastalara imzalatılmak suretiyle, onların rızalarının alınması yoluna gidilmektedir. Broşür aydınlatması ve bu gibi uzun formlar, hastanın aydınlatılmaması tehlikesini her zaman beraberinde getirecektir.

İkinci sorun ise hekimin hastanın lehine olan durumu saklamak ve moralini etkilememek için kasten susmasıdır. Bu durumda ise bilgisi olsa, o tıbbi müdahaleden tamamen kaçınacak olan hasta, esasında iradesi fesada uğratarak bir rıza açıklamaktadır. Bu da hukuka aykırılık yaratmaktadır<sup>264</sup>. Örneğin hastada kötü huylu ve iyileştirilemeyen tümör olduğunda, hastaya bu kötü haberi vermenin olumsuz psikolojik etkileri hakkında geleneksel bir endişe vardır<sup>265</sup>. Tedavi özerkliği, aydınlatılmış onam ve tedbirli bir hastanın bilgi alması ile yakın ilgilidir<sup>266</sup>. O halde bilginin ne kadarı söylenmelidir? Bu her zaman hekimleri kaygılandıran bir konu olmuştur ve zamanla çok çeşitli teknikler geliştirilmiştir<sup>267</sup>. Teröpotik ayrıcalık-tedavi özerkliği durumu da problemleri bir alandır<sup>268</sup>. Hekimin, hastanın kendi kaderini tayin hakkını geliştirmesi için başka bir şansı olmadığı gerekçesiyle terapötik

---

<sup>264</sup> Bkz. Erwin Deutsch;”Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”; çev. İrfan Yazman; (Çevrimiçi), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2894.pdf>, 20.12.2014.

<sup>265</sup> Wear, s.16.

<sup>266</sup> Maclean, s.183.

<sup>267</sup> a) çok amaçlı bilgilendirme aşaması b) Tekrarlama c) Teknik tıbbi jargon kullanımı d) Kasten manipülâtör kullanma gibi teknikler hekimler arasında tercih edilmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Switanowsky,s.46-49.

<sup>268</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.195.

ayrıcalığı uyguladığı da doktrinde belirtilmektedir<sup>269</sup>. Aydınlatmanın kapsamı hasta için hastanın haklarına karşı daraltılabilir. Bu durum doktrinde şu örnekle aktarılmaktadır. Mide kanseri olan bir yazar (Theodor Storm) durumunu öğrenince çok etkilenir, ailesinin çabasıyla hekim hastalığın yanlış teşhis edildiğini ve gerçekte çok da önemli bir rahatsızlığı olmadığı hastaya aktarılır ve sonucunda hasta moral depolar, yeni bir kitap yazar<sup>270</sup>. Öte yandan hastalığın tedavisi olmadığında, HHY m.19 uyarınca bu durumun, hasta kişiye **“hissettirilebilir veya bildirilebilir”** düzenlemesi uyarınca, hastadan teşhisin saklanmaması gerektiği kanısındayım. Elbette ki, hekimler hastanın psikolojisini de değerlendirerek durumu aktarmalıdır<sup>271</sup>. Tedavisi mümkün olmayan hastalıklar bakımından ise, TDN m. 14/2 ve HHY m. 19 ‘un düzenlemeleri hekimleri hastalardan teşhislerini saklamaya sevk etmektedir. Hatta Türk doktrininde bu gibi tedavisi mümkün görülmeyen hastalıklar bakımından, hekimlerin bunu hastalardan saklaması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>272</sup>. Biyotıp Sözleşmesinin bilgilendirmeye ilişkin maddeleri değerlendirildiğinde; rıza açıklayacak kişiden bilgi saklamasının uluslararası düzenlemelerin de iç hukuk metnimiz gibi değerlendirmesi gerektiği için yasal olmadığını ve hastadan bilginin saklanmaması kanaatindeyiz.

Öte yandan hekimin kendisine sorulan sorulara dürüstçe ve doğru cevap vermesi de, aydınlatmanın kapsamındadır<sup>273</sup>. Her ne kadar; hastanın bilgisinin bulunduğu durumlar dahi olsa, her seferinde hastanın yeniden aydınlatılması gerekmektedir<sup>274</sup>. Çünkü her aydınlatma süreci birbirinden bağımsızdır. Tıp bilimi nasıl gelişiyor ise, insan da günden güne değişen gelişen bir varlıktır. Farklı bir psikoloji ile genel anesteziye sıcak bakmış bir hastanın; yakın bir tarihte, genel anestezinin yan etkisi sebebiyle öğrendiği bilgiler sonucunda buna rıza

---

<sup>269</sup> Wear, s.18.

<sup>270</sup> Laufs/Uhlenbruck, 61 kn.8’den aktaran Ozanoğlu,s.71 dip not 70.

<sup>271</sup> Aykın/Çınarlı,s.301.

<sup>272</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s.101.

<sup>273</sup> Andrew Grubb, **Principles of Medical Law** , 1st Edition, Oxford University Press, Newyork, 1998, s.14.

<sup>274</sup> Aksi görüşte bkz. Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, s.41.

göstermeyebileceği gerçeği de yadsınamaz. O halde hastadan geçerli bir rızanın alınabilmesi için; hasta, uygulanacak tedavinin süreci hakkında ve katlanacağı durumların ölçüsü bakımından aydınlatılmalıdır. Önemle belirtmek gerekir ki; bedensel bütünlüğe müdahale edildiği halde, hastanın rızasının hukuka uygunluk sağlaması için bu aydınlatma gereklidir<sup>275</sup>. Öte yandan bunun tam aksi bir düzenleme, HHY m. 20’de yer almaktadır. Bu madde uyarınca hastalar kendilerine bilgi verilmemesini isteyebilecekleri gibi, yakınlarına da bunun hakkında bilgi verilmemesini isteyebilirler. Bu düzenlemenin Biyotıp Sözleşmesi ile kesinlikle çeliştiğini düşünmekteyiz. Bilgisi olmayan bir kimsenin kendi vücut bütünlüğü üzerinde nasıl özgürce tasarrufta bulunacağından bahsedilebilir? Bu düzenlemeye katılmak mümkün değildir.

HHY m. 18 uyarınca da; aydınlatmanın tıbbi jargon ağırlıklı olmaksızın ve mümkün olduğunca “*tereddüd ve şüpheye yer verilmeden ve hastanın ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile*” yapılması uygun görülmüştür. Örneğin karsinom<sup>276</sup> denildiğinde ya da sadece CA olarak açıklanan bir hastalığı, tıp eğitimi almamış bir kişinin anladığını düşünmek abesle iştir. Bu gibi açıklamalar sonucunda, kemoterapi için alınan rızanın hukuken geçerliliği yoktur. Elbette eğitim seviyesi dahi rıza gösterilmesi sürecinde etkilidir<sup>277</sup>. HHY m.18 de hastanın sosyo kültürel özelliklerini ve psikolojisini göz önünde bulundurarak açıklama yapılmasını zorunlu tutmaktadır.

Alman MK bakımından tedavi sözleşmelerinin yeni bir sözleşme tipi olduğuna dair uygulama gelişmesi sonucunda yapılan 2013 tarihli kanun değişikliği ile; aydınlatma kapsamı da belirlenmiştir<sup>278</sup>. Alman MK m. 630e/1 uyarınca; tedavi eden taraf, hastaya tüm durumları ve rızaya ilişkin herhangi bir durumu bildirmek

---

<sup>275</sup> Golbs, s.39.

<sup>276</sup> Tıp bilimlerinde “*Epitel veya günde dokusundan türeyen habis tümöral kütle*” ye verilen isimdir. (Çevrimiçi), <http://www.tipterimlerisozlugu.com/carcinoma.html>, 22.09.2017 ; kısaca “kanser” olarak tanımlanabilir. (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr/>, 22.09.2017.

<sup>277</sup> Parvizi/Chakravarty/Og/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”, s.653.

<sup>278</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 558.

zorundadır. Bu aydınlatma kapsamının içerisine, tedavinin niteliği, kapsamı, uygulama, beklenen sonuçlar ve riskler bunun yanı sıra tedavinin gerekliliği, aciliyeti, uygunluğu ile teşhis ve tedaviye ilişkin başarı umutları dahi girmektedir. Hatta Alman Kanun koyucusu daha da ileri giderek; tedavi alternatiflerine yönelik olarak da bilgi yapılmasını düzenlemiştir. Buna göre; eşit tıbbi endikasyonlar varise, ya da alışılmış yöntemler veya bunlara dair farklı yöntemler ve hatta kurtarma şansı içeren tüm önlemler bu aydınlatmanın kapsamına dahildir<sup>279</sup>. Konuya dair Richard Goldenberg tarafından hazırlanan, yetişkin kanser hastalarına bilgi açıklamasına yönelik istatistik bir tabloda, yıllar boyunca açıklanan bilginin oranına dair ilginç saptamalar yapılmıştır. Araştırmaya göre; 1953 yılında hekimlerin %69'u hastalarına diagnos (hastalığın tanısına dair) detayını hiç söylemezken; 1975 yılında ise hekimlerin %95'i hastalara artık diagnosa dair bilgilendirmenin genel bir politika olduğunu düşünmektedirler<sup>280</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; aydınlatma hastayı gerçekten rahatsız edecek ise ona “zarar verecek ise” özerkliğe fırsat tanımak da yararsızdır<sup>281</sup>. “Aydınlatma suretiyle öldürmekten kaçınmak”<sup>282</sup> gerekçesiyle, kişiye ait olan bir hakkın başkalarına devredilmesinin bir parça anlaşılır tarafı vardır. Ancak sessiz kalınmasının kabulü mümkün değildir. Kişiye anlatırken psikolojik destek de verilebilir, ancak “sizin iyiliğiniz için bilmemelisiniz” ifadesi, kişiliğin sınırlarına fazlaca bir müdahaledir. Anayasal hakların, bu şekilde keyfi müdahalelerle sınırlandırılmayacağını savunuyoruz. Kişinin kanserli hasta olması sebebiyle, herhangi bir bilgi vermektan kaçınan hekim; bu davranışı kişiyi normal yaşantısına geri göndermesi anlamına gelir. Örneğin; akciğer kanseri bir kişinin, hastalığını bilmeden sigara içmeye devam etmesi sonucunda, hastalığının daha da kötüleşebilme ihtimali de söz konusudur. Ancak bu kararı hastanın kendisine bırakmak, müdahale hakkımız olmayan bir alanda kişiye saygılı olabilmeyi de gerektirdiğinden bilgi

---

<sup>279</sup> (Çevrimiçi), [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p2651](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2651) , 26.09.2016 .

<sup>280</sup> Switanowsky, s.43.

<sup>281</sup> Wear,s.143.

<sup>282</sup> Aykın/Çınarlı, s.326.

verilmesi kanaatindeyiz. Elbette ki bunun nasıl yapılacağı, tıp lisans eğitimi sırasında psikiyatri bilgisi olan hekimlerce tespit edilmelidir. Öte yandan bu noktada detaylı bir yasal düzenleme de yapılabilir.

Örneğin; hasta için en yararlı olan, onu gereksiz risk detayları ile korkutmamak olduğuna inanan bir radyolog; ürografinin ölüm riskinden bahsetmemiştir. Amacı, hastasını gereksiz bir kaygıya sokmamaktır. Bu örnekte olduğu gibi birçok uygulamada; hekimler, sömürü amacı taşınmaksızın, paternalist yaklaşımlar gösterebilmektedir<sup>283</sup>. Oysa ki; açıkça anlatmak şu bakımdan önemlidir: Kronik hasta yahut son dönemde olan hastalar mantıklı seçim yapabilmenin yanı sıra, hayatını buna göre şekillendirebilmek ve değerlendirebilmek için durumunu net olarak bilmelidir<sup>284</sup>. Eğer aydınlatma, hastanın veya yakınlarının hayatını, sağlığını kötü biçimde etkileyecek ise bu durumda aydınlatmadan vazgeçebileceği durumlar için türetilmiş, genellikle paternalist yansımaları olan ve özellikle de kanserli hastalar bakımından türetilen bu ayrıcalığa<sup>285</sup> katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Eğer hastayı kötü etkileyecek ise psikiyatrik yardım talep edilebileceği unutulmamalıdır<sup>286</sup>.

Hekim açıklamalarının kapsamı, her somut olayın koşullarına göre değişecektir<sup>287</sup>. Kanaatimizce insanın kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasa'da koruma altına alınan bir insan hakkı olduğu olduğundan; bu hakkını kullanırken hasta için faydalı dahi olsa, kişinin özerkliğini engelleyeceği gerekçesiyle, hastanın durumuna dair hiçbir hususun ilgiliden saklanmaması gerekmektedir. Aksi halde ilgilinin gösterdiği rıza serbest olmayacaktır. Ve hatta biraz daha ucu açık bir yorumla, hastadan saklanan bazı hususlar sebebiyle ilgilinin gösterdiği rızanın; hastanın gerçeği tam bilmemesi sebebiyle aydınlatmanın eksik yapılması sonucuna varabilir. Hatta irade sakatlığı sebebiyle rızanın geçersiz addedilmesi sonucunda da,

---

<sup>283</sup> Childress, s.58.

<sup>284</sup> Wear, s.37.

<sup>285</sup> Akbenlioğlu, s.110.

<sup>286</sup> Benzer görüşte bkz. Akbenlioğlu, s.111.

<sup>287</sup> Krey/Esner, AT<sup>6</sup>, §17 kn. 669c.

hekimin tıbbi müdahale sebebiyle kasten yaralama suçundan sorumluluğunu doğurabilir.

### c. Aydınlatmanın Şekli

Hekim, tıbbi müdahale konusunda alternatifleri belirterek aydınlatma gerçekleştirmelidir<sup>288</sup>. Bilimsel jargon ile gerçekleştirilen açıklamalar, aydınlatma olarak kabul edilemez<sup>289</sup>. Bir tıbbi müdahale konusunda, kişi bilgilendirilerek onun açıkça yahut zımnî rızası alınmalıdır. Örneğin bir diş hekiminin kişilerin bilgisi dahilinde olmadan tedavi etmesi de rızanın olmadığı durumlara işaret etmektedir<sup>290</sup>.

Kişiler, hiç görmedikleri bir konsultan yahut yardımcı hekimin video görüntüsü ile aktarılan bilgileri dinleyerek, rıza gösterebilir mi? Genel olarak buna doktrinde olumsuz yanıt verilmektedir. Çünkü kişiler anlayamadıkları bir şeye rıza gösteremez. Sadece sözlü rıza alınmasına izin verilse dahi, sözlü komutlar gerçekten problem yaratacaktır. Çünkü bunlar çok düz bir dilde aktarılmış olacaklardır<sup>291</sup>. En doğru yol, hastanın açıkça ve sözel olarak rıza göstermesidir<sup>292</sup>. Eğer hastanın, tam olarak aydınlatıldığına yönelik olarak imzasından başka kanıt yoksa; mukayeseli hukuk doktrininde bu imzanın ne yazık ki hastaneyi sorumluluktan kurtarmadığına vurgu yapılmaktadır<sup>293</sup>.

Kişinin gönüllü ve yetkin olarak rıza açıklaması yahut tedaviyi reddedebilmesi için, tedavinin aciliyeti hakkında bilgi verilmesi de büyük önem taşımaktadır<sup>294</sup>. Buna dair belirgin bir şekil şartı yoktur ve bunun somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Her hastanın bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu durum birbirinden farklıdır. Alman Temyiz Mahkemesinin çocuk felci

---

<sup>288</sup> Ünver, "TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler", s.89.

<sup>289</sup> Parvizi/Chakravarty Og/Rodriguez-Paez, "Informed consent: Is it always necessary?", s.653.

<sup>290</sup> *R v Richardson (Diane) (1999)QB 444* aktaran Plomer, s.50.

<sup>291</sup> Robinson, "Informed consent among people in a digital world", s.186, 188.

<sup>292</sup> Wicks,s.68.

<sup>293</sup> Plomer,s.51.

<sup>294</sup> Wicks, s.69.

aşısına dair verdiği bir kararda broşür aydınlatmasını hukuka uygun kabul etmiştir ancak doktrinde bu karar eleştirilmiştir<sup>295</sup>. Ayrıca bu aydınlatılmış onam formlarının her zaman hastayı aydınlattığı da kabul edilemez<sup>296</sup>. Çünkü özellikle ülkemiz uygulamasında aydınlatılmış onam formlarının okumadan imzalatıldığı, hatta bazı durumlarda hastalara okumak için dahi fırsat verilmediği; ödeme noktalarında bu onamların kişilere verilerek imzalatıldığına da rastlanılmaktadır.

Alman Medeni Kanunu m. 182 uyarınca, rıza için belirli herhangi şekil şartı söz konusu değildir<sup>297</sup>. Bu anlayışın benzeri Ceza Hukuku bakımından da görülmektedir. Rıza için herhangi bir biçim öngörülmemiştir. ABD’de ise *Roberson v Menorah Medical Center* davasında<sup>298</sup> ise konu tartışılmış ve ameliyat için hastanın yazılı ve belgelendirilmiş aydınlatılmış onamını bünyesinde barındırmamaları konusunda hastaneler mahkeme tarafından sorumlu tutulmuştur<sup>299</sup>.

Açık bir şekilde verilmeyen, form biçimindeki rıza (Örneğin; AIDS testlerindeki) geçerliliği bakımından tartışmalıdır. Test süresince hasta sessiz ise, sessizliği gönüllü olduğuna yorulmakta ve bu da geçerli bir zımni onay olarak kabul edilmektedir<sup>300</sup>. Ancak AIDS testinin kişiye sosyal alandaki oalsı etkileri gibi birçok konuda aydınlatma yapıldıktan ve psikolojik destek verildikten sonra, kişiye test yapılması gerekmekteği kanaatindeyiz.

---

<sup>295</sup> Karar için bkz. BGH NJW 2000, 1784 ve eleştiriler için bkz. Deutsch, JZ 2000 aktaran Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.10-11 ve dip not 39-40; ayrıca bkz. Aydınlatmanın kapsamı başlığındaki açıklamalarımız.

<sup>296</sup> Zeytin, “Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.19.

<sup>297</sup> Raymond Youngs, **Sourcebook On German Law**, 2nd Edition, London-Sydney- Portland, Oregon, Cavendish Publishing, 2002, s.367.

<sup>298</sup> 588 S.W.2d 134 (Mo. App. 1979) (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1979/cd30260-2.html> , 21.12.2017.

<sup>299</sup> Werthmann, s.25.

<sup>300</sup> Beauchamp/Childress, s.129.

#### d. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma kural olarak tıbbi müdahaleye başlanmadan, ilgiliye makul bir süre karar verebilmesi için yeterli zaman tanınmak suretiyle, gerçekleşecek zaman diliminde yapılmalıdır. Mutlaka rıza, tıbbi müdahale başlamadan önce bildirilmelidir. Önemli olan hekimden ziyade vücut bütünlüğü ihlal edilecek olan hak sahibi için uygun zamandır. Ortalama bir insana göre aydınlatma süreci belirlenecektir<sup>301</sup>.

Hastanın iradesi, özgür iken aydınlatma yapılmalıdır<sup>302</sup>. Hasta, yanlışlıkla kendisine verilen bilgileri rutin veya önemsiz gibi görerek atlayabilir ya da rutin bilgilere orantısız bir dehşet içerisinde veya korku ile tepki verebilir. Bu gerekçelerle verilen bilgiyi göz ardı edebilir ya da kavramakta başarısız olabilir<sup>303</sup>. Bu nedenlerle hastanın kendi üzerinde bir zorlama hissetmeyeceği şekilde, ondan rıza alınması gerekmektedir<sup>304</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, hasta muayeneye girdiği anda zımnen rıza göstermektedir<sup>305</sup>, kanaatimizce buna katılmak mümkün değildir. Öncelikle hasta veya diğer ilgililer aydınlatılmalı; kişiye düşünmesi, iradesini özgürce aktarabilmesi için karar zamanı bırakılmalıdır. Örtülü ya da zımni rıza olarak adlandırılan durumlar, ilgilinin aydınlatılmasının imkansız olduğu durumlarda söz konusu olur<sup>306</sup>. Öte yandan kadın bir hastanın, dayanılmaz baş ağrılarından kurtulabilmek için diş hekiminden bütün dişlerini çekmesini istediği bir davada; kadına düşünmek için süre verilmediği, aydınlatmanın gerçekleşmediği noktalarına

---

<sup>301</sup> Kuhlmann, s.95.

<sup>302</sup> BGH NJW 1992, 2351 aktaran Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.12 ve dip not 48.

<sup>303</sup> Manson/O'Neill,s.5.

<sup>304</sup> Aykın/Çınarlı,s.315.

<sup>305</sup> Erhan Temel, " Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki", **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.236.

<sup>306</sup> Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", s.103.

değinilmiştir<sup>307</sup>. Bu nedenle her somut olayda değişebilecek bir karar zamanı hastaya tanınmalıdır.

### e. Aydınlatılmış Onam

Hasta, rıza göstereceği hususları bilir ise ancak iradesini sağlıklı belirtecektir. İlgilinin rızası, tıbbi deontolojide (Tıp meslek etiğinde) esasında aydınlatılmış onam olarak kabul edilmektedir<sup>308</sup>. Aydınlatılmış onam; hasta bireylerin tedavilerin muhtemel rizikoları, alternatifler ve sonuçları hakkında bilgi sahibi oldukları ve kendilerine anlatılan tedaviye özgür iradeleri ile açıklamada buldukları yazılı yahut sözlü de açıklanabilen bir rıza açıklamasıdır<sup>309</sup>. “*Aydınlatılmış onam, bireylerin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi*” olarak tanımlanabilir<sup>310</sup>. Tıptaki Paternalizm ve özerklik savaşının özünde aydınlatılmış onam yer alır<sup>311</sup>. Aydınlatılmış onam, hasta haklarına hizmet eden bir nevi “*anayasa*”dır<sup>312</sup> ve “*her tıbbi müdahalenin kalbinde yer alır*”<sup>313</sup>.

Doğru bir aydınlatılmış onam formunun özellikleri, herhangi bir kanunda bulunmamaktadır. Fakat ilgililer açısından da dava sürecinde delil teşkil ettiğinden bahisle oldukça önemlidir. Hasta-hekim işbirliğinin el yazısı ile aktarılmadığı onamlar aslında gerçek anlamda bir aydınlatma belgesi sayılamazlar<sup>314</sup>. Ayrıca hastane yöneticisinin, ilgilinin rızasının alınıp alınmadığını da kontrol etme yükümlülüğü vardır<sup>315</sup>. İlgilinin rızası, tıbbi müdahale ve insan üzerinde deney söz konusu olduğunda muhakkak ilgilinin- ki bu bazı durumlarda hastanın bizzat kendisi

---

<sup>307</sup> Bu dava Alman doktrininde *Zahnextraktionfall* olarak bilinmektedir. Frister, **AT**<sup>6</sup>, §15 kn.10; karar metni için bkz. (Çevrimiçi), [https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372\\_77/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372_77/), 08.08.2016 ; Golbs, s.64.

<sup>308</sup> Ayan, s.72.

<sup>309</sup> Burkhardt/Nathaniel, s.58.

<sup>310</sup> Van Allen, **You Decide**, s.13.

<sup>311</sup> Dennis, “The Origin and Nature of Informed Consent: Experiences Among Vulnerable Groups”, s.283.

<sup>312</sup> Parvizi/ChakravartyOg/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”, s.652.

<sup>313</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.192.

<sup>314</sup> Erman, “Sağlık Hukuku Hasta Kadar Hekimi De Korur Mu?”, s.42.

<sup>315</sup> Ataberk, R (Hastanelerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, 1986, C.60, S.10-11-12, s.628vd)’den nakleden Erol, s.59.

de olmayabilir- gerçekleştirilecek müdahaleye karşı “aydınlatılmış” olmasını öngörmektedir. Bu kavram esasında, bilgilendirmenin kapsamından biraz daha fazladır. Türkiye Biyoetik Derneği’ne göre “*Burada tek yönlü bir bilgilendirme ve bu bilgilendirmenin yöneldiği hastanın edilgenliği söz konusu değildir*”<sup>316</sup>. Salt rıza (*mere consent*) olarak adlandırılan rıza türü de vardır. Bu pasiftir, yansıtmasızdır, otonomi olmaksızın ve tipik olarak hekimin hasta için en iyi tedaviye yöneleceği bakış açısına dayanır. Aydınlatılmış rıza ise; aktif, yansımali, özerk hasta tercihinine dayalı ve onun en iyi yararına yöneliktir<sup>317</sup>. Bu sebeple de bilgilendirmeyi aşan, hastanın aktif olarak katılımının sağlandığı bir rıza öncesi süreç yaşanmalıdır. Ancak Türk öğretisinde, “*Aydınlatılmış onam*” özellikle hekimler tarafından tercih edilen bir kavramdır<sup>318</sup>. Genellikle aydınlatılmış onamın şu hususları barındırması gerektirdiği kabul edilir: 1) Tedavi / prosedürün tanımı ve amacı, 2) Potansiyel riskleri ve faydaları, 3) Makul alternatif tedaviler ve bunların beraberindeki riskleri ve yararları, 4) Yukarıda belirtilen tedavi ile ilgilenen potansiyel riskler<sup>319</sup>.

Uygulamada genellikle; hastanın okumadan imzaladığı rızayı ispatlayan bu belgeler, esasında kişi otonomisinin bir yansıması olması sebebiyle önemlidir. Fakat belirttiğimiz üzere uygulamada sadece bir prosedürü tamamlamak adına ilgililere formlar imzalatılmakta, kişilerin hâlihazırda tıbbi müdahale sürecinde belirleyici olma özelliklerini ellerinden almaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuken geçerliliği için sadece hastanın rıza göstermiş olması da yeterli olmadığından; aydınlatılmış onam formları, hastanın imzasının taşısa da onun aydınlatıldığını ve bilgilendirildiğini

---

<sup>316</sup> Türkiye Biyoetik Derneği görüşünü aktaran Tacir,s.149-150 ve dip not 96; Ayrıca aynı yazar aydınlatılmış onam kavramını uygun bulmadığını da çeşitli gerekçelerle belirtmektedir.

<sup>317</sup> Switanowsky,s.x.

<sup>318</sup> Gürsel Çetin, “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, **Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.176 vd.; Tıbbi müdahaleler bakımından ilgilinin açıkladığı rızanın geçerli olabilmesi için, ilgilinin aydınlatılmış olması gerekmektedir. Söz konusu onam ise özellikle Alman Ceza Hukuku Literatürü bakımından “*zustimmung*” karşılığına denk gelmektedir. “*Informed consent*” tabiri bakımından ise onamın kullanılmasının sakıncası esasında yoktur. Çünkü consent teriminin karşılığı rıza olarak da ele alınmaktadır. Ancak ceza hukuku açısından onam, onamak anlamına geldiğinden; gerçekleştirilen fiilden sonra açıklanan rızanın da ceza hukuku bakımından fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği- hipotetik rıza halleri hariç- sabittir. Ayrıca doktrinde onamak, sanki hekimin paternalist yaklaşımına onay vermek gibi de algılanabileceği ve otonomiye aykırı algılanabileceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Bkz. Tacir,s.150.

<sup>319</sup> Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.38.

göstermez<sup>320</sup>. Yalnızca rıza verilmiş olması da, hekimi sorumluluktan kurtarmaz. Örneğin elleri titreyen bir hekimin ameliyatı yapmış olması durumunda, hekimin sorumlu olacağı açıktır. Genellikle hastalar kendilerine verilen yazılı bir aydınlatılmış onamı okumadan imzalamaktadırlar. Bu sebeple de sorumluluğu devreden sözleşmenin de bulunması hekimin sorumluluğunu kaldırmayacaktır<sup>321</sup>.

AY m. 17/2 uyarınca aydınlatılmış onam öğretisi, kağıt üzerinde kalmamalı ve mutlaka varlığı denetlenmelidir. Ülkemizdeki hasta haklarına dair yapılan çalışmalar, sivil toplum örgütleri ve hastanelerde yer alan Hasta Haklarına dair başvuru merkezleri, en azından varlığına dair bir farkındalık yaratmıştır. Ancak bunun denetimi ve özellikle kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile bağlantısı daha da anlatılmalıdır. Doktrinde aydınlatılmış onama dair bir eleştiriye göre; esasında günlük tıbbi yaşamda “*hekimler için aydınlatılmış onam, aslında bir polisin Miranda kurallarını okuması gibidir*”. Bu da kişi özerkliğine dair bir kazanım gibi değerlendirilmemelidir<sup>322</sup>. Sadece bir kağıt parçası olarak kalmaması bu nedenle önem taşır. Çünkü Aydınlatılmış onam, özerk bir yetkilendirmedir. Hasta veya gönüllü özerk olarak bir tıbbi girişime yahut araştırmaya rıza göstermektedir. Ancak söz konusu çocuk olduğunda, rıza yetkinliği az yahut hiç olmadığı için ancak kanun tarafından olanak tanınırsa geçerli rıza açıklayabilir<sup>323</sup>.

Yargıtay bir kararında, genel ifadeler ile düzenlenmiş aydınlatılmış onamlar hakkında, “*Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında*” bir açıklama bulunmayan sadece “*Bu bilgiler ışığında kendi serbest irademle abdominoplasti meme küçültme tedavisinin bana uygulanmasını onaylıyorum.*” şeklindeki bir aydınlatılmış onamı, -kanaatimize göre-

---

<sup>320</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.194.

<sup>321</sup> Belgesay, s.63.

<sup>322</sup> Martin S. Pernick, “Eugenic Euthanasia in Early Twentieth-Century America and Medically Assisted Suicide Today: Differences and Similarities”, **Law at the End of Life**, Ed. Carl E. Schneider, 1st Edition, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000, s.231.

<sup>323</sup> Beauchamp/ Childress, s. 143-144.

“salt bir kağıt parçasından ibaret” olarak tespit etmiş, hukuken geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>324</sup>. Başka bir Yargıtay kararına yansıyan olayda ise; hastanın sırt bölgesinden alınan parça sonucunda, olası bir komplikasyon hususunda kişilerin aydınlatıldığına dair bir delil bulunmadığından dolayı bozma sebebi yapılmıştır. Söz konusu kararda, “Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir.” gerekçesiyle yüksek mahkeme aydınlatılmanın yapıp yapılmadığının ispatını hekim yahut hastaneye yüklemektedir<sup>325</sup>. Ayrıca aynı kararda, Yüksek Mahkeme aydınlatmanın nasıl yapılacağı hususunda Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.26’yı referans alarak değerlendirme yapmış, aydınlatılmış onama ilişkin detaylı tespitlerde bulunmuştur<sup>326</sup>.

Aydınlatılmış rızanın tanımı ve kapsamı mukayeseli hukuk mahkeme kararlarında da yer almaktadır. Örneğin *Samira Kohli v Dr. Prabha Machanda and Anr* davasında mahkeme, gerçek rıza olarak tanımlanan rızanın geçerli olması için, hastanın hiçbir zorlama olmaksızın gönüllü olarak verilmesi, hastanın rızasını yetkin olarak vermesi ve neye rıza gösterdiği konusunda makul bir bilgiye sahip olması gerektiğine karar vermiştir<sup>327</sup>. *Marshall v Curry* davasında da, hastanın yaşamını

---

<sup>324</sup> Y3HD, 23.01.2014 tarih 2013/16671 E- 2014/825Kr sayılı ilamı aktaran Aykın/Çınarlı,s.305.

<sup>325</sup> Y13HD, 01.11.2013, 19631E/26901 Kr sayılı kararı aktaran Taneri, s.180-182; Özçetin/Balaban,s.46,Y13HD,18.09.2008, 4519E/10750Kr sayılı kararı aktaran Özçetin/Balaban,s.48-50.

<sup>326</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları Yayın Tarihi : 01.02.1999 Aydınlatılmış Onam Madde 26 “- Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyör ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.”

<sup>327</sup> 1(2008) CPJ 56 (SC) aktaran Kannan,s.174.

kurtarmak için rızasız müdahalede bulunulması mahkemeye taşınmış ve hastaya fitik ameliyatı yaparken, testislerinin aşırı derecede zarar gördüğünü fark ederek, ameliyata alan hekimin rıza dışı gerçekleştirdiği fiil, kasten yaralama suçu oluşturduğu iddiası tartışılmıştır<sup>328</sup>. *Union Pacific Railway Co. V Botsford* davasında da; Amerikan Yüksek Mahkemesi 1891’de, kişinin en önemli hakkının kendi üzerinde kontrol sahibi olabilme olduğuna ve aydınlatılmış rıza olmaksızın tıbbi müdahalelerde bulunulamayacağına hükmetmiştir<sup>329</sup>.

#### 4. Aydınlatma Türleri

Aydınlatma süreçleri ile bunların sahip olduğu amaç ve işlevlere bağlı olarak; zaman içinde aydınlatma türleri ortaya çıkmıştır. Hekimin hastayı aydınlatmasının amaçlarından ilki hastanın kendi kaderini tayin hakkı kapsamında aydınlatmadır (Selbstbestimmungsaufklärung) ve hastanın rızasının alınması içindir. Fakat diğer önemli bir aydınlatma olan terapötik aydınlatma ise; hastanın güvenliği için yapılır (güvenlik aydınlatması - tedaviye ait = Sicherheitsaufklärung-Therapeutische Aufklärung). Bu aydınlatma tedavinin başarısı içindir. Teşhis/Bilgilendirme Aydınlatması- Diagnoseaufklärung ise ilgilinin sağlık durumu hakkında bilgiler içerdiği için, onun genel anlamda kişilik haklarını korumayı amaçlar<sup>330</sup>.

##### a. Terapötik Aydınlatma (güvenlik aydınlatması-tedaviye ait=Sicherheitsaufklärung-Therapeutische Aufklärung)

Hasta eğer kendisine uygulanacak olan tıbbi müdahale hakkında aydınlatılırsa, tedavi sürecine katılımda bulunabilir. İlk olarak, tedaviyi uygulayacak olan hekim gerekli görülen tedavi hakkında hastayı bilgilendirmek zorundadır. Bu açıklama,

---

<sup>328</sup> 1933 (3) DLR 260 aktaran bkz. Kannan,s.175.

<sup>329</sup> 141 US 250 (1891) aktran bkz. İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, s.123-124.

<sup>330</sup> Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s.3-4; Biz çalışmamızda terapötik aydınlatma kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.; Zeytin, ”Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s.5 vd.

hekimin hukuka aykırı davranışını önlemekte ve gerçekleştirilecek fiilin zararsızlık yönünü ön plana taşımaktadır<sup>331</sup>.

Bu aydınlatmayı doktrinde teşhis ve tedavi kapsamında değerlendirenler olduğu gibi<sup>332</sup>, her ikisinin birbirinden farklı olduğunu düşünenler<sup>333</sup> de mevcuttur. Önemli olan bu aydınlatma türünde kişilerin olası başarısızlık durumları veyahut sonradan ortaya çıkacak riskler bakımından bilgilendirilmesidir. Ancak ispat bakımından, hasta aydınlatılmadığını ispatlamak durumundadır. Alman Temyiz Mahkemesi kararlarına göre, aydınlatılmış onamin bulunmaması durumunda hasta aydınlatılmadığını ispatlamış olur<sup>334</sup>. Örneğin hastanın diyetine dair açıklamalar, komplikasyonlar gibi durumların aydınlatılması dahi bu kapsamda kabul edilmektedir<sup>335</sup>.

Bu aydınlatma türü ile, hastaya dair kişilik ve malvarlığı haklarının korunması da amaçlanır<sup>336</sup>. Hastanın talep etmemesine karşın, bu aydınlatmanın yapılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır<sup>337</sup>. Doktrinde bu aydınlatmanın hastaya tıbbi müdahalenin hangi sebeplerle gerekli olduğu belirtildiği için, rıza almaya yönelik olmadığı da belirtilmektedir<sup>338</sup>. Bu nedenle çok sorun yaşanmayan bir aydınlatma türüdür<sup>339</sup>.

---

<sup>331</sup> Sandra Wiesner, **Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht**, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, s.75.

<sup>332</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.5.

<sup>333</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11.Baskı, s.196.

<sup>334</sup> Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.4.

<sup>335</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11.Baskı, s.195.

<sup>336</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.5; Taneri, s.212.

<sup>337</sup> Aykın/Çınarlı, s.318.

<sup>338</sup> Akbenlioğlu, s.86.

<sup>339</sup> Ozanoğlu, s.69.

## **b. Hastanın kendi kaderini tayin hakkı kapsamında aydınlatma- karar- otonomi aydınlatması (Selbstbestimmungsaufklärung)**

Tek bir aşamadan oluşmayan, tıbbi müdahale öncesinde, hastanın kendi geleceği konusunda özerkliğini gösterebilmesi için gerekli olan aydınlatmadır. Aşamalarına göre gerekli bilgiler verilerek yapılan bu aydınlatmalar, ilgilinin/hastanın rızasının varlığı için gereklidir<sup>340</sup>. Aydınlatma yükümlülüğü gerçekleştirilmeksizin yapılan tıbbi müdahalenin beden bütünlüğü hakkını ihlal doğurduğu hususunda doktrinde görüşler olduğu gibi<sup>341</sup>, bunun sadece beden bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkını ve kişinin kendi kaderini tayin hakkını etkileyeceği görüşleri de mevcuttur<sup>342</sup>.

Bu aydınlatma türü tek bir aşamadan oluşmamaktadır. Teşhis, uygulama ve risk aydınlatmasını kapsamaktadır<sup>343</sup>. Bu aydınlatma türünde gerçekleştirilecek aydınlatma üzerine, kişi onam vermektedir. İlgilinin açıkladığı rıza, tıbbi müdahalenin geçerlilik şartları kapsamındadır. Bu nedenle otonomi aydınlatması rızanın belkemiğidir. Yokluğunda artık ortada ceza hukuku anlamında sorumluluk doğuracak kadar ciddi bir durum söz konusudur, meslek kusuru olarak kabul edilemez<sup>344</sup>. Hekimin riskleri hastaya açıklaması, hekimi sorumluluktan kurtarmaz. Hekimin hatasından dolayı malpraktis sorumluluğu devam etmektedir<sup>345</sup>.

Hastanın rıza açıkladığı hususları bilmesi gerektiğine yani otonomi aydınlatmasının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, ABD’de 1977’de, Almanya’da

---

<sup>340</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.6; Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.5 vd.

<sup>341</sup> Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, 2002, §63 kn 67 aktaran Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.6 dip not 21.

<sup>342</sup> Hart, Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, FS F. Heinrichs, 1998, s. 291 ve 308’den aktaran Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.6 dip not 21.

<sup>343</sup> Aykın/Çınarlı, s.318.

<sup>344</sup> Benzer görüşler için bkz. Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.6.

<sup>345</sup> Güzeldemir, s.18.

ise 1964'te verilen yüksek mahkeme kararları bulunmaktadır<sup>346</sup>. Uygulamada gerçekleştirilen oldukça kısa görüşmeler ile bu aydınlatma biçiminin hukuka uygun tamamlanması da mümkün değildir<sup>347</sup>. Çünkü hekimin tanı konusunda da hastayı aydınlatması gerekmektedir. Hastanın tanıyı bilmesi durumunda, tedaviye rıza açıklaması yahut reddetmesi söz konusu olabilecektir<sup>348</sup>.

*Slater v. Baker ve Stapleton* davası hekimin kırık bacağa uyguladığı tedavi sonucunda açılmıştır. Bu davada kabul edilen tıbbi uygulama dışında bir yöntemin söylenmesi sonucunda, şikâyetçinin neden bandajı çıkartmak yerine başka bir aygıt koyduğunu anlayamadığına, bu müdahale ile insan üzerinde deney yapıldığına ayrıca bir ameliyat yapılacağı zaman, hastaya ne yapılacağına söylenmesi gerektiğine, böylece hastanın kendisini ameliyata hazırlamasına imkan tanınmadığına karar vermiştir<sup>349</sup>.

## (1) Teşhis / Bilgilendirme Aydınlatması - Diagnoseaufklärung

Bu aydınlatma türü hastaya sağlık durumu hakkında bilgi verilmesi anlamında yapılan açıklamalardır. Fakat aydınlatmanın yapılacağı kişi Ceza hukuku açısından rızayı açıklayacak ilgilidir. Bu iyileşmeye yönelik olabileceği gibi kötü bir durum hakkında da olabilecektir<sup>350</sup>. Tıp mesleği hakkında bilgilendirme olup, yalnızca bir doktorun müdahalesi gerekiyorsa gereklidir<sup>351</sup>. Hastanın var olan tıbbi bulgularına yönelik bir aydınlatma çeşididir<sup>352</sup> ve otonomi aydınlatmasının alt başlığı olarak da doktrinde ele alınmaktadır<sup>353</sup>. Hekimin hastasının bedensel bütünlüğüne ilk müdahalesi, hastalığa bir teşhis koyma aşamasından önce gerçekleşmektedir. Hekim hastasını muayene edecek, ona temas ettikten sonra bir takım çıkarımlarda bulunacaktır. Kişi; ortaya çıkan sonuçların nasıl

---

<sup>346</sup> Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.190.

<sup>347</sup> Taneri, s.210.

<sup>348</sup> Erman, Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.107.

<sup>349</sup> 2 WILS K.B. 359, 95 Eng. Rep. 860 (1767) aktaran Hersey/Miller, s.3.

<sup>350</sup> Zeytin, "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", s.11.

<sup>351</sup> Wiesner, s.75.

<sup>352</sup> Akbenlioğlu, s.87.

<sup>353</sup> Wiesner, s.75.

yorumlandığını da, hekim tarafından gerçekleştirilecek bir aydınlatma sonucunda öğrenecektir. Hastanın teşhisi mutlaka bilmesi gerekir<sup>354</sup>.

Hastanın, hekime rahatsızlığına ilişkin olarak başvurduğunda buna dair açıklama yapması da bu kapsamda yer almaktadır<sup>355</sup>. Hastanın özerkliği bakımından önemlidir ve hastanın karar verebilmesine hizmet eder<sup>356</sup>. Eğer bulgular henüz kesinleşmemiş ise bunun hasta ile paylaşılmaması gerektiği doktrinde savunulsa da<sup>357</sup>; kanaatimizce her noktanın hastaya açıkça aktarılması rızanın sağlıklı açıklanabilmesi için önem taşımaktadır. Bunun tersine doktrinde özellikle terminal dönemdeki kanser hastalarının aydınlatması açısından hastanın daha fazla zarara uğramaması gerekçesiyle, beklenilmesi gerektiği de savunulmaktadır<sup>358</sup>. Kanaatimizce eğer yapılacak tıbbi müdahale *mutlak değilse*; bu durumda gerçekleşmesi mümkün gözükmeyen komplikasyonların dahi bildirilmesi gerekmektedir<sup>359</sup>. HHY m.19 uyarınca teşhis saklanabileceği öngörülse de, yönetmelikler ile temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi konusundaki görüşümüz uyarınca; hastaya net bilgi verilmeli, merhamet duygusu ile hastanın temel hakları zedelenmemelidir. Kaldı ki; yönetmelikler ile Anayasal bir hakkın kısıtlanması mümkün değildir.

## (2) Uygulama Aydınlatması-Verlaufsäufklärung

Hastaya önerilen tıbbi müdahalenin uygulanmaması durumunda oluşabilecek durumların anlatılması anlamına gelen süreç aydınlatması<sup>360</sup>; hastanın tıbbi müdahaleden sonra karşılaşılabileceği durumlara ilişkindir. Bu taktirde hasta,tıbbi

---

<sup>354</sup> Roggo, s.89-90.

<sup>355</sup> Taneri,s.210.

<sup>356</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn.204 aktaran Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.6-7.

<sup>357</sup> Hakeri,**Tıp Hukuku**, 11.Baskı,s.191.

<sup>358</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht,Rn.249; Laufs, 69-13 aktaran Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.6-7.

<sup>359</sup> Hakeri,**Tıp Hukuku**, 11.Baskı,s.197.

<sup>360</sup> Ayan S.1-72.

müdahalenin sonuçları hakkında kesin bilgi sahibi olacağından önemsiz görülmemelidir<sup>361</sup>.

Hastaya yapılması düşünülen tıbbi müdahalenin kapsamı hakkında bilgi verilirken, bir yandan da gerçekleştirilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında da bilgi verilmelidir<sup>362</sup>. Uygulama aydınlatması; gerçekleştirilecek olan müdahalenin kapsamı, türü ve olası sonuçlarına dair bir aydınlatmadır. Örneğin gerçekleştirilecek müdahale sonrasında şiddetli ağrı meydana gelebilecek ise ya da kullanılan aletlerin türü hastayı etkileyebilecek ise, bu durumlarda hasta aydınlatılmış olmalıdır. Örneğin Koblenz İstinaf Mahkemesinin bir kararında, Tiroit ameliyatı sonrasında ortaya çıkan nefes almadaki güçlükler dava konusu olmuştur. Mahkeme; bu aydınlatma türü bakımından, hastanın karar verebilmesi için, hasta riskleri ve başarısız müdahale sonucunda gerçekleşebilecek durumları bilirse ancak gerçekten kararını oluşturup rızasını açıklayabileceğine karar vermiştir<sup>363</sup>.

### (3) **Tedavi Alternatifleri-Behandlungsalternativen**

Hekimin uygulayacağı tedavinin, varsa alternatiflerinin de, hastaya aktarılması önem taşır. Tıbbi müdahale öncesinde; hastanın, cerrahi bir operasyon mu yoksa bir ilaç tedavisi mi uygulanacağını bilmesi gerekir<sup>364</sup>. Çünkü hasta, serbest iradesi ile tercihte bulunacaktır. Tıbbi müdahale alternatifleri, aynı zamanda tedavi olmamayı da kapsamaktadır. Tıbbi müdahalenin yapılaş şeklini ise hekim belirler. Örneğin; tiroit organının tek taraflı olarak çıkartılmasının, ses tellerini felç edebilecek riskler taşıdığı mutlaka hastanın bilgisine sunulmalı ve hasta bu hususta aydınlatılmalıdır. Frankfurt İstinaf Mahkemesi bu konuya dair bir kararında sonradan müdahalenin çift taraflı olması bakımından korunabilir bulsa da, tek taraflı

---

<sup>361</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.300.

<sup>362</sup> Ozanoğlu,s.67.

<sup>363</sup> OLG Koblenz MedR 05, 292 kararı aktaran Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.7 ve dip not 19; Hakeri,**Tıp Hukuku**, 11.Baskı,s.194.

<sup>364</sup> Akbenlioğlu,s.92.

müdahalede mutlaka aydınlatma yükümlülüğü olmasını aramıştır. Bu aydınlatma yükümlülüğü, ancak tedavi alternatiflerinin eşit ya da yakın riskler taşınması durumunda göz ardı edilebilir<sup>365</sup>.

Tedavi alternatiflerinin sorunlu alanlarından biri tedavi masrafları bakımından ortaya çıkmaktadır. Hasta bazı durumlarda bütçesini aşacak bir uygulamayı tercih edemeyebilir<sup>366</sup>. Kanaatimizce kişinin sigortadan yardım alıp almayacağı konularında da aydınlatılması gereklidir.

#### (4) Risk aydınlatması-Risikoaufklärung

Bir tıbbi müdahale bakımından “*Risk*”, kelime itibariyle insanın “*zarara uğrama tehlikesi*” dir<sup>367</sup>. Olumsuzluk içeren bir aydınlatma türüdür. Hasta, risk aydınlatmasından sonra tedaviye rıza göstermesi sebebiyle bir sonraki aşamaya geçilebilecektir. Bu anlamda da riziko aydınlatmasındaki açıklamaların nerede sonlandırılması gerektiği hususu doktrinde tartışılmaktadır. Hastaya her rizikonun anlatılması gerektiğini savunan yazarlar<sup>368</sup> olduğu gibi, tıbbın yetersiz kaldığı bazı alanlarda “*hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermeyeceği endişesi ile*” aydınlatmadan kaçınılması gerektiğini de savunan yazarlar<sup>369</sup> mevcuttur.

---

<sup>365</sup> OLG Frankfurt VersR 2004, 1053 kararı aktaran Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.8 ve dip not 23; Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11.Baskı,s.193.

<sup>366</sup> Yazara göre ekonomik aydınlatma da, uygulanacak olan tıbbi girişimin kalitesi de önem taşır. Ancak yazara göre uygulamada hekimin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.Bkz. Akbenlioğlu,s.97.

<sup>367</sup> (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5447cef5b9dc51.92439706](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5447cef5b9dc51.92439706) , 22.10.2014 .

<sup>368</sup> Alman Hukukunda baskın görüşün hastaya herşeyin açıkça söylenmesi gerektiği olduğuna dair bkz. Reisoğlu,S.;Hekimin Hukuki Sorumluluğu,Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu-Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler 5.Sempozyumu, Ankara,12-13Mart 1982, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi,Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s.1-18 ‘den nakleden Erol, s.62.

<sup>369</sup> “*Hastayı kesin olarak ölüme götüren ve tıbbın engelleyemeyeceği, tıbbın o anda yetersiz kaldığı hastalığı açıklamaması mümkündür.*”Bkz. Erol, s.61.

Her türlü özene rağmen, ortaya çıkabilecek kalıcı veya geçici bütün durumların hastaya aktarıldığı bir aydınlatma türüdür<sup>370</sup>. Hasta; hekimin bilgi, eğitim ve güvenilirlik seviyesine bağlı olarak, genel yaşam deneyimine göre normal olmayan herhangi bir semptom veya diğer anormalliği kendisine bildirmesi üzerine hekimine güvenebilir<sup>371</sup>. Tıp biliminin, aydınlatma gerçekleştirileceği esnadaki, bilgi seviyesinde bilinen; olasılık dahilinde tüm riskler hastaya aktarılmalıdır<sup>372</sup>. Alman hukukunda en problemli alanlardan biri de risk aydınlatmasıdır. Mahkemeler, en çok bu noktaya değinmektedir. Ancak hangi risklerin açıklanması gerektiği bakımından da içtihatlarda bir birlik oluşturulmamıştır. Esasında ana risklerin açıklanması tutarlıdır. Ancak doktrinde aktarıldığı üzere; bir davada, çocuk felci aşısı bakımından aydınlatılmamış bir çocukta, 1/15.500.000 olan enfeksiyon riskine rağmen gelişen çocuk felci sonucunda, mahkeme aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Özellikle tıbbi müdahaleler eğer zorunlu değil ise; örneğin estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, insan üzerinde deney, organ ve doku nakilleri, sterilizasyon, kürtaj gibi durumlarda aydınlatma yükümlülüğü artacaktır<sup>373</sup>. Eğer riziko ağır ise, o zaman aydınlatmanın kapsamı artacaktır. Hastanın kararını etkileyecek her türlü risk konusunda hasta aydınlatılmalıdır<sup>374</sup>. Eğer tedavi prosedüründe yer alan riskler hastaya açıklanmamışsa, hem malpraktis sorumluluğu hem de aydınlatma bakımından geçerli bir rızanın bulunmaması sebebiyle tıbbi müdahale bakımından ceza sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>375</sup>.

Riskler hakkındaki aydınlatmayı konu alan İllinois 1982 tarihli *Magana v Elie* davasında da, mahkeme hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirerek

---

<sup>370</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11. Baskı, s.201.

<sup>371</sup> Amir Arbab-Zadeh/ Otto Prokop/ Wolfgang Reimann, **Rechtsmedizin: für Kriminologen, Ärzte, Juristen u. Studierende**, Stuttgart-Newyork, Gustav Fischer Verlag, 1977, A 3 3 V B 4.

<sup>372</sup> Akbenlioğlu, s.94.

<sup>373</sup> Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, s.10; Taneri, s.211.

<sup>374</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11. Baskı, s.201.

<sup>375</sup> Kramer/ Kramer, s.18.

aydınlatılmış onam almasını tıbbi standarda dahil etmiştir<sup>376</sup>. Özellikle aydınlatma çeşitlerinden riziko aydınlatmasında kendisini gösteren bir sorun aydınlatmanın ne kadar geniş olacağına dairdir. Kişiden kişiye, yaştan yaşa, hastalıktan hastalığa bu sınırın değişebileceği aşikardır. Hekimlerin, hastalarına tıbbi müdahalelerin herkes tarafından bilinen olası sonuçlarını aktarması gerektiğini savunanlar olduğu gibi, her şeyi açıklaması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>377</sup>. Kanaatimizce hastanın durumuna dair hiçbir hususun ilgiden saklanmaması gerekmektedir<sup>378</sup>. Tıbbi müdahalenin riskleri ne kadar büyükse o kadar aydınlatma yapılması gerektiği, ülkemizde istatistiklerin sağlıklı olmaması gerekçesiyle de; “*riskin ağırlığı ve sıklığı*” ölçütlerinin ülkemizde uygulanamayacağı da doktrinde savunulmaktadır<sup>379</sup>. Kanaatimizce hastadan hiçbir bilgi saklanmamalıdır. Hastanın özellikle tedavi ve sonrasında yaşadığı güçlükleri göz önünde bulundurursak, kendi hastalığı noktasında bilgi sahibi olmayan hastadan merhamet için dahi, gerçeğin saklanmaması kanaatindeyiz. Gerçek acıtabilir ancak kişinin doğru hareket etmesini sağlar. Kişiden kanser olduğunun saklanması durumunda, belirsiz bir durum yaratılarak hastanın teşhis dahi konulamayan bir hastalığa sahip olduğunu düşünmesini sağlamak daha merhametsizce bir davranıştır. Tıbbi tanı, rıza gösteren kişiye ait bir gerçektir ve ait olduğu kişiden saklanmamalıdır.

### c. Hekimin Otobiyografik Aydınlatması

Hekimlerin de hastalarına kendileri hakkında bilgi vermeleri gerekmektedir<sup>380</sup>. Kanaatimizce *hekimin profesyonellik sınırları içerisinde kalmak ve hastasını gereksiz umutlandırmadan*, bu otobiyografik aydınlatmayı gerçekleştirmesi çoğu zaman

---

<sup>376</sup> 439 N.E. 2d1319,108 III, App 3d 1028 (1982) aktaran Barbara Werthmann, **Medical Malpractice Law: How Medicine Is Changing the Law**, 1st Edition, Lexington, Massachusetts, Toronto, Lexington Books, D.C. Heath And Company, 1984,s.24.

<sup>377</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s. 99.

<sup>378</sup> Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. aydınlatmanın kapsamı.

<sup>379</sup> Ozanoğlu,s.68.

<sup>380</sup> Hekim konuya dair gerçekleştirdiği mesleki başarılarından da bahsedebileceği için otobiyografik aydınlatma olarak adlandırmayı uygun gördüğümüzü belirtmek isteriz. Ayrıca bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.108.

hastanın güven duymasına yardımcı olmaktadır. Güven ilkesi uyarınca, tıbbi müdahale bakımından ilgilinin rızasını sağlıklı olarak açıklamasına da hizmet edecektir. Bu gerekçeyle, tedaviye yönelik açıklanan rızanın sadece hekimleri değil, “yeterince eğitilmiş tıp asistanları” nı da kapsadığı görüşüne katılmamaktayız<sup>381</sup>.

#### d. İlaç Aydınlatması

Tıbbi Müdahalenin bir de ilaç tavsiyesi ayağı bulunmaktadır. Hekimin bir sorumluluğu da hastayı önermiş olduğu ilacın yan etkileri bakımından da aydınlatması gerekliliğidir. Tıbbi müdahalenin hastanın iyileşmesini sağlayan, bu çok önemli kısmında; hastanın ilacın kullanımı konusunda bilgilendirileceği gibi, yan etkileri konusunda da haberdar olması gerekmektedir. Çünkü böylelikle hekime söylemeyi unutmuş olduğu başka bir hastalığını da beyan edecek ve olası yan etkiler ilacın değiştirilmesi sebebiyle önlenip, hastalığın başarıyla tedavi edilebilmesi de sağlanabilecektir<sup>382</sup>.

Kişinin ilacı aldıktan sonra, prospektüsünü okuyarak bilgi edineceği yahut prospektüsünde yazması gerekçesiyle bu aydınlatmadan kaçınılması mümkün değildir. Hekimin, bizzat gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İlacın kullanımına dair zaman, doz bilgisi de bu kapsamdadır<sup>383</sup>. İlaç aydınlatmasını gereği gibi gerçekleştirmeyen hekim, doktrinde bir görüşe göre ülkemizde şöyle bir sorunla karşılaşacaktır: “ilaç prospektüsünü okuduktan sonra, ilacı almaktan vazgeçen hastalar hiç de az değildir. Ülkemizde ise ilaç prospektüsünün yerini, o ilacı daha

---

<sup>381</sup> LG Waldshut-Tiengen NStZ 05, 694’ten aktaran Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn. 14.

<sup>382</sup> Hastanın yan etkiler konusunda hiç bilgi almadan veyahut o ilacın kullanımına yönelik bilgi verilmeden ilaç tavsiye edilmesi hekimin aydınlatmayı eksik yaptığı sonucunu ve dolayısıyla da olası bir etki durumunda cezai sorumluluğunu gündeme getirebilir. Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.89.

<sup>383</sup> Yazar burada hekim ve ilaç firmasını ilaç aydınlatmasına dair sorumluluğu paylaştığını belirtmiştir. Söz konusu aydınlatma kanaatimizce sadece hekime aittir. Bazı durumlarda “eczacınıza danışınız” cevapları ile geçiştirilse de, ilaç kullanımının yanlış algılanması öldürücü olabilir. Detaylı açıklamalar için bkz. Akbenlioğlu, s.89.

*önce kullanmış ya da adını duymuş komşu ve yakınların ilaçla ilgili tıbbi dayanağı olmayan yönelendirmeleri alır.”*<sup>384</sup> Bazen ise, hasta uygulamayı kendisi yapmaktadır. Bu durumda da, hekimin nasıl uygulanacağı konusunda yahut o ilaç hakkında bilgi vermesi gerekir<sup>385</sup>. Hekim, ilacın etki ve yan etkileri bakımından da aydınlatma yapmak zorundadır<sup>386</sup>. Çünkü ilaç kullanımı sonucunda da ciddi etkiler meydana gelebilmektedir. Bazı durumlarda ölümcül dahi olabilmektedir. Bu nedenle bu aydınlatmanın atlanmaması gereklidir<sup>387</sup>. Hatta ilaç aydınlatmasında, hekim-hasta ilişkisi sonucunda olası bir yan etki de önlenabilir. Hekim, hastaya ve hastalığa en uygun ilacı reçete edecektir. Hastanın tıbbi geçmişine dair karşılıklı iletişim sonucunda uygun bir ilaç kişiye verilecektir. Bazı durumlarda ilacın bazı olası yan etkileri Örneğin saç dökülmesi, kızarıklık, araç kullanamama, uyku gibi durumları da hastanın güncel durumu uyarınca tespit edilmelidir. Bu konular da değerlendirilerek hastanın rızası alınmalıdır.

#### **e. Ekonomik Aydınlatma**

Tedavi alternatifleri alt başlığında da ele alınabilen bu aydınlatma kapsamında, hekimlerin ameliyatın maliyeti bakımından da hastalarını bilgilendirmede bulunur. Uygulamada *“hastanemizde 1 yıl sonra çektireceğin bir röntgeni, şuradaki özel hastanede çektirebilirsin biraz maliyetli olur”* şeklindeki hekim açıklamaları da esasında ekonomik bir aydınlatmadır. Bu durumlarda, hastanın tedavi olmak istediği hastaneden alabileceği hizmeti de alabilmesine yönelik başka bir çözüm aranmalıdır. Hastanın daha maliyetli bir tedavi kurumuna yönlendirilmesi kanaatimizce ekonomik aydınlatmanın açık bir şekilde kötüye kullanılmasıdır. Kişilerin tedavi alacakları kurumlarını seçerken de iradelerinin özgür

---

<sup>384</sup> Ozanoğlu,s.57 dip not 9.

<sup>385</sup> Maclean, s.145.

<sup>386</sup> Mehmet Demir, Soru-Cevap, Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008,Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2008,s.358.

<sup>387</sup> Akbenlioğlu, s.88.

kalması gerekir. Tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişinin rıza gösterme gerekçesi örneğin tedavisinin daha teşekküllü bir hastanede yapılmasını istemesi de olabilir.

## 5. Hastanın Rızasının Alınmamış Olmasının Hukuka Aykırılık Yaratmadığı Durumlar

### a. Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, ilgiliden zamanında alınmış olsaydı nasıl bir irade göstereceğine yönelik olarak her somut olayda ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bir kurumdur. Doktrinde varsayılan rızanın hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlardan biri varsayılan rızanın, suigeneris karakterli bir hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündedir<sup>388</sup>. Varsayılan rıza, örf ve adet hukuku temelli bir hukuka uygunluk sebebi olarak da kabul edilmektedir<sup>389</sup>. Doktrinde hukuka uygunluk sebebi olduğu yönünde görüşler olduğu gibi<sup>390</sup>, varsayılan rızanın bazı hallerde mazeret sebebi olduğu hususunda da görüşler mevcuttur<sup>391</sup>. Bizce de varsayılan rıza mazeret sebebi olarak ele alınabilir.

Doktrinde varsayılan rıza kurumunu, kabul etmeyen yazarlar bu yorumlara çeşitli gerekçelerle varmışlardır. Bir görüşe göre; ceza hukukunda varsayımdan hareket edilemez<sup>392</sup>. Diğer bir görüşe göre ise; varsayılan rıza oluşturan durumlarda hakkın icrası veyahut kanun emrini ifa gibi hukuka uygunluk sebepleri uygulama alanı bulabildiği alanlardır<sup>393</sup>. Ancak varsayılan rızayı, ilgilinin rızasının açıklanamadığı durumlarda uygulanma zorunluluğunu savunan görüşe göre ise,

---

<sup>388</sup> Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.371; Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.223.

<sup>389</sup> BGHSt 35, 246 (249) aktaran Krey/Esser, **AT**<sup>6</sup>, §17 kn. 677; Wiesner, s.69.

<sup>390</sup> Frister, **AT**<sup>6</sup>, §13 kn.4; Failin subjektif amacı da varsayılan rıza bakımından önem taşımaktadır Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.47; Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, §17 kn.114; “İzin verilen risk görüşünün özel bir görünüş biçimi” olduğu yönünde bkz. Öztürk/Erdem, §5 kn.441.

<sup>391</sup> Koca/üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.294.

<sup>392</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.375.

<sup>393</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.294.

*“narkoz altında ameliyat edilen karnı açıldığında, önceki ameliyatta unutulmuş bir gazlı bez görüldüğünde, bu gazlı bezden dolayı hastadan rıza alınmadığında, hastanın uyandırılarak, rızasının alınığ tekrar narkoz uygulanmasıyla ameliyata alınması başka türlü hukuka uygun görülemez”*<sup>394</sup>. Bu gerekçenin çok açık olduğu ve her somut olaya uygulanabilirliği açısından sorun doğurabileceği, özellikle de kişinin kendi geleceğini tayin hakkı kapsamında sorunlar barındırdığı kanaatindeyiz.

Eğer sonradan yapılan değerlendirmede ilgilinin iradesine aykırı olduğunun saptanması durumunda, varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebinden yararlanmasına engel olmayacağı yönünde doktrinde görüşler<sup>395</sup> mevcut olsa dahi, kanaatimizce hukuka uygunluk sebepleri bakımından hatanın varlığı hükümlerinin burada tartışılması gerekebilir. Fakat köklü çözüm; varsayılan rızanın hukuki niteliğine yönelik olarak kanun koyucunun bir tercihte bulunarak, yasada bunu açıkça düzenlemesi ile giderilebilir.

Varsayılan rıza, bazı durumlarda zımni rıza ile karıştırılabilme tehlikesi içermektedir. Varsayılan rıza oluşturan olaylarda, genellikle ilgilinin gerçekleştirilen fiile dair bilgisi bulunmamaktadır. Eğer bilgisi olsaydı, rıza gösterebilirdi varsayımında bulunularak sonuca varılmaktadır<sup>396</sup>. Tıbbi müdahaleler açısından, tasarruf edilebilir bir hukuki menfaat ile ilişkilendirilebilen noktalarda varsayılan rıza kurumu kullanılabilir<sup>397</sup>. Esasında Varsayılan rıza ve zımni rıza arasındaki farklar da çok da belirgin değildir. Zımni rızaya örnek olarak; jinekolojik muayeneye giden bir kadın hasta örneği doktrinde verilmektedir. Zımni rıza, kişinin örtülü olarak da olsa rıza gösterdiği durumlarda söz konusu olur. Bunu sözlü olarak ifade etmese de, davranışları ile rıza gösterdiği anlaşılır<sup>398</sup>. Ancak biz, somut olaya göre durumun değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Jinekolojik muayenenin nasıl yapılacağı

---

<sup>394</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.372-373.

<sup>395</sup> Kühl, **AT**<sup>5</sup>, §9 kn.47.

<sup>396</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.372; Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.224.

<sup>397</sup> Eğer kişi rıza açıklayabiliyor olsaydı, beyan edeceği doğrultuda bir yaklaşım sergilenmelidir. Bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.149.

<sup>398</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.372.

konusunda her hastanın bilgisi olmayabilir, olması da beklenemez. Kadın hastalıkları uzmanının gerçekleştirdiği fiile dair herhangi bir bilgisi olmayan bir kadının, bu konuda zımnen rıza gösterdiğine katılmıyoruz.

Kişinin daha önceden konuya dair bir açıklaması olmaması, rızanın alınması gereken zamanda bunun gerçekleştirilmesinin imkansız olması ve kişinin “*gerçek iradesini yansıtan*” bir yaklaşım içerisinde olunması gerekmektedir<sup>399</sup>. Bu nedenle varsayılan rıza konusunda hastanın vasiyeti de önem arz eder<sup>400</sup>. Biyotıp sözleşmesi m.9, tıbbi müdahale esnasında açıkça iradesini ortaya koyamayacak kişilerin önceki rızalarının dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir. Ancak bu konuda belirginlik yoktur. Hasta Vasiyetnamesi (Kararı/İsteği/Tasarrufu)<sup>401</sup>, iradesini artık (etkili bir şekilde) beyan edemeyecek durumda bir kişinin rızasının beyan edilmesidir. Genellikle yaşamı uzatan müdahalelerin reddi ile ilişkilendirilmektedir<sup>402</sup>. Kişilerin kendi kaderini tayin hakkını açıklayamaz hale gelebileceği durumlarda uygulanması için önceden belirttiği iradelerini yansıtmaktadır<sup>403</sup>. Doktrinde net olarak iradeyi belirten bu vasiyetnamelere geçerlik tanımaktadır<sup>404</sup>. Bazı yazarlar ise bu konuda daha temkinli bir yaklaşım sergilemektedir<sup>405</sup>. Hasta vasiyetnamelerinde en önemli konu, açıklamalardan sonra nasıl hareket edileceği noktasında yer alır. Ancak hasta vasiyetnameleri, ötanazi için faydalı ve gerekli bir araçtır. “*Ölümlü başa çıkmada bireysel ve toplumsal problemleri çözmek için belirleyici araç olarak*” kullanılabilmesinde bir engel yoktur<sup>406</sup>. Tam sınırları belirli olmasa da, doktrinde

---

<sup>399</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.150-152.

<sup>400</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.211.

<sup>401</sup> Hasta vasiyetnamesi teriminin kullanılmasının bu kavram bakımından daha yerinde olduğu, hasta tasarrufu tabirinin ise buna uygun olmadığı ancak hasta isteği gibi bir kavramın uluslararası sözleşmeler ile daha uyumlu kabul edilebileceği hakkında bkz. S. Hülya İmamoğlu, “Hasta Vasiyeti”, **III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötanazi Sempozyumu**, Ed. Hamide Tacir/Aysun Altunkaş, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.129.

<sup>402</sup> Alman Medeni Kanununun (BGB) § 1901a BGB § 1901A Paragrafı I ‘de de yasal tanım benzer şekilde verilmiştir. Bkz. Wolfgang Putz, “Die Patientenverfügung”, **FPR 2012**, s.13.

<sup>403</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.159.

<sup>404</sup> Erwin Deutsch, “Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten”, **NJW 1979**, s.1908-1909; Sternberg-Lieben, **NJW 1985**, s.2738.

<sup>405</sup> Laufs, “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.763-764.

<sup>406</sup> Hans-Ludwig Schreiber, “Das ungelöste Problem der Sterbehilfe - - Zu den neuen Entwürfen und Vorschlägen -“, **NStZ 2006**, s.477.

açıkça feragat edilmediği sürece hastanın inisiyatifinde kalınması gerektiğini savunurken; bazıları da karar verilme aşamasında hastanın daha önce aktardığı bir isteği olduğu için önemsenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>407</sup>. Hasta vasiyetleri noktasında katı ölçütler olması gerektiği de ülkemiz bakımından savunulmaktadır<sup>408</sup>. Doktrinde bazı yazarlar, Almanya'daki genetik tanı kanunu, hasta vasiyetnamesi kanunu ve doğum kontrol kanununa ilişkin konularda; rızanın geçerliliği bakımından mutlaka tıbbi bir endikasyon aranmaması gerektiğini düşünmektedir. Hatta bu kişilere göre, hasta vasiyetnamesi varsa; hekim ile ayrıca bu konunun görüşülmesi gerekmediği savunulur<sup>409</sup>. Hasta vasiyetnameleri, esasında bağlayıcı olması sebebiyle, kendi kaderini tayin etme hakkının ortaya konulmasında hastanın özerkliğini garanti etmektedir<sup>410</sup>. Çünkü kişinin henüz rıza açıklama yeteneği mevcut iken, gelecekte kendi kaderini tayin etmenin mümkün olmadığı durumlarda, tedavi için iradesini yansıttığı hasta vasiyetnameleri; kişinin önceden kendi kaderini tayin hakkına yönelik bir belirlemesidir<sup>411</sup>. Böylelikle kişi; henüz hukuken geçerli rıza açıklayabiliyorken, hem tıbbi müdahalelerin uygulanıp uygulanmayacağı, organ nakli, ötenazi, onu kimin temsil edebileceği konularında iradesini bildirecektir<sup>412</sup>. Öte yandan doktrinde, hasta vasiyetnamelerinin pasif ötenazinin önünü açtığı da iddia edilmektedir<sup>413</sup>.

Varsayılan rızanın uygulandığı durumlara örnek olarak; genellikle bilinci kapalı hastanın, rıza açıklama hakkı olduğu halde bunu açıklayamayacak olması ancak kişinin duruma dair bilgisi olması halinde ise rızasını açıklayacağı haller gösterilir<sup>414</sup>. Bir hekimin, bilinci kapalı hastaya tıbbi müdahale yapması; varsayılan rıza sebebi ile hukuka uygundur. Hatta bazen varsayılan rıza, kişinin açıkladığı

---

<sup>407</sup> Harro Otto, "Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung", **NJW 2006**, s.2219.

<sup>408</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.164.

<sup>409</sup> Krey/Esler, **AT<sup>6</sup>**, §17 kn. 669e.

<sup>410</sup> Otto, "Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung", s.2219.

<sup>411</sup> Putz, "Die Patientenverfügung", s.13

<sup>412</sup> İmamoğlu, "Hasta Vasiyeti", s.136-142.

<sup>413</sup> Schreiber, "Das ungelöste Problem der Sterbehilfe - - Zu den neuen Entwürfen und Vorschlägen - -", s.477.

<sup>414</sup> Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.372.

iradesine aykırı dahi olabilir. Bu kişinin durumu yanlış değerlendirmesinden kaynaklanıyorsa, varsayılan rıza kurumu uygulanabilir<sup>415</sup>. Birçok hasta rıza gösteremeyecek kadar ağır hasta yahut bilinç kaybı yaşamakta olabilir, bu nedenle de kişilerin aydınlatılmış rıza açıklayabilmesi mümkün değildir<sup>416</sup>. Kişinin rızasının, fail tarafından tahmini noktasında somutlaşmaktadır<sup>417</sup>.

Öte yandan Kastrasyon müdahalesine yönelik, NPHK m. 4/3'te yer alan bir düzenleme uyarınca, eğer ameliyat esnasında olası bir durum gelişirse ve kastrasyon yapılması zorunluluğu doğarsa, burada varsayılan rızanın uygulanacağı ve kastrasyon müdahalesinin yapılabileceği doktrinde savunulmaktadır<sup>418</sup>. Kanaatimizce ameliyat esnasında böyle bir durum gelişirse, hastanın sağlığı bakımından acil bir durum ortaya çıkmayacak ise; ameliyat yarıda kesilerek, hastanın rızasının alındıktan sonra müdahaleye devam edilmesi gerekir. Hastanın rızası, kastrasyonu kapsamıyorsa ve hekimin hastanın rızasını alabilme imkânı söz konusuysa; artık kastrasyon müdahalesi gerçekleştirilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Müdahaleye başlamadan önce, kastrasyon hekimin öngörüsü ve bilgisi dâhilindeyse ve bu konuyu hastaya aktarmamışsa, gerçekleştirilen kastrasyon müdahalesi bakımından, doktrinde taksirle yaralama suçundan sorumlu olacağı savunulsa da bu görüşe<sup>419</sup> katılmamakla birlikte, hekimin en azından olası kastla yaralama suçundan sorumlu olacağı kanaatindeyiz.

Türk doktrininde de, ilgilinin rızasına eşdeğer olarak gören görüşler bulunmaktadır<sup>420</sup>. Alman doktrininde ise bir görüşe göre; varsayılan rıza esasında fail tarafından açıklanmadığı bilindiği halde, mevcut duruma dair bilgisi olmuş olsaydı ilgilinin açıklayacağı rıza olarak da kabul edilmektedir<sup>421</sup>. Ancak Türk doktrininde

---

<sup>415</sup> Kaneti,s.247.

<sup>416</sup> Manson/O'Neill,s.5.

<sup>417</sup> Roxin, **AT I**, §18 kn 3.

<sup>418</sup> Ceren Yıldız, **Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası**, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D. 2012 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.125.

<sup>419</sup> Yıldız, **Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası**, s.126.

<sup>420</sup> İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.184.

<sup>421</sup> Honig, s.153 dip not 58.

bir görüşe göre, ilgilinin rızası ile bu kurumun açıklanması zordur. Tek taraflı bir değerlendirmeye hizmet eden bir yaklaşımla sorun çözülemez. Bu bağlamda, varsayılan rıza suigeneris özellik taşımaktadır. Hatta izin verilen riske dayandırılması durumunda daha kapsamlı bir değerlendirme olacağı da savunulmaktadır<sup>422</sup>.

## **b. Acil Tıbbi Müdahale**

Acil tıbbi müdahaleler, ilgilinin rızasının alınmadığı ya da alınmasının güç olduğu durumlardır. Acil hastalar, randevusuz gelirler ve zamanları da belirli değildir. İş yükü ve personel azlığı da aydınlatma sürecinde birçok sorunu beraberinde getirir. Ayrıca her hastanede acil uygulaması birbirinden farklılık arz etmektedir. Bazı hastanelerde acillerde onam aranmaksızın müdahalede bulunurken, diğerlerinde onam aranabilmektedir.

Biyo-tıp sözleşmesi m. 8 uyarınca; acil durumlarda aydınlatma yapılmadan tıbbi müdahale derhal uygulanabilir. Eğer hasta acil durumda ise; genellikle bilgilendirme yapılmaksızın hastanın hayatı kurtarılmaya çalışılmaktadır. Aydınlatma zorunluluğu, Biyo-tıp m.10/2 uyarınca bir anlamda gevşemektedir. Kişilerin bilgilendirilmeme taleplerinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulayan bu madde uyarınca, bilgilendirmenin otonomi aydınlatması bakımından geçerli olabileceği; terapötik aydınlatma bakımından geçerli olamayacağı kanaatindeyiz<sup>423</sup>. Çünkü hayat kurtarıcı müdahaleler dahi, hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirilemez. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile tıbbi zorunluluk hali çatışır durumda dahi olsa; tıbbi zorunluluklara göre öncelikli olan, kişinin tedaviyi reddetmesi yahut kabul etmesidir<sup>424</sup>.

Aydınlatmaya ilişkin somut olay değerlendirilirken acil tıbbi müdahale kapsamının belirlenmesi çok önemlidir. Hangi hastanın acil vaka sayıldığına dair

---

<sup>422</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.149.

<sup>423</sup> Karşıt görüşte bkz. Aykın/Çınarlı,s.325.

<sup>424</sup> Krey/Esser, **AT<sup>6</sup>**, §17 kn. 667.

kriterler kesin değildir. Sağlık Bakanlığının bu konuda birçok adsız düzenleyici işlemi mevcuttur. Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu da hangi olguların acil sayılıp ödeme yapacağı hususunda tebliğ yayınlamıştır. Acil durumlarda ilgililerin rızalarının alınmayacağına dair yanlış bir kanı da mevcuttur. Her tıbbi müdahalede olduğu gibi; acil vakalarda da aydınlatma yapılarak rıza alınmadan tıbbi müdahale gerçekleştirilemez. Aydınlatmanın en azından sözlü olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak bilinci kapalı hastanın yanında yakınlarının bulunmaması durumunda zorunluluk hali durumu saklıdır<sup>425</sup>. Ayrıca hastanın en iyi yararı ve çocuğun üstün yararını gözeterek de hekimin tedavi uygulayabileceği de savunulmaktadır<sup>426</sup>.

Acil müdahaleler bakımından, bazı durumlarda varsayılan rıza bazı durumlarda zorunluluk hali gündeme gelebilecektir<sup>427</sup>. İç hukuk metnimiz olan Biyo-tıp sözleşmesi m.8 uyarınca, rıza alınmasa da hastaya müdahale yapılmasına imkan tanımaktadır. Ayrıca Amsterdam Bildirgesi m. 5c hastanın yararına davranılması gerektiğine dair, acil müdahalelerin sınırını belirtmektedir. Sadece acil müdahalelerin aydınlatılmış onam olmaksızın gerçekleştirilebileceği konusunda genel bir fikir birliği vardır. Acil müdahaleler, yaşamsal risk taşımakta ve derhal müdahale edilmesi gereken durumlardır. Yani herkesin tıbbi müdahale talep edeceği durumları anlamamız gerekir<sup>428</sup>. Bir acil serviste, gerçekten de her durumda hastaya ne isteyip istemediği sorulmadan tıbbi müdahale mi başlatılacaktır? Doktrinde aktarılan bir örnek ise şöyledir: Acil servise gelen bir hasta, hayata döndürülmek istemediğini belirtir. Doktrinde verilen şu örneği aktarmak istiyorum: Acile gelen bir hastaya kalbinin durması varsayımı gerçekleştiğinde kalp masajı isteyip istemediğini soran bir hemşireye; hekimin verdiği, “*Aferin! Hastaya bunu soramazsın!*” cevabı<sup>429</sup>, bize acil servislerde kişi özerkliği olmalı mıdır sorusunu hatırlatmaktadır.

---

<sup>425</sup> Gürsel Çetin, ”Acillerde Yaşanan Adli Tıbbi Sorunlar”, **Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbı Güncellemesi**, Edt.Gürsel Çetin-Ahsen Kaya, 2012, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi no:78, İstanbul, s.22-25.

<sup>426</sup> Ersoy/ Şenses/ Er, s.1.

<sup>427</sup> Acil durumlarda zorunluluk halinin uygulabileceğine dair bkz. Tacir,s.174.

<sup>428</sup> Van Allen, **You Decide**,s.14.

<sup>429</sup> Louge, **Last Rights, Death Control and The Elderly in America**, s.303.

Hekimlere danışmak için gidildiğinde, tedavi sorumluluğu alınmış olmaz ve hekim garantör de sayılmaz. Örneğin; acil hekime sevk edilen bir hastaya, eğer şartlar mümkün ise aydınlatmayı acil hekimi gerçekleştirecektir<sup>430</sup>. Ancak garantör hekimin aydınlatma görevi vardır. Hastanenin dolu olması gerekçe gösterilerek, ilk tıbbi yardım yapılmadan hastanın gönderilmesi durumunda da ceza sorumluluğu doğabilir<sup>431</sup>. Uygulamada ise, acil servisten ayrılacak hastalardan tedaviyi reddettiğine dair yazılı bir belge alınmaktadır.

### c. Hipotetik Rıza

Açıklama yetersiz kalırsa, hastanın uygun bir açıklama durumunda da rıza göstermiş olduğu varsayıldığında, hipotetik rızanın varlığı kabul edilir<sup>432</sup>. Eğer hasta aydınlatılmış olduğunda aynı irade kapsamında rıza açıklayacağı durumlarda hipotetik rıza söz konusudur<sup>433</sup>. Hipotetik rıza yahut bir vekil rızası (Proxy consent) kullanılarak, rıza gösterme kapasitesi olmayan kişilere dair rıza sorununun çözülmesi de doktrinde önerilmektedir<sup>434</sup>. Hipotetik rızada, ilgilinin rızasının alınabilmesi mümkün olduğu halde alınmamaktadır<sup>435</sup>.

Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarında da; özellikle hekimin 2.ameliyat bakımından eğer hastanın aydınlatılsaydı rıza gösterebileceği hallerde hipotetik rızanın varlığını kabul etmiştir<sup>436</sup>. Kanaatimizce her ne kadar gerekli dahi olsa, hastanın matkap ucunun kırılarak hastanın bedeninde kalması sebebiyle bir anlamda “*hastasını telafi etmeye çalışan*” hekime, rıza açıklayıp açıklamayacağı durumu şüphelidir. Hasta, gerçekleştirilen durum kendisine

---

<sup>430</sup> Hakan Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.71, 77.

<sup>431</sup> Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.75; Kanaatimizce şartları mevcut ise nedensellik bağı kesilmedikçe ihmal suretiyle işlenen kasten yaralama (TCK m.88) yahut öldürmeden (TCK m.83) hekim sorumlu olacaktır.

<sup>432</sup> Krey/Esser, **AT<sup>6</sup>**, §17 kn. 669c.

<sup>433</sup> Roxin, **AT I**, §13 kn 119 vd. ; ayrıca eleştiri için bkz. Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.252.

<sup>434</sup> Manson/O’Neill,s.6.

<sup>435</sup> Öztürk/Erdem, §5 kn.443.

<sup>436</sup> BGH, NSTZ 2004, s.442 ve BGH, JZ 2004,s.800 aktaran Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s.249.

açıklanmadan bedensel bütünlüğü ihlaline MECBUR bırakılmakta ve sırf hekimin hatası sebebiyle yapılacak başka bir ameliyatın, belki de ilk müdahaleyi gerçekleştiren hekim tarafından asla yapılmamasına karar vermesi de muhtemel olmasına rağmen müdahale edilmektedir. Keza güven ilişkisi zarar gördüğünden, aydınlatma gerçekleştirilmeksizin hastanın 2.ameliyata mecbur bırakıldığı bu durumlarda hipotetik rızanın uygulanmasını hatalı bulmaktayız. Hatta TCK bakımından ilk gerçekleştirilen ameliyatta taksirin varlığı ispatlanıyorsa Taksirle Yaralama Suçu, 2. Ameliyat bakımından da rızanın yokluğu kesin olarak bilindiği halde bir müdahale yapılacağından Kasten Yaralama Suçu gündeme gelebileceğini de vurgulamak isteriz.

En tutarlı yaklaşım, hastaya bu durumu açıklamak; eğer hastanın rızası var ise aynı hekim tarafından 2. Ameliyatın yapılmasını sağlamaktır. Benzer bir durum uygulamada çok sık rastlanılan tiroit ameliyatları bakımından da görülmektedir. Hastanın tiroit bezinin bir kısmı alınıp, bir sonraki ameliyatın mecbur kılınması; hastaların da tiroitektomi (tiroit bezinin tamamen çıkartılması) ameliyatına gerekli ve yeterli aydınlatma yapılmaksızın maruz kaldığı görülmektedir. Bu durumda neden bir kısmının alındığı, kısa bir süre sonra tamamının alınmasına neden karar verildiği hastalara izah dahi edilmemektedir.

Hukuki olan yöntem, gerekli tedavi alternatiflerinin de açıklanması; hastanın öncelikle ameliyatta ne alınacağını bilmesi ve muhtemel 2. ameliyatın olabileceğinin de hastaya açıklanarak; tam bir aydınlatma ile ameliyat gibi bir bedensel müdahale için karar verebilmesi bakımından uygun ortamın yaratılmasıdır. Tek bir çözüm olmadığını öngören hekimin, ameliyatta organın tamamen çıkartılabileceğini bilmeyen hastaya, ikinci kez benzer bir müdahaleye neden maruz kaldığını açıklaması ve kişinin bunu bilerek rıza göstermesi gerekir. Bunun dışında aydınlatma olmaksızın gerçekleştirilen fiillerde, rızasız müdahaleler TCK m.86 bağlamında kasten yaralama suçu teşkil edecektir. Kimse; kişinin bedensel bütünlüğüne hile, tehdit, cebir veyahut başka sebeplerle aldığı rıza ile müdahale edemez. Bir gerçeğin hukuki menfaat taşıyıcısından esirgenmesi hukuka açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Her şeyden önce, AY m. 17 bağlamında bir hukuka aykırılıktır. Kutsal hak olan insan onurunun da çiğnendiği açıktır. Bu noktada hekimlik mesleğinin icrası hakkının kabulü söz konusu olamaz. Hekim, hastaya zarar vermemelidir. Güncel tıp standartlarına (buna tıp etiği de dahil) uygun hareket etmelidir. Bu nedenlerle hipotetik rıza kurumunu reddettiğimizi belirtmek istiyoruz.

#### **d. Katlanma Yükümlülüğü**

CMK bakımından da, tıbbi müdahalenin rızaya uygun yapılması için aydınlatılma gerekir. Ancak beden muayenesi veya vücuttan örnek alma durumlarında doktrinde genel kabul, bunun bir “katlanma yükümlülüğü” arz ettiği. Ceza hukuku doktrininde bunun bir mecburiyet olduğuna dair bakış açısı olsa da<sup>437</sup>, bu konuda tıp etiğine uygun hareket etmekle yükümlü olan hekimlerin durumu göz ardı edilmemelidir<sup>438</sup>.

1412 sayılı CMUK’da belirgin olarak düzenlenmeyen, sadece bilirkişi atanmasına yönelik düzenlemeler ile yapılan beden muayenesi, 5271 sayılı CMK’da ayrıca düzenlenme altına alınmıştır. CMK m.75-77 arasında düzenlenen bu işlemler koruma tedbirleri arasında yer almamıştır. Ancak hakim kararı ile yapılabilecek olan bu işlemlerin, benzer şekilde Alman CMK m.81a-81g arasında bilirkişi ve keşif başlığı altında, CMK’daki gibi koruma tedbirlerine benzer düzenlemeler yapılmıştır<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> Cumhuriyet Şahin, Gazi Şerhi, s.245’ten aktaran Gökcan, s.125 dip not 383.

<sup>438</sup> Gürsel Çetin, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Beden Muayenesi ve Örnek Alma”, 12. Uluslararası Adli Tıp Günleri, Antalya 2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları, 2006, s.58’den aktaran Gökcan, s.215 dip not 386.

<sup>439</sup> Ayrıca 1412 sayılı CMUK döneminde beden muayenesinin hukuki niteliğine yönelik olarak çeşitli görüşler ileri sürülmekteydi. Kunter’in “insan teftişi” olarak adlandırdığı bu işlem için aramaya yönelik hükümler kıyasen uygulanmalıydı. Yüce, Yurtcan ve Centel, Öztürk koruma tedbiri olarak belirtirken, Yenisey ise bağımsız bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu vurgulamaktaydı. Açıklamalar için bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014 ,s.277-279.

Soruşturma evresinde Sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından resen veya Cumhuriyet Savcısının talebi ile karar vermektedir<sup>440</sup>. CMK m.75/3 uyarınca “İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.” ancak Beden Muayenesi Yönetmeliği madde 4/2 ise mutlaka hekim tarafından yapılabileceğini düzenlediğinden, sadece hekim tarafından yapılabilir<sup>441</sup>.

Vücudun basit muayenesi, vücut üzerinde gerçekleştirilen bir aramadır. Belirli beden bölümlerinde; örneğin doğum lekesi veya et beni vb. aranır. Bunlar için rızaya gerek yoktur. Bedenin muayenesi hekim tarafından yapılmaktadır. Ülkemizde cinsel organlar ve anüsteki muayene, Almanya’dan farklı olarak basit muayene sayılmamaktadır<sup>442</sup>.

Dış beden muayenesi CMK’da değil, Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik<sup>443</sup> m.5’te düzenlenmiştir. Delil elde etmek için yapılacak olan ceza muhakemesi işlemi olduğundan, CMK’da kanunda düzenlenmeyerek sadece yönetmelik ile yetinilen dış beden muayenesinin de bedensel bir müdahale olduğunu bunun da hekim tarafından yapılabileceğini öncelikle belirtmek gerekir<sup>444</sup>. Ancak burada asıl sorun, beden bütünlüğü hakkının temel hak ve özgürlükler kapsamına girdiği, buna rağmen de kanunla düzenlenmesi gerektiği halde yönetmelik ile düzenlenmiş olmasıdır. Beden Muayenesi Yönetmeliği’nde dış beden muayenesine ilişkin hükümler ile şüpheli veya sanığa dış beden muayenesi yapılarak delil elde edilmektedir. Doktrinde koruma tedbirleri bakımından kanunilik ilkesi gerekçesiyle bu konunun yönetmelik düzenlemesi ile ele alınmaması gerektiği savunulmaktadır. Aksi halde elde edilecek olan delil hukuka

---

<sup>440</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.284.

<sup>441</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.286.

<sup>442</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kızıllar, s.155.

<sup>443</sup> Resmi Gazete Tarihi: 03.06.1979 Resmi Gazete Sayısı: 25832 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik çalışmamızda Beden Muayenesi Yönetmeliği olarak adlandırılacaktır.

<sup>444</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.281.

aykırı olabilecektir<sup>445</sup>. Ancak biz bu noktada bir adım daha ileri giderek, beden bütünlüğü açısından ve kişinin kendi kaderini tayin hakkı bakımından yaklaşılması gerektiğini ve özellikle de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak getirilen bir sınırlandırmanın mutlaka AY m.13 uyarınca yasal olarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Yani Beden Muayenesi Yönetmeliği ile gerçekleştirilen düzenlemenin yasal zemine kavuşturulması başta insan onurunun korunması bakımından ve ayrıca Ceza Muhakemesinde hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı noktasında kanunilik ilkesi çerçevesinde de yaklaşılabilirliği kanaatindeyiz. Ancak rıza gösterse dahi, kişilerin bedensel bütünlüklerine dair delil elde etme açısından açıklanacak olan rızanın aklanma hakkı kapsamında dahi değerlendirilebilmesi konusu da yasal zemine kavuşturulmalıdır. Bunun nemo tenatur hakkı ile çelişebileceği noktasında eleştiri getirsek de, rızaya dayalı, kişilerin beden bütünlüklerinin ihlali sonucunda elde edilecek olan delillerin hukuka uygunluğu açısından yasal düzenleme gerekmektedir.

Delil toplamak için bile olsa, bedene yapılan müdahalelerde; tanıkların, mağdurun veya şüpheli/sanığın aydınlatılması gerekir. Hatta kişinin rıza göstermesi durumunda, Nemo Tenatur ilkesi göz ardı edilmeksizin kişiye bilgi verilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu bilgilendirmenin hem CMK hem de delillerin serbestçe değerlendirilebilmesi için gerekli olduğu da doktrinde savunulmaktadır<sup>446</sup>.

Öte yandan; rıza açıklayan kişiler de “*aklanma hakları*” kapsamında hakim kararı olmasa dahi, beden muayenesi yaptırabilmelidir<sup>447</sup>. Ancak CMK’da buna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Konunun İlgilinin rızası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Ancak temel hak ve özgürlükler bakımından, bedensel bir müdahaleye razı olunabilmesi için sadece ilgilinin rızası

---

<sup>445</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.281; Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,5.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.298-299.

<sup>446</sup> Kızıllarslan, s.204.

<sup>447</sup> Doğan Soyaslan, “Vücut Muayenesi ve Örnek Alma”, AÜ Adli Tıp A.B. 14.1.2005 tarihli seminer sunumu (yayınlanmamıştır) aktaran Kızıllarslan, s.202.

yeterli sayılabilir mi? Konunun bu bakış açısı ile ele alınması gerekir. İlgili Beden Muayenesi Yönetmeliği m.18/2-3'te mağdurun rızası ile beden muayenesi yapılabileceği düzenlenmiştir<sup>448</sup>. Ancak CMK'da Cumhuriyet Savcısı tarafından bu işleme yönelik olarak açıkça Sulh ceza hakiminden talepte bulunulması düzenlenmiştir. Doğrudan Cumhuriyet Savcısına başvuran şüpheli, mağdur ve diğer kişiler bakımından Soruşturma evresinde, Sulh Ceza Hakimi'nden karar talep edilmeden bu işlemin yapılacağı da doktrinde belirtilmektedir<sup>449</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda da insan onuruna saygılı olunması bir zorunluluktur. Aksi halde müdahalenin, İHAS m. 3 kapsamında değerlendirilme tehlikesi ve hukuka aykırı delil olması gündeme gelebilir. *Jalloh v Almanya* ve *Ilijkov v Bulgaristan* kararlarında İHAM zorla muayeneye ilişkin bir takım kriterler belirlemiştir<sup>450</sup>. *Jalloh v Almanya* davasında zorla kusturularak, kişinin midesindeki uyuşturucu madde içeren torbaya ulaşarak delil elde edilmiştir. Bu yapılırken verilen kusturucu ilaç, kişiye bir boru ile verilmiş; bu da kişide acı yarattığı için, anksiyete yaşamıştır. İHAM, bunun İHAS m. 3 uyarınca; insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğuna karar vermiştir. Burada şüphelinin sağlığı üzerindeki etkiler ele alınarak delil elde etme metodları bakımından değerlendirme yapılmıştır<sup>451</sup>.

---

<sup>448</sup> **İlgilinin rızası Madde 18** "1-Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.2-Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur.3-Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir."

<sup>449</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.285; Fatih Selami Mahmutoğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", s.7 (Çevrimiçi) <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> 05.05.2017.

<sup>450</sup> *Jalloh v Almanya*- 54810/00, [2006] ECHR 721, (2007) 44 EHRR 32 ve *Ilijkov v Bulgaristan Başv.* No: 33977/96 kararları için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>, 21.02.2017 ve ayrıca kriterler için bkz. Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 215 ve 216.

<sup>451</sup> D.J.Harris/M.O'Boyle/E.P.Bates/C.M.Buckley, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöl Kılıcı/Ulaş Karan, 1.Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013,s.102.

Hakim kararı söz konusu ise, şüphelinin katlanma yükümlüğü söz konusudur. Muayene yapılabilmesi için kişinin kıyafetlerini çıkartması ve hekim tarafından uygun bulunan “*bedensel şeklin alınmasını*” da bu kapsamdadır. Ancak CMK bakımından delil elde edilmek için özellikle İHAS m. 3 kapsamında işkence/aşağılayıcı muamele de kişiye yapılamaz. Katlanma yükümlülüğünün bilgilendirmeyi zorunlu kılmadığı da doktrinde savunulmaktadır<sup>452</sup>. Kişinin hakkında verilen karara istinaden, yapılacak olan beden muayenesine yönelik kişi bilgilendirilmelidir. Ancak aktif bir katılım kişiden beklenemez. Ancak Alman Hukukunda zorla beden muayenesinin de yapılabildiği görülmektedir. Bunun ise ancak hakim kararı sonrasında olması düzenlenmiştir. Fakat Anglo-Sakson Hukukunda ise zorla muayene olması mümkün değildir. Öte yandan bu tutum kişinin suçluluğuna karine teşkil edebilir<sup>453</sup>.

Beden muayenesi yapılacak olan kişi tanıklıkta çekinebilecek bir kişi ise, örnek vermekten de kaçınabilecektir<sup>454</sup>. Ancak bu çekinme hakkına yönelik olarak tanıkların bilgilendirilmesi gerekmektedir. Çocuk veya akıl hastalarının da tanıklık için anladığı ölçüde bilgilendirilmesi ve katılımının sağlanması, sadece yasal temsilcisinin kararının geçerli olmadığı sonucuna yönetmeliğin ilgili maddesi<sup>455</sup> ve CMK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde varılmaktadır<sup>456</sup>.

Kadının iç veya dış beden muayenesi konusunda, talep edilirse kadın hekim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Bunun kadına aktarılması gerekir, bu yönde bir

---

<sup>452</sup> Kızıllarslan, s.209.

<sup>453</sup> Kızıllarslan, s.214.

<sup>454</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.288.

<sup>455</sup> **Tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı Madde 10**“1-Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. 2-Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.3-Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. 4-Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.”

<sup>456</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.288.

aydınlatma gerekliliği unutulmamalıdır<sup>457</sup>. Doktrinde bunun sadece kadınlara tanınan bir hak olarak kalması eleştirilmekle birlikte, kadınlara böyle bir hak tanınmanın ülkenin sosyal yapısına uygun olduğu da belirtilmektedir. Doktrinde ayrıca bu durumun olanakların el vermesi durumunda ancak gerçekleşebileceği bir de kadının rızası durumunda muayenenin erkek hekim tarafından yapılabileceği de belirtilse de<sup>458</sup>; kişisel görüşümüz kadının rıza göstermemesi durumunda muhakkak kadın hekim tarafından yapılmasının zorunlu olduğudur. Bu şekilde bir düzenlemenin eğer sosyal şartlara uygunluğu belirtiliyor ve savunuluyor ise; olanakların varlığı ya da yokluğu noktasında, başkaca bir değerlendirme konusu yapılabilir. Ayrıca eklemek gerekir ki, mutlaka kadına böyle bir hakkının olduğu da hatırlatılmalıdır<sup>459</sup>. Özellikle iç beden muayenesi yapılması, kişinin en azından psikolojik sağlığını etkileyecektir. Buna rağmen kişilerin muayenesi rıza dışı yapılır ise; tıbbi etiğe aykırılık teşkil edecektir. Kişinin her zaman bedenine ne yapılacağını bilme hakkı vardır. Bu muayene bakımından ve bu işleme itiraz hakkı olduğuna dair bilgilendirmeyi de içermektedir<sup>460</sup>.

İç ve dış beden muayenesi sonucunda elde edilen bulguların, şüpheliye yahut mağdura ait olup olmadığı noktasında yahut soy bağının tespiti için DNA incelemesi yapılabilir<sup>461</sup>. Delil elde edebilmek için de, kişilerin beden muayeneleri yapılabilir. Kişiden alınan kan, saç vb. gibi örnekler moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilmektedir. Bu yapılırken de asla, cerrahi bir müdahalenin yapılması mümkün değildir<sup>462</sup>. Başka suretle delil elde edilemediği zaman başvuru bu durumlarda, hakim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir<sup>463</sup>.

---

<sup>457</sup> Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s.21-22.

<sup>458</sup> Centel/Zafer,  **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.288.

<sup>459</sup> Centel/Zafer,  **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.286.

<sup>460</sup> Kızıllarslan, s.218.

<sup>461</sup> Centel/Zafer,  **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.293.

<sup>462</sup> Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s.9.

<sup>463</sup> Ünver/Hakeri,  **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.298.

Ayrıca yapılan tıbbi müdahale kapsamında da ele geçen rıza dışı bazı bulgular delil olabilecek değerde olabilir. Ancak doktrinde aksi belirtilse dahi <sup>464</sup>; delil olarak kullanılamayacağı kanaatindeyiz. Suçlanan kişiye, tıbbi müdahale yapılması ile elde edilen ve CMK kapsamında olmayan bir delil elde etme yöntemi ile delil elde edilmiş olacağından, kanaatimizce hukuka aykırı delil söz konusu olacaktır ve hükme esas teşkil edemeyecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; şüpheli ve sanığın susma hakkı, AY m.38 ve CMK m147’de düzenlenmiş bir haktır. Kişinin bedensel müdahaleye rızası dışında katlanması durumunu ele almak gerekirse; öncelikle konunun yönetmelik ile düzenlenmesi temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi gerektiği sebebiyle kabul edilemez. Susma hakkı, maddi gerçeğe ulaşmak için bile olsa geri planda bırakılamayacak kadar önemli bir haktır. Doktrinde kişinin susma hakkını kullandığı gerekçesiyle, bu müdahaleyi reddedemeyeceği savunulmaktadır. Bir başka görüşe göre ise; kimse kendi aleyhine delil veremeyeceğinden, zorla müdahale gerçekleştirilemez. Beden Muayenesi Yönetmeliği 18.m belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli zor kullanma yöntemlerinin yapılabilmesi noktasında öncelikle konunun yönetmelik ile düzenlenmesi hatalıdır<sup>465</sup>. AY m.13 ve 17 uyarınca kanunda düzenlenmesi gerekir. Ayrıca kişinin susma hakkı kapsamında zorla örnek vermesi yahut muayeneye tabi tutulması da bir başka problem arz eden alandır. Kişiye hakları hatırlatılmalı, her durumda hakim kararı alınmalı ve konuya dair düzenleme yasal olarak yapılmalıdır.

#### **e. Rızanın Aranmadığı Diğer Durumlar**

Rızanın Aranmadığı Diğer Durumlar da kanunlarımızda düzenlenmiştir. Bunları örneklememiz gerekirse; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.4/2 uyarınca eğer zorunluluk gerektiren bir durum söz konusu ise kastrasyon işlemi yapılabilir. Ve hastanın rızası burada aranmaz.

---

<sup>464</sup> Kızılarıslan, s.208.

<sup>465</sup> Centel/Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**,s.291-292.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 57,58 ve 72’de bulaşıcı hastalık durumlarında kişilere aşı ve serum gibi tedaviler uygulanabilecektir. Örneğin bulaşıcı hastalığa sahip olan bir kişiye zorla tedavi uygulanmasını veya karantinada tutulmasını AY m. 13 kapsamında hukuka uygun kabul edenler görüşler de doktrinde yer almaktadır<sup>466</sup>. Hatta Zührevi Hastalıklar bakımından da tecrit ve zorla tedavi işlemi gerçekleştirilebileceği m.107’de düzenlenmiştir.

Ayrıca Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik m. 8 uyarınca “(1) *Tedavi amaçlı programa katılma, hükümlülerin yeniden cinsel suç işlemelerini önlemek amacıyla ihtiyaç duyulan tedavi ve iyileştirme programları ile grup çalışmalarına veya bireysel çalışmalara katılma yükümlülüğüdür.* (2) *Cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, 5275 sayılı Kanununun 108 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (b) bendinde sayılan tedavi amaçlı programlara katılma yükümlülüğüne karar verilmeden önce 7 nci maddenin ikinci fıkrasındaki usule göre tedavi amaçlı programlara katılmaları konusunda rapor alınır. Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz.*”<sup>467</sup> hükmü getirilmiştir. Cinsel suçlarda, sağlık raporu olmaksızın böyle bir tedbirin uygulanması cezanın bireyselleştirilmesine aykırıdır. Öte yandan İHAS m.3 uyarınca kişiye işkence ve kötü muamale yasağına aykırılık teşkil eder. Çünkü kimseye bedensel ceza uygulanmamalıdır<sup>468</sup>. Fuhşa teşvik suçunda, bu suçun mağduru olan kişilerin zorla tedaviye gönderilmesi de hem uluslararası hem de ulusal düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Kişinin rızası olmaksızın tedaviye gönderilmesi durumunda katlanma yükümlülüğünün varlığı savunulabilir ancak yine de madde düzenlemesinde fuhşa teşvik edilen kişilerin rızalarının alınması konusu mutlaka ayrıca kanun maddesinde düzenlenmelidir. Her ne kadar kamu sağlığı ön

---

<sup>466</sup> Tacir, s.146-147.

<sup>467</sup> Resmi Gazete Tarihi: 26.07.2016 Resmi Gazete Sayısı: 29782.

<sup>468</sup> Ersan Şen/Nilüfer Yenice “**Cinsel suçlarda tıbbi tedaviye tabi tutulma**” (Çevrimiçi) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, 28.07.2017.

planda olsa da, buna yönelik olarak TCK m. 227/ 8 “*Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.*” düzenlemesi yerine, Umumi Hıfzısıhha Kanununa bir madde eklenerek, fuhşa sürüklenen kişiye, insan onuruna saygılı olacak tedbirler uygulanmak kaydıyla tedavi veya terapi uygulanması konusunda düzenleme yapılması ve bu düzenlemenin TCK’da yer almaması kanaatindeyiz. Çünkü suç mağduruna yönelik olarak zorla tedavi veya terapinin, TCK’da hakim tarafından hükmedilen bir hüküm olması çok isabetli bir düzenleme olmamıştır. Kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik olarak, rızası alınmaksızın uygulanabilecek tedbirler insan onuruna saygılı gerçekleştirilmek zorundadır. Ancak suç politikası gereği, suçun mağduru kabul ettiğimiz kişiye zorla tedavi uygulanması Ceza Hakimî tarafından hükmedilmesi gereken bir konu değildir. Bu kişiler, idari tedbir olarak hastaneye sevk edilebilirler. Fakat bu asla ceza ve güvenlik tedbirleri dışında yaptırımların düzenlenmediği ve mağdur olarak kabul edilen kişilere ayrıca bir yaptırım gibi algılanmasına yol açabilecek bir düzenleme ile yapılmamalıdır. Kamusal açıdan da, suç ile mücadele bakımından da kabul edilemez niteliktedir<sup>469</sup>. Hasta, eğer tıp mesleği mensubu ise aydınlatmadan kaçınılabileceği de doktrinde belirtilmektedir<sup>470</sup>. Ancak kanaatimizce kişiye müdahalede bulunacak olan hekim, bir gün önce dahi konuya dair var olan yeni bir tıbbi standardı değerlendirebilecektir. Konuya dair bilgi verilmesi kanaatindeyiz.

## **6. Aydınlatılmış Red Kavramı (Tedaviyi Reddetme Hakkı) ve Tedaviyi Durdurma Hakkı**

Uygulamadaki yaygın yanlış inanişaya karşı,<sup>471</sup> ilgilinin uygulanacak tıbbi müdahale veya sunulan teşhisi her koşulda kabul etme zorunluluğu yoktur. Aksi halde hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı olarak kişi otonomisi zarar görmüş olur. Bu gibi hallerde karşımıza “*Aydınlatılmış Red*” kavramı çıkmaktadır. Hekim,

---

<sup>469</sup> Ayrıca bkz. Ünver, ” TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.111.

<sup>470</sup> Aykın/Çınarlı,s.325.

<sup>471</sup> Yapılan araştırmada katılımcı hastaların %80’nin uygulanacak tedaviye, tedavinin risk ve seçeneklerine yönelik aydınlatılmadıkları hakkında bkz. Gülşen (Vural) Takak, Hasta Hakları,Ankara 1993, (yayınlanmamış doktora tezi)’nden aktaran Sarıtaş, s.82 118 nolu dipnot.

rıza gösterilmemesi durumunda yapılmaktan kaçınılan tedavi yahut teşhisin hastalığın seyri açısından öngörülebilir tehlikelerini ilgisine aktarmaması durumunda da kişi otonomisine zarar verilmektedir. Bu durumda da hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>472</sup>. Rıza, esasında bir tarafında da tedaviyi reddetme hakkı içeren “*bozuk paranın iki yüzü*” gibidir<sup>473</sup>.

Yapılacak olan tıbbi müdahaleye yönelik olarak tüm seçeneklerin, olası risklerin ve yararların ayrıntılı olarak hastaya açıklandıktan sonra bilgilendirilmiş olan hastanın yapılacak olan tedaviyi reddetme hakkına “*Aydınlatılmış Red*” denilir<sup>474</sup>. Bilgilendirmenin yapılacağı hak sahibi ilgili, reddetme hakkını kullanabilecektir<sup>475</sup>. Söz konusu düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 25. maddesinin 1. Fıkrasında “*Kanunen zorunlu haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*” şeklinde düzenlenmiştir<sup>476</sup>. Örneğin; midesinin yıkanmasını istemeyen hastaya sonucunda mide kanaması geçirme ihtimali söylendiği halde tedaviyi reddetmesi durumunda zorla hastanın midesini yıkayan hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>477</sup>.

---

<sup>472</sup> Aydınlatmanın sonucunda ilgilinin rıza vermeyi reddetme hakkı için “Amerikan hukukunda aydınlatılmış rıza-informed consent- in karşılığı olarak aydınlatılmış red-informed refusal-terimi kullanılmaktadır.” Bkz. DEUTSCH, Erwin; Neu Aufklärungsprobleme im Arztrecht, NJW, 1980, s.2585-2586 ‘den nakleden Ayan, s.71-72 173 nolu dipnot.

<sup>473</sup> Maclean, s.130.

<sup>474</sup> Tanım için bkz. (Çevrimiçi), <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Informed+refusal> , 30.09.2014.

<sup>475</sup> Çakmut, “Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, s.90.

<sup>476</sup> Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.539.

<sup>477</sup> Çakmut, “Aydınlatma ve Rıza”, s.87, Yazar ayrıca bu konuda rıza gösterilmemesini tedaviyi red kapsamında değerlendirmektedir ve aydınlatılmış olan hastanın ortaya çıkabilecek sonuca da katlanması gerektiğini düşünmektedir. s.88.

İlgili; kendisine hekim tarafından sunulan teşhis veya uygulanacak tedaviye rıza gösterip göstermeme konusunda serbesttir. Hekim, reddedilmesi durumunda meydana gelebilecek ilgilinin sağlığı açısından tehlikeli sonuçları açıkça ve anlaşılır biçimde rıza açıklamasını yapacak olan hak sahibi ilgiliye aktarmış olması gerekmektedir. Gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra ilgilinin aydınlatılmış şekilde reddetme hakkı mevcuttur<sup>478</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, eğer yetişkin bir hasta, hayati durumlarda dahi tıbbi müdahaleyi reddederse ve rızayı reddedip reddetmeyeceğine karar verebilir haldeyse; hekim, hastanın seçimine saygı göstermelidir<sup>479</sup>.

Tedavinin tamamının da reddi gündeme gelebileceği gibi, bir kısmının da reddi mümkündür<sup>480</sup>. Böyle bir durumda tedaviye red verildiği aşamada hekim tedaviye devam edemez. Fakat her durumda net bir formüle gitmek de mümkün değildir. Eğer ilgili her türlü açıklamaya rağmen sağlığı üzerinde geri döndürülemez bir bozukluğa sebep olacak şekilde red hakkını kullanıyorsa bu durumda hekimin nasıl davranması gerektiği hususunda doktrin açısından bir görüş birliği bulunmamaktadır. Hekimin böyle bir durumda ilgilinin hayatını kurtarmak için müdahalede bulunması durumunda bunu zorunluluk hali ile açıklayanlar olduğu gibi,<sup>481</sup> hiçbir şekilde müdahalede bulunamayacağını da belirten yazarlar bulunmaktadır.

İlgilinin rızası kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği haklara ilişkin olarak kullanabileceği için, vücut bütünlüğü hakkının ve kişi otonomisinin bir gereği olarak; ilgilinin göstermiş olduğu rızasını geri alamaması, hiçbir hukuk düzeni

---

<sup>478</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.155.

<sup>479</sup> Schwerd, **Rechtsmedizin**, kn.10.2.2.2.

<sup>480</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.155.

<sup>481</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.130-131;bu görüş doktrinde Barış Erman tarafından 2 bakımdan eleştirilmektedir. Zorunluluk halinin yapısı itibariyle bu durumu meydana getiren kişi tarafından oluşturulmamış olması durumuyla kabul edilemez ve kişi otonomisinin mutlaklığı itibariyle de hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. Detaylı açıklamalar için bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.156-157; Yaşam hakkının öncelikli korunması gerektiği için hayati tehlike arz eden durumlarda tedavinin reddedilemeyeceği görüşü için bkz. Hatice Sarıtaş,s.83.

tarafından kabul edilemez. Böylelikle ilgilinin uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından göstermiş olduğu rızasının her zaman geri alınabilmesi hakkına tedaviyi durdurma hakkı denilmektedir<sup>482</sup>. AY m.90/5 uyarınca, iç hukuk metnimiz olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 5/3'de söz konusu hak "*İlgili kişi muvafakatini her zaman geri alabilir.*"<sup>483</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Örneğin hasta kendisine açıklanan bir tedaviye rıza göstermiş olabilir, fakat tedavi devam ederken herhangi bir sebeple bu tedaviye son verilmesini talep edebilir.

Hastanın serbest iradesi ile verdiği rızayı her zaman geri alabilme hakkı vardır. Rızayı açıklayan ilgili hak sahibidir. Ayrıca bu husus Dünya Tabipler Birliğinin yayınladığı 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin 3.maddesinde de yer almaktadır<sup>484</sup>. Söz konusu hükme benzer 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinin (1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi) 3.2. maddesinde<sup>485</sup> ve Dünya Tabipler Birliğinin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesinin Gözden Geçirilmiş Şeklinin (1995 Bali Bildirgesi) 3.a. maddesinde de<sup>486</sup> yer almaktadır. HHY m. 24/4,5 ve 6'da da söz konusu hak yer almıştır. Fakat yönetmelik uyarınca rızanın tıbbi müdahale başladıktan sonra geri alınabilmesi için ilgilinin sağlığı bakımından herhangi bir sakınca doğurmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>487</sup>.

---

<sup>482</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı", Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne –Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009, Ankara 2010,s.91;Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.153.

<sup>483</sup> Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.17.

<sup>484</sup> "Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkında sahiptir." Bkz. Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.52.

<sup>485</sup> "Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir." Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.52.

<sup>486</sup> "Zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylamaveya kabul etme hakkına sahiptir." Hakeri/ Ünver/Çakmut, **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, s.44.

<sup>487</sup> Söz konusu yönetmelik maddesinin uygulanması durumunda hakkın kullanılmasının engellenebileceği bakımından bkz. Özlem Yenerer Çakmut, "Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı", **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne –Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu**, 2-3 Mart 2009, Ankara 2010,s.92.

Ayrıca yönetmelikte yazılı olarak alınması gerektiği belirtilen belgenin nasıl olması gerektiği ile ilgili herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce yazılı olarak belge almak yönetmelik gereğinden ziyade ispat açısından da önem taşıdığından, hastanın durdurma talebini açıkça belirtmesi gerekmektedir.

Konuyla ilgili olarak ulusal mevzuatımızda değinilmeyen başka bir husus da durdurma hakkı kullanıldığında; hekimin tedaviyi durdurması durumunda, hak sahibi ilgilinin sağlığı bakımından olası tehlikelere yönelik başka bir aydınlatma yapılıp yapılması gerektiğidir. Bu durumda da, kanaatimizce; durdurma hakkından sonra hastalığın oluşabilecek olumsuz seyri hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. Örneğin uygulanan müdahalenin hastaya fazla acı vermesi sebebiyle, hasta tedaviyi durdurmak veyahut kesmek isteyebilir. Bu durumda hastaya bu tedaviyi kesmesi durumunda oluşabilecek tehlikeler belirtildiğinde, hastanın tedaviye yeniden devam etmek isteyebileceği de varsayılarak bunun kişiye aktarılması gerekmektedir. Buna dair ayrıca bir bilgilendirilme yapılması gerektiği de, yine durdurma ve red hakkını düzenleyen ilgili uluslararası bildirilerde yer almaktadır. İlgilinin rızasını geri aldığına sonuçlarının ne olacağını da bilmeye hakkı vardır. Böyle bir bildirim yapılması durumunda ancak kişi otonomisi tam olarak kullanılmış olacaktır. Ayrıca durdurma hakkına yönelik belgeye hastaya bu konuda da bilgilendirme yapıldığına dair ibarenin eklenmesi de hem sorumluluk hem de hekimin hakkını kullanması açısından yerinde olacağı kanaatindeyim. Tedavinin reddedilmesi ile hastalığın seyri olumsuz bir hal alacaksa, buna dair sorumluluğun kendisinde olabileceği bilincinde olan hastanın; tedaviyi durdururken aldığı risklere yönelik aydınlatılmış olması da, kanaatimizce aydınlatma kapsamı içerisinde yer almaktadır<sup>488</sup>. HHY m. 25/2'de durdurma hakkının kullanılması durumunda hastanın yeniden sağlık kuruluşuna müracaatı durumunda aleyhine kullanılamayacağı belirtilmiştir. Rızaya ilişkin bir başka husus da gösterilen rızanın her zaman geri alınabileceğidir. Rızanın geri

---

<sup>488</sup> Benzer görüşte Özlem Yenerer Çakmut, "Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı", **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne –Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009**, Ankara 2010, s.92.

alındığı durumlarda hekimin tıbbi müdahaleye devam etmesi durumunda kasten yaralamanın şartları gerçekleşmiş olacaktır<sup>489</sup>.

Bireyin, beden bütünlüğü üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelere rıza gösterme hakkı olduğu gibi, bunları durdurmaya da hakkı vardır<sup>490</sup>. HHY m. 24 uyarınca başlayan tıbbi müdahaleye açıklanan rıza geri alınabilir. Bu da *tedaviyi reddetme* olarak değerlendirilmektedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre, tıbbi sakınca var ise hasta tedaviyi reddedemez, çünkü tıbbi sakınca kavramı net olarak belirlenebilir bir kavram değildir<sup>491</sup>. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek gerekir. Kanaatimizce kişinin tedaviyi reddetme hakkı tıbbi sakınca durumlarında da mevcuttur. Ancak burada hakkın icrası, zorunluluk hali gibi kavramlar da devreye girmektedir. Fakat kişinin iradesine karşı yine de bedensel bütünlüğe zarar veren bir fiilin yapılması ne derece mümkündür? Somut olay irdelenmeli, eğer kişi rızasını geri aldığı durumda geri dönüşsüz kayıplar meydana gelecek ise tedavi ayrıcalığı kapsamında bazı düzenlemeler yapılmalıdır. Yasal düzenlemeler mevcut olmadıkça, kişinin rızasını tıbbi sakınca olması durumunda geri alması konusunda hem hukuki hem de etik sorunlar ortaya çıkacaktır. Ancak Anayasa’da belirtilen tıbbi zorunluluk kavramına tıbbi sakıncanın da girebileceği gözardı edilmeden, devletin kişiyi kendisine karşı dahi koruma hakkı olup olmadığı konusunda varılacak cevaplar konuya dair soruları cevaplamamıza yardımcı olacaktır. Kişinin tıbbi sakınca olduğu durumlarda tedaviyi reddedebilmesi, kendi geleceğini belirleme hakkı bakımından gereklidir. Ancak kişinin beyin ölümü gerçekleştiğinde de başka hayatlar kurtarabilecek organların akibetinin ne olacağı da cevaplanması gereken sorulardandır.

Mukayeseli hukukta da, *Re Estate of Brooks davasında*, tedaviyi red hakkını açıkça kabul ettiğini görmekteyiz<sup>492</sup>. İş gücü içerisinde yer alan bir gebenin, her ne

---

<sup>489</sup> Belgesay, s.64.

<sup>490</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s. 98.

<sup>491</sup> Taneri, s.184.

<sup>492</sup> 205 NE 2d 442 (1965) aktaran İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, s.124.

durumda olursa olsun sırf hamile diye tedavi edilmesi gerekmediği ve ahlaken kabul edilmese dahi; eğer kişi rıza gösterebilecek yeterliğe sahip ise fetüsün yahut kendisinin ölmesini dahi sonuçlarsa tedaviyi reddetme hakkının kabul edilmesi gerektiği de *St George's NHS Trust v S.* Davasında tartışılmıştır<sup>493</sup>.

Kişinin talebi bazen mantıksız ve garip olsa dahi, rıza açıklamaya yetkin bir kişinin gösterdiği iradeye saygı duyulmalıdır<sup>494</sup>. ABD'de Zihinsel Kapasite Yasası (2005) m. 1/4 uyarınca; kişinin akla yatkın karar vermemesinin, onun tedavi edilmemesine yol açmaması gerektiğini düzenlemiştir<sup>495</sup>. Örneğin Yehova Şahidi olan ailenin; çocuğuna, kan nakli yaptırmamasına dair talepleri de, yetişkinlerin din özgürlüğü olabileceği gerekçesiyle İllionis Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmiştir<sup>496</sup>. Başka bir davada ise; gebe kadın sezeryanı reddetmesi üzerine, bunun ölümcül sonuçları kendisine aktarılmış ve buna rağmen kadın kararında ısrar etmiştir. Hastane, kişinin karar verebilme yetkinliğinin olmadığını savunsa da, mahkeme hastanın duygusal stres yükü olsa dahi, kişinin ölümüne yol açacak bir tedaviyi dahi reddetme hakkına üstünlük tanıyarak; kişinin bu konuda seçim yapabileceğine karar vermiştir<sup>497</sup>. "*Kişinin hayatı tıbbi tedaviye bağlı olsa dahi, akli başında bir yetişkin bu reddetme hakkına sahiptir. Bu her bireyin özerkliğini ve self-determinasyon hakkını yansıtır.*"<sup>498</sup>

---

<sup>493</sup> (1998) 3 All ER 673, (1998) 2 CHRLD 323 aktaran Carr,s.149; Bunun sonuçlarından etkilense dahi gebe kadının tedaviyi red hakkı için *R v Collins, ex p S(1998)May 7 (CA)* aktaran bkz.Grubb,s.10-11, bu davada S'nin rızasına aykırı olarak sezeryan ile bebeğin doğumu gebe kadının rızasına aykırı olduğu halde gerçekleşmişti.

<sup>494</sup> *R v Collins, ex p S(1998)May 7 (CA)* davasında mahkeme 36 haftalık gebe olan kadının tedaviyi red hakkına saygı duyulması gerekirken, rızasına aykırı olarak gerçekleştirilen sezeryanaçısından kişinin rızasına aykırı şekilde özgürlüğünün kısıtlandığına karar vermiştir. Hatta doğmamış çocuğun rızasına itibar edilmemesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Karara dair açıklamalar için bkz.Grubb,s.11.

<sup>495</sup> Carr,s.149.

<sup>496</sup> *People exrel Wallace v. Labrenz*, 104 NE 2d 769 aktaran bkz. İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, s. 125.

<sup>497</sup> *Rochdale Healthcare (NHS) Trust v C* (1997) FCR 274 aktaran Carr,s.150.

<sup>498</sup> "*Even when his or her own life depends on receivingmedicaltreatment, an adult of soundmind is entitledtorefuse it. Thisreflectstheautonomy of eachindividualandtheright of self -determination.*" *StGeorge's Healthcare NHS Trust v S, R v Collins and others* (1998) 3 WLR 936 davasında hakim LJ'nin görüşünü aktaran Carr,s.151.

Hekim, kişinin açıkladığı rızasının kapsamı dışına, hastanın iyiliği için dahi çıkamaz. Örneğin kişi eğer delik rahminin onarılması için rıza açıkladıysa, hastanın iyiliği için sterilizasyon gerçekleştiren hekim suç işlemiş kabul edilir<sup>499</sup>. Akli başında her yetişkin, tedaviyi red hakkını kullanabilir ve hukuken tanınmış bir haktır. Hekim, hastaya, tedavi içeren müdahale gerçekleştirmek için; hasta ile güç mücadelesine giremez. Ancak yaşamı tehdit eden durumda da, belki de ötenazi anlamına gelebilecek bu durumda hastanın yine de tedaviyi reddetme hakkı var mıdır<sup>500</sup>? Bu tartışmalıdır.

AY m.17'de<sup>501</sup>; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller bakımından, bu haklara sınırlamalar getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm ilgilinin rızasını hiç göstermediği hallere ilişkin olup; tıbbi zorunluluk kavramından, ilgilinin rızasının alınmadığı durumlar anlaşılmalıdır<sup>502</sup>. Esasında tedaviyi red hakkı, kişinin Anayasal hakkıdır. Ayrıca birçok sözleşme açısından da iç hukuk düzenlememizdir. Bu sebeple, ülkemizde yasal açıdan hastaların tedaviyi reddetme hakları vardır. Tedavilerinin her aşamasında bu haklarını baskı görmeden özgür iradeleriyle kullanmalarının sağlanması da, uluslararası metinlerde imzaları bulunan devletlerin sorumluluğundadır. İnsan onuru ve kişilerin kendi geleceklerini belirleme hakları bakımından aksini savunamamaktayız. Ancak bir kişinin tedaviyi reddetmesi durumunda, toplumda yer alan diğer kişilerin de sağlıklarını etkileyebilecek salgın hastalıkların görülecek olması kişilerin kendi geleceklerini belirleme haklarının dışında yer alır. Son dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen aşı kararına da, toplumda yer alan diğer çocukların da sağlıklarını tehlikeye soktuğu ve yaşamsal tehlike yarattığı gerekçeleriyle katılmadığımızı bir kere daha yineliyoruz. Konuya

---

<sup>499</sup> ABD'de *Devi v West Health Authority (1981) CA Transcript 491 Unreported* davasında hekimin kasten yaralama suçunu işlediğine karar verilmiştir. TCK bakımından ise hukuka aykırı olarak sterilizasyon işlemi gerçekleştirmesinden dolayı sorumlu olacaktır. Kararı aktaran Carr,s.153.

<sup>500</sup> **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party,s.45.

<sup>501</sup> 1982 tarihli TC Anayasası madde 17.maddesinin 2.fıkrası "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*"(Çevrimiçi),, [http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa\\_2011.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf) , 01.10.2014.

<sup>502</sup> Aynı görüşte bkz. Çilingiroğlu, s.47; Erman,  **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**,s.154; Detaylı açıklamalar için bkz. Tezin ilgili bölümlerine bakınız.

dair; ilgilinin rıza açıklayabileceği hususları değerlendirirken de belirttiğimiz, “*ahlak ve adaba aykırılık*” kavramı gibi, zamana ve kişilere hatta toplumun belirli kesimlerine göre değişkenlik gösterebilen bir gerekçe göstermemekteyiz. Toplumda yaşayan diğer bireylerin, yaşamlarını sona erdirebilecek kadar önemli bir konuda kişilerin kendi geleceklerini tayin hakkının kullanımının sınırlandırılabilmesi kanaatindeyim. Sadece yasal metinler açısından değerlendirdiğimizde; toplumdaki kişilerin ahlaklarına uygun olarak kabul edilmeyen bir takım tıbbi müdahalelerin, toplumdaki diğer kişilere dolaylı etkisi bulunmaktadır. Ancak bulaşıcı hastalık gibi konularda kişiler deşifre edilmeden ve mahremiyetleri korunmak kaydıyla, tedavi edilmelidir. Örneğin bir bölgede çocuk felcinin görülmediği, hekim tarafından rapor edilmesi gereken bir husustur. Ancak kişilerin özel yaşamları ile direkt ilgisi olan ilgilinin rıza göstererek gerçekleştirdiği bir estetik operasyonun; toplumda yaşayan diğer bireyler ile hukuki menfaat bağlamında uzak bir bağlantısı vardır. Ancak çocuk felci aşısını yaptırmadığı gerekçesiyle bölgede çocuk felci hastalığının yayılması durumunda, toplumdaki birçok kişiyi direkt ilgilendirdiği açıktır. Bu konunun özellikle iç hukuk metnimiz haline gelen, ÇHS açısından da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çocuğun öncelikli yararının gözetilmesi gerekliliği; Anayasa’da yer alan, çocuklara yönelik koruyucu düzenlemelerin özellikle 2010 değişikliklerinden sonra çocuğun daha üstün hakları olduğu gerekçesiyle okunması gerektiği ve buna binaen de; özellikle rıza açıklamaları yahut tedavinin reddedilmesi konusunda, çocuğun üstün yararı bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Bu gerekçeler ile; gerekirse tedavinin reddi hakkının kötüye kullanılabilmesi gibi durumlar bakımından, mahkemenin karar alınması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle bu gibi durumlar bakımından; Sağlık alanında daha hızlı karar verebilmesi için, ayrı bir ihtisas mahkemesi kurulması gerekmektedir. Tedavinin reddi, eğer toplumdaki diğer bireyleri ilgilendiren bir hukuki korumadan vazgeçme hakkına dönüşebilecekse, bu konuda mahkeme kararı alınması gerekmektedir.

## IV. Özellik Arz Eden Bazı Tıbbi Müdahaleler Ve İlgilinin Rızası

### A. Genel Olarak

Özellik arz eden bazı tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasına ek olarak başka şartlar aranmaktadır. Bu farklı düzenlemelerin sebebi, kişi özerkliğinin ön planda tutulmasıdır. Bu durumda genel anlamda bir tıbbi müdahaleni şartları gerçekleştiğinde ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirecek idiye de; özellik arz eden tıbbi müdahaleler bakımından bu yeterli olmayacaktır.

Bununla beraber aranılan ek koşullar gerçekleşmemesi durumunda fiil hukuka aykırı sayılacaktır. Özellik arz eden tıbbi müdahaleler bakımından ilgilinin rızasının yokluğu veya bu tip müdahalelerin hangi durumlarda hukuka aykırı kabul edileceği TCK'nın bazı maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler açısından ilgilinin rızası, tipikliği kaldıran rıza olarak nitelendirilecektir.

### B. Üremeye Yönelik Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme

#### 1. Kastrasyon ve Sterilizasyon (Kısırlaştırma)

Sterilizasyon (Kısırlaştırma); kişilerin cinsel isteklerini öldürmeden, üreme hücrelerinin aktarımını engelleyerek onların üreme yeteneklerinin sonlandırılmasını sağlayan bir tıbbi müdahaledir<sup>503</sup>. Benzer bir tanım NPHK m.4/1'de "*Sterilizasyon bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan bir tıbbi müdahale demektir.*" olarak yer almıştır ve bu tıbbi müdahale, kadın veya erkeğin soyunu devam ettirebilme yani üreme faaliyetini

---

<sup>503</sup> Fulya Erlüle, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011,s. 208.

sona erdirecek düzeyde özellik arz etmektedir<sup>504</sup>. NPHK m.4/2 uyarınca sterilizasyon şartları ilgilinin reşit olması, ilgilinin rızası ve tıbbi açıdan bir sakınca bulunmaması olarak belirtilmiştir. İlgilinin rızasının alınması sürecinde aydınlatmanın kapsamı burada genişlemektedir. Çünkü sterilizasyon, üreme yeteneğinin tamamen kaybedilmesi anlamını taşıdığından; bu gibi bir müdahaleye rıza gösterilebilmesi için kişinin bir daha üreme yeteneğini kazanamayabileceği, kişiye açıkça anlatılmalıdır.

Kastrasyon müdahalesi ise; *“Her iki yumurtalık veya testislerin çıkartılarak testosteron ve östrojen adlı hormonların salgısını durdurma işlemi”*<sup>505</sup> olarak açıklanabilir. Kastrasyon ve sterilizasyon, birbirinden farklı müdahalelerdir. Kastrasyon da, sterilizasyon gibi; üreme yeteneğinin kaybedilmesini sonuçlayan bir müdahaledir, ancak bu tıbbi müdahale sonrasında kişide cinsel istek ve cinsel ilişki kurabilme kabiliyeti de sona erdirilmektedir. Bu müdahalenin uzun süreli etkisi ise kişinin cinsiyetine dair özelliklerin kaybolmasıdır<sup>506</sup>. Kastrasyonda da aydınlatma kapsamı biraz daha genişlemektedir. NPHK m. 2/4 uyarınca, kastrasyonun ancak bu kanun kapsamında belirtilen hallerde yapılabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde ise kastrasyonun kısırlaştırmayı da kapsadığı gerekçesiyle, TCK m. 87/2-c ve 101 arasında fikri içtima hükümleri uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>507</sup>.

Sterilizasyon açısından ilgilinin rızası bakımından sorun teşkil eden alanlar vardır. Bunlardan ilki, ilgilinin herhangi bir tıbbi zorunluluk olmaması durumunda dahi, kişi özerkliği gerekçesiyle rızasıyla bu işlemi yaptırıp yaptıramayacaktır. Sterilizasyon, bir tıbbi müdahale olduğu için; öncelikle ilgilinin rızası bulunsa dahi ortada bir endikasyonun da bulunması zorunludur. Söz konusu müdahale, özünde vücut bütünlüğüne bir saldırıdır. İlgilinin rızası ile ortada herhangi bir endikasyon

---

<sup>504</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”, s.204; ayrıca bkz. Arabab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII C.

<sup>505</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”, s.206 dip not 24.

<sup>506</sup> Erlüle,s.210.

<sup>507</sup> Mahmut Koca, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, **İÜHF** C. LXVII, S.1-44 2, s. 43-56, 2009,s.49

bulunmaksızın bu müdahalenin yapılması hukuken mümkün değildir. AY m.17 uyarınca ortada tıbbi zorunluluk bulunmayan bir durum söz konusu olacağından; yapılacak sterilizasyon işlemi hukuka aykırı olacaktır. Çünkü kişinin, aynı zamanda soyunu sürdürme hakkı da mevcuttur<sup>508</sup>. Terapötik prosedürü kabul etmeden önce, hastanın gelecekteki üreme yeteneği de dahil olmak üzere, müdahalenin bütün sonuçlarını bilme hakkı vardır<sup>509</sup>. İlgilinin rızası olmadan yapılan müdahale yahut rızası olsa dahi yetkili olmayan kimseler tarafında yapılan müdahale Türk Ceza Kanununun 101.maddesi uyarınca yaptırıma tabi olacaktır.

NPHK m.5 uyarınca sterilizasyon için yazılı olarak rıza verilmesi gerekmektedir<sup>510</sup>. Sterilizasyon bakımından evli ise eşin rızası aranmasının kabulü mümkün değildir<sup>511</sup>. Kadın hastalarda kısırlaştırma sonucunda ameliyat başarılı olmadığında gebelik riski var ise, bu durum da hastaya aktarılmalıdır. Bu güvenlik aydınlatması gerçekleşmezse, hekimin ihlali söz konusu olacaktır<sup>512</sup>. Ancak RTİT m. 13/2'de ve HHY m.30/3 bakımından da evli kişilerde sadece eşinin rıza göstermesi değil<sup>513</sup>, ayrıca eşin de rıza göstermesi gerekmektedir. Doktrinde bu düzenlemeler sebebiyle, kişi ergin ise rızasını bizzat açıklayacaktır. Ancak kişi evli ise; mutlaka eşinin de rızası gerektiği, rıza açıklama sürecinde mutlaka hem kişiye hem de eşine bilgilendirme yapılacağı ve eş rıza açıklarken de bunu yazılı olarak belirteceği savunulmaktadır<sup>514</sup>. Öte yandan kişinin hayatı üzerinde olumsuz etkisi olabilecek bir tıbbi zorunluluğun bulunması durumunda; sırf eşinin rıza vermemesi sebebiyle, bu müdahale ertelenemez. Kişinin sağlığı açısından olumsuz bir durum gerçekleşecek ise tıbbi müdahalenin yapılması gerekmektedir. NPHK m.6/2 uyarınca sterilizasyon yaptıracak ilgilinin evli olması durumunda, eşlerinin rızası olmadan bu müdahaleyi

---

<sup>508</sup> Erlüle,s.208-209.

<sup>509</sup> Harris, **Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics**, s.264.

<sup>510</sup> Aykın/Çınarlı,s.307.

<sup>511</sup> Taneri, s.193; Gülen Sinem Tek, "Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler", **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, 1.Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012,s.105 .

<sup>512</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11.Baskı,s.205.

<sup>513</sup> Ünver," TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler",s.99; Hakeri, "Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi",s.67.

<sup>514</sup> Gençcan, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu", s.205-206.

yaptırmaları yasaklanmıştır. Kanaatimizce eşin rızasının alınmasına dair söz konusu düzenlemeler AY m.17'ye aykırıdır. Eşin rıza göstermemesi durumunda yetkili hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma ameliyatı, kişinin bizzat rıza açıklayabileceği bir hak olduğu için TCK m.101'e aykırılık teşkil etmeyecektir<sup>515</sup>. NPHK'da eşin rızasından bahsedilse de, TCK'da önce yürürlükte olması sebebiyle ve TCK'da evli kişilerin eşlerinin rızasının bulunması düzenlenmemiş olduğundan evli kişilerin de tek başına rıza açıklaması yeterlidir.

Öte yandan TCK m.101/1'de "rızası olmaksızın" ve 101/2'de "rızaya dayalı olsa bile" ibareleri suç tipinde yer almaktadır<sup>516</sup>. Rızasızlık teriminin hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>517</sup>. Kısırlaştırma rızaya aykırı olarak yetkili hekim tarafından gerçekleştirilirse, TCK m. 101/1'deki suç oluşacaktır. Bu fıkra da yer alan suç faili bakımından özgü suçtur<sup>518</sup>. Yetkili hekim tarafından gerçekleştirilen kısırlaştırma müdahalesi bakımından, ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi yarattığı savunulsa da; yetkisiz kişi tarafından gerçekleştirilen TCK m. 101/1 kapsamındaki fiillere ilgilinin açıkladığı rıza tipiklik unsuru bakımından değerlendirilmelidir<sup>519</sup>. Kanaatimizce hekim olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen rızasız kısırlaştırma fiilleri, TCK m.87/2-c kapsamında değerlendirilmelidir. Doktrinde bu görüş; fiilin haksızlık içeriğinin daha fazla olması olarak gerekçelendirilmektedir<sup>520</sup>. Ancak madde metninde geçen rızasızlık teriminin tipiklik unsuruna işaret ettiğini kabul etmekteyiz. Yani bu hallerde Tipikliği kaldıran rıza söz konusu olacaktır.

---

<sup>515</sup> Tek, s.105vd.

<sup>516</sup> Detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Rahime Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)", **İÜHFİM C. LXXIII, S. 1**, 92 s. 91-128, 2015, s.115.

<sup>517</sup> Cemil Ozansü, "Kısırlaştırma Suçu", **V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.1289; Hüseyin Ertuğrul, **Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.156.

<sup>518</sup> Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)",s.46.

<sup>519</sup> Ertuğrul, **Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları**, s.156 ve 172; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.269.

<sup>520</sup> Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)",s.46-47.

Doktrinde bir görüşe göre; rıza dışı kısırlaştırma sonucunda, üreme yeteneği yeninden kazanılırsa fiil cezasız kalabilir. Bu nedenle TCK m.101'e yeni bir fıkra eklenerek bu geçici kaybetme de cezasız bırakılmamalıdır<sup>521</sup>. Öte yandan Örneğin kısırlaştırma suçu Almanya'da kasten yaralama suçu kapsamında ele alındığından<sup>522</sup>, geçici kaybetme söz konusu olduğu için, bu durumda neticesi sebebiyle kasten yaralama suçunun uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Rıza olsa dahi; yetkisiz hekim tarafından kısırlaştırma yapılamaz. Ancak hekimin, rızaya aykırı kastrasyon operasyonu gerçekleştirmesi durumunda doktrinde TCK m.101'in uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır<sup>523</sup>. Kastrasyon farklı bir tıbbi müdahale kabul edilirse, hukuka aykırı kastrasyonun bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerekecektir<sup>524</sup>.

NPHK ve TCK birlikte değerlendirildiğinde ise sterilizasyon işlemlerinde ise aydınlatmaya dair ölçüt bulunmadığı görülmektedir<sup>525</sup>. Sterilizasyon, denetim ihtiyacını azaltabilir şekilde kullanılabilir mi? Cinsel özgürlükler, engelli bireylere tanınan özel bir hak değil midir? Denetlenemez bir hamilelik bakımından; kişinin rızası olmaksızın mahkemeler sterilizasyon kararı verebilir mi? Bu konuların tartışıldığı bir davada, kişinin cinsel açıdan aktif olması ve ayrıca AİDS'e karşı korunmasız oluşu sebebiyle, sterilizasyona tabi tutulması sonucunda; kişinin cinsel olarak daha özgür olacağı da tartışılmıştır. Bu dava sonrasında Times dergisinde, Lordlar Kamarası tarafından verilen kararın aynı zamanda cinsel açıdan istismara uğramama hakkını da koruduğundan bahsedilmiştir<sup>526</sup>. Acaba bu durumda engelli bireyler bakımından, sterilizasyon o kişiler için en iyi seçenek midir? Mahkemeler

---

<sup>521</sup> Ertuğrul, **Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları**, s.157.

<sup>522</sup> Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)",s.44.

<sup>523</sup> Taneri,s.194.

<sup>524</sup> Tek,s.109.

<sup>525</sup> Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", s. 99-100.

<sup>526</sup> Re F (Mental Patient: Sterilisation) (1990) 2 AC 1 davasında; "*Kişi için bu karar en iyiyse, rıza gösteremeyen zihinsel engelli bir kadın sterilize edilebilir.*" şeklinde karar verilmiştir. Bkz. Robert Lee/Derek Morgan, "Sterilization and Mental Handicap", **Birth rights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed.Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989, s.142-143.

başka yollara başvuramaz mı<sup>527</sup>? Zorla kısırlaştırma , kişilerin rızalarına aykırı olarak uygulanmış olan bir yöntemdir. Bu kişileri korumaktan ziyade, akıl hastalığının da başka nesillere geçmesinin engellenmesi gerekçeleriyle de uygulanmış olup, doktrinde bu durum “psikiyatrik soykırım” olarak da adlandırılmaktadır<sup>528</sup>. Zihinsel engelli bireylerin, aileleri tarafından talep etmediği halde kısırlaştırılmaya zorlanması da rıza konusunda ciddi sorunlar barındırmaktadır<sup>529</sup>. Uygun klinik standartlara göre yapıldığında bilgilendirilmiş rızası ile sterilizasyon yöntemleri kalıcı doğurganlığı kontrol için güvenli ve etkili yoldur. Diğer doğum kontrol yöntemlerinde olduğu gibi, sterilizasyonda da bireyin özgür ve bilgilendirilmiş onam süreci eksiksiz sağlanmalıdır. Öte yandan, bazı ülkelerde, HIV ile yaşayan insanlar da dahil olmak üzere bazı nüfus grupları (engelliler, yerli halklar ve etnik azınlıklar ve transseksüel ve interseks kişiler), onların tam, özgür ve bilinçli rızası olmadan sterilize edilmektedir. Hatta bazı ülkelerde kadınlar sadece HIV oldukları gerekçesiyle, zorla kısırlaştırılmaktadır. 20. yüzyılın başlarında, zorlayıcı sterilizasyon izin ve teşvik kanunları, birçok ülkede uygulamaya geçirilmiştir. Özellikle Almanya, Japonya ve Amerika Birleşik Devletleri de dahil olmak üzere; yüz binlerce engelli ya da etnik, dini ve diğer azınlık olarak kabul edilen kişilerin rızası olmadan insan haklarına açıkça aykırı olarak sterilize edilmiştir<sup>530</sup>.

Tıbbi zorunluluk varsa, kişiden rıza alınmayacağı da doktrinde savunulmakta ve buna dayanak olarak da NPHK hükümleri gösterilmektedir. Ancak ameliyat esnasında tıbbi zorunluluk ortaya çıkmış ise rızasız olarak yapılabilir de; ameliyat dışında tıbbi zorunluluk ortaya çıkmış ise; kişiden rıza alınarak kastrasyon

---

<sup>527</sup> Lee/Morgan, “Sterilization and Mental Handicap”,s.145.

<sup>528</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. E. Fuller Torrey/Robert H. Yolken, “Psychiatric Genocide: Nazi Attempts to Eradicate Schizophrenia”, **Schizophrenia Bulletin**, 2010 Jan; 36(1): 26–32.

<sup>529</sup> Dean M. Harris, **Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics**, 3rd Edition, Chicago-Washington, Health Administration Press&Aupha Press, 2008, s.264.

<sup>530</sup> Kurumlar arası ortak bir beyanat ile açıklanan zorla kısırlaştırmaya yönelik olarak Detaylı açıklamalar için bkz. Eliminating forced, coercive and other wise involuntary sterilization- An interagency statement: OHCHR, UN Women,UNAIDS,UNDP,UNFPA,UNICEF,WHO, (Çevrimiçi),, [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/201405\\_sterilization\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf), , 25.09.2016 , s.1,3.

müdahalesi gerçekleştirilebilir<sup>531</sup>. NPHK m.4/3 uyarınca gerçekleştirilen kastrasyon fiilleri hariç, diğer hallerde doktrinde TCK m.101'den ayrı olarak cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır<sup>532</sup>.

Hastanın mutlaka yazılı rızasının alınması, TCK m.101'de yer alan suçun oluşmaması için önemlidir. Bu konu İHAM tarafından da tartışılmıştır. Kısırlaştırmaya yönelik İHAM'da İHAS m.2 kapsamında açılan davada, kısırlaştırmanın rızaya dayalı olması ve sağlık sebepleri olduğu gerekçe gösterilerek dava reddedilmiştir. Ancak doktrinde bu noktada İHAS m.3 ve 8 bakımından da günümüzde ele alınabileceği savunulmaktadır<sup>533</sup>. Oysa ki; bulaşıcı hastalıklar bakımından açılan başka bir davada ise İHAS m. 5/1e bakımından son çare olarak uygulanması gerektiğinden dolayı (*Enhorn v İsviçre* davasında HIV virüsü taşıyan bir kimsenin tutulmasında) İHAM, kamu yararı olduğunu kabul etmiştir<sup>534</sup>. Diğer müdahaleler gibi, sterilizasyon da uygulayıcıya bağlıdır, özellikle geri dönüşü olmayan bir önlemdir. Ayrıca psikolojik rahatsızlıklara da yol açabilir<sup>535</sup>. Bu nedenle zorla gerçekleştirilmesi insan haklarına aykırıdır.

## 2. Küretaj (Kürtaj-Gebeliğe Son Verme)

AY m.41, aile planlamasından bahsetmektedir. Bu hakkın uzantısı olarak, kişiler istemezler ise çocuk sahibi olmayabilirler<sup>536</sup>. Ancak rahim tahliyesi, “*devlet gözetiminde ve denetiminde*” tutulmuştur, ve NPHK hükümlerinin öngördüğü haller dışında rahim tahliyesi yapılamaz<sup>537</sup>. Anayasal boyuttan konuyu irdelersek, temel hak ve özgürlük kanun ile sınırlandırılmıştır.

---

<sup>531</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu”, s.206.

<sup>532</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2017, s.347

<sup>533</sup> Harris/O’Boyle/Bates/Buckley,s.58.

<sup>534</sup> 2005-1,41 41 EHRR 633 par.44 Harris/O’Boyle/Bates/Buckley,s.155 dip not 293-294.

<sup>535</sup> Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII C.

<sup>536</sup> Kalabalık,s.390.

<sup>537</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu”, s.203.

Kürtaj, bir yaşamın başlangıcının terk edilmesidir<sup>538</sup>. “Kadının seçme hakkı” çok eskiden kalan bir slogan olsa dahi, konuyu iyi özetlemektedir<sup>539</sup>. Çocuk sahibi olma iradesi, kadına aittir<sup>540</sup>. Gebe kadının üremesine dair tercihte bulunabilmesi anayasal bir hak olup; bunun karşısında ileride yaşayabilme ihtimali olan fetüsün hakları yer alır<sup>541</sup>. Kadının vücuduna yaptığı her müdahale bakımından; kişi otonomisi sebebiyle, karar verme hakkı gebe kadına aittir. Çocuk düşürtme bakımından TCK m.99’da yer alan rıza; 2827 sayılı NPHK normları uyarınca tespit edilebilir<sup>542</sup>.

Gebe kadının rızası, bedeninde taşıdığı fetüse oranla öncelikli tutulmuştur. Doktrinde bir görüşe göre; fetüse verilen zararlar kasten yaralama değildir, çünkü fetüs insan olarak tanımlanamaz. Ancak çocuk düşürtme konusu olabilir<sup>543</sup>. Çocuk düşürtme bakımından kastedilen “*cenin*”<sup>544</sup>dir<sup>545</sup>. Genellikle ceninin yaşam hakkının varlığı hususunda kanunlarda açık bir hüküm yoktur<sup>546</sup>. Hukukumuzda da geriye etkili bir şarta bağlı hak olarak tanınmıştır. Oysa ki; ceninin tanımı, ne Medeni Kanunda ne de Türk Ceza Kanununda açıkça yer almamaktadır<sup>547</sup>. Ceza Kanunu ise; tıbbi zorunluluk gerektirmeyen durumlarda, on haftadan sonra gebeliğin sonlandırılması fiilleri bakımından gebe kadının iradesini üstün tutmamaktadır<sup>548</sup>.

---

<sup>538</sup> Dworkin, **Life’s Donation**, s.179.

<sup>539</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Linda Clarke, “Abortion: A Rights Issue?”, **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed.Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989,s. 168.

<sup>540</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”, s.202,203

<sup>541</sup> Dworkin, **Life’s Donation**,s.109.

<sup>542</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.394.

<sup>543</sup> Arzt/Weber,**Strafrecht Besonderer Teil**,s.269.

<sup>544</sup> Cenin, sözlükte “*fetüs*” olarak tanımlanmaktadır. Fetüs ise sözlükte “*Dölyatağı içinde bulunan embriyonun (oğulcuk) yaklaşık 8 haftadan sonraki evresi.*” olarak tanımlanmaktadır. İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr/>, 16.08.2016.

<sup>545</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”,s.202.

<sup>546</sup> İsviçre Anayasasında ise ceninin korunmasına yönelik düzenlemeler bulunduğu hususunda bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/SaibeOktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2014, s.18 dip not 39.

<sup>547</sup> Aydeniz Alisbah Tuskan, ”Türk Medeni Kanunu Kapsamında Cenin Hak ve Fiil Ehliyeti ve Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, **Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım**, 14 Temmuz 2012,İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2013,s.16.

<sup>548</sup> Tuskan, s.19.

NPHK m. 5/f.1 uyarınca ancak gebe kadının rızası ile on haftayı geçmeyen gebelikler sonlandırılabilir. Yani 10 haftadan önce tıbbi endikasyon olmasa dahi, gebe kadının rızası üzerine, yetkili hekim tarafından rahim tahliye edilebilir<sup>549</sup>. Ceza hukuku açısından on haftalık gebelikten sonra kadının rıza ile gebeliğini sonlandırmasına izin verilmemiştir<sup>550</sup>. Gebeliğin başlangıcı açısından on haftanın tamamlandığı anın tespiti de Çocuk düşürme suçu bakımından önemlidir. Çünkü ilk on haftanın içindeki hareketler kadının iradesi kapsamında, hukuken izin verilen alanda kalmaktadır.

Kişiliğin başlangıcı, Medeni hukuk açısından çocuğun anneden tamamen sağ olarak doğduğu, bağımsızlaştığı anda başlar<sup>551</sup>. Ancak hukuken fetüs, henüz insan kabul edilemez<sup>552</sup>. Kişilik, hem devlete hem de toplumdaki diğer kişilere karşı da korunması gereken; kişilik kavramı bünyesinde yer almakta olan kişisel değerlerle yakından ilişkilidir. Kişiliğin özgürce geliştirilebilmesi için gerekli olan bir kavramdır<sup>553</sup>. Cenin ise; MK m. 28 uyarınca, kişiliğini sağ doğmak kaydıyla kazanacaktır denilmektedir. Fakat bu geciktirilen hakkı da, ana rahmine düşülmesiyle elde ettiği varsayılır. Yaşam hakkı tam ve sağ doğumla elde edileceğinden, gelecekteki yaşayabilme hakkı korunmaktadır<sup>554</sup>.

Her ne kadar tam ve sağ doğumla kişilik başlasa da, cenin hukuki koruma açısından tamamen de korunmasız değildir. Çünkü gelecekteki hakları açısından da gelişimini tamamlayabilmesine imkan tanınması gerekmektedir. Kanunun düzenlenişi itibarıyla de, ceninin korunması daha doğru tabirle gebe kadının

---

<sup>549</sup> Gençcan, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu", s.207.

<sup>550</sup> Tuskan, s.16.

<sup>551</sup> Mustafa Dural/Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006,s.15.

<sup>552</sup> Yeni doğan bir bebeğin bilerek ve istenerek öldürülmesi TCK bakımından kasten yaralama suçu teşkil edeceğinden, İngiliz hukukundaki örnekler yer vermekten imtina ediyoruz. Fakat Fetüs ve yeni doğanın hukuki niteliği için detaylı açıklamalar için bkz. Celia Wells, "Marginal Children", **Birth rights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed. Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989,s.202 vd.

<sup>553</sup> Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004,s.26-27.

<sup>554</sup> Dural/Ögüz,s.18-19.

iradesinin önüne geçerek cenine üstünlük tanınması ancak on haftanın doldurulmuş olmasıyla mümkündür<sup>555</sup>.

Fakat bu açıklamalar yine de on haftadan sonra başlayacak olan korumanın hesaplanması açısından yeterli değildir. Sperm ve yumurtanın döllenişmesi ile embriyo oluşur. Ana rahmine düştüğü andan itibaren tam ve sağ doğmakla geriye etki edecek olan bir hukuki koruma söz konusu olduğuna göre, bu anın saptanması zorunluluğu vardır. Yumurta ve spermin döllenişmesi, üreme hücrelerinin biraraya gelmesi ile oluşur. IVF ile oluşan embriyonun hukuki korunması ise oluşum anıdır<sup>556</sup>. Anne karnına transfer edilen embriyo, gelişimini tamamladıktan sonra tam ve sağ doğumuyla kişiliğini kazanacaktır<sup>557</sup>. Bilim adamları, zigot, pro embriyo, embriyo ve fetustaki zamana bağlı gelişmeyi yani insani gelişme sürecini alt bölümlere ayırır<sup>558</sup>. Bu nedenle Türk MK’da “*Ana rahmine düşmesi*” ifadesi kullanılması sebebiyle, bu embriyonun oluşum anı olarak da anlaşılabilir. Bu gerekçelerle döllenişme anı olarak da kabul edilebileceği de doktrinde savunulmaktadır<sup>559</sup>.

Gebelik, son adet tarihinin ilk gününden itibaren hesaplanmaya başlanır ve doğumla son erer<sup>560</sup>. Gebelik süresinin, uzman bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gerekmektedir<sup>561</sup>. Gebeliğin kaçınıcı haftasında olduğu mefhumunun nasıl saptanacağı hususunda tıp biliminin kabul ettiği sistem ise şöyledir: Normal oluşan gebeliklerde hesaplama tarihi son adet gününden itibaren ele alınırken, IVF tüp bebek yöntemi ve ICSI mikro enjeksiyon yöntemi ile oluşan gebeliklerde ise embriyonun gebeye transfer edildiği tarih dikkate alınmaktadır<sup>562</sup>.

---

<sup>555</sup> Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Kürtaj ve Sezaryen”, **Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım**,14 Temmuz 2012, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2013,s.48.

<sup>556</sup> Aksi halde eşya olarak sayılma tehlikesi doğacaktır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.13.

<sup>557</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.15.

<sup>558</sup> Oh, s.78.

<sup>559</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.15 dip not 30.

<sup>560</sup> Recep Gülşen,“Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009,s.183.

<sup>561</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.196.

<sup>562</sup> (Çevrimiçi),, <http://www.cemficioğlu.com.tr/gebelik-hesaplama-nasil-yapilir> , 04.04.2015 .

Bu açıklamalarımız doğrultusunda; Medeni Hukuk açısından döllenmenin olduğu tarihte ceninin varlığını kabul edersek, tıp biliminin kabul ettiği genel gebelik başlangıcı sürecinden farklı bir zaman dilimi gündeme gelecektir. Eğer ana rahmine düşmeyi kabul edersek de yine tıp biliminin kabul ettiğinden farklı bir zaman dilimi ortaya çıkacaktır. Tıp bilimi adet döneminden itibaren gebeliği var saydığı için üreme hücrelerinin karşılaşması muhtemel tarihten 2 hafta, ana rahmine yerleşme kriterini kabul edersek yaklaşık 3 hafta önce gebeliğin başladığını kabul etmektedir. Kanun koyucu gebe kadınının iradesine hukuken değer atfettiği ve serbesti tanıdığı süre ilk 10 hafta olduğuna göre; arada gebeliğin klinik başlangıç tarihi ve hukuki başlangıç tarihi açısından fark ortaya çıkmaktadır. Bu da gebe kadının vücudu üzerinde karar verme özgürlüğüne hukuk dışı bir kısıtlamanın ortaya çıkma tehlikesi taşımaktadır. Bu sebeple gebelik süresinin başlangıcının klinik anlamda mı anlaşıldığı yahut gerçek anlamda mı anlaşıldığı hususunda, kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Bu konu suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bunun uzantısı olan belirlilik ilkesi bakımından önem taşımaktadır. Çünkü çocuk düşürme suçu bakımından on haftalık sürenin başlangıcı fiilin suç oluşturup oluşturmadığı konusunda gerekli tespit yapılabilmesi açısından belirli olması gerekmektedir. Aksi halde suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve dolayısıyla belirlilik açısından ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Gebe kadın tıp bilimine göre on birinci haftalık gebe kabul edildiğinde, hukuki açıdan ceninin aslında var olmadığı dönemden itibaren gebelik sayılmaya başlanmaktadır. Süre de, buna göre hesaplanmaktadır<sup>563</sup>.

Rahim tahliyesi bakımından; TDN m. 13 'de kadının evli ise, kocasının da rızasının alınmasını düzenlenmiştir. Doktrinde; bu düzenleme, ergin bir kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkını sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>564</sup>. Bir görüşe

---

<sup>563</sup> Tıp bilimine göre gebelik son adet tarihinden itibaren hesaplanmaktadır. (Çevrimiçi),, <http://ailehekimligi.gov.tr/ana-cocuk-sal/gebelik/297-gebe-zlemleri.html> ,04.04.2015 .

<sup>564</sup> Aynı yazar hekim ve hasta arasındaki sözleşmesel sorumluluk kapsamında eşin de bulunmadığı gerekçesiyle sadece kadının rızasının alınmasını doğru bulmaktadır. Bkz. Tunalı, s.69.

göre, eğer rahim tahliyesi için eş veya vasi yazılı ve imzalı beyanları varsa rızaları var kabul edilebilir, elbette ki öncesinde bu kişiler de aydınlatılmalıdır. Hatta eşlerin ayrı yaşaması halinde dahi eşin rızasının alınması gerektiği savunulmaktadır. Ancak yine de eşten uzun zamandır haber alınmamış ise, TMK m.311 hükmü kıyasen uygulanarak rıza alınmadan da yapılabileceği görüşü de mevcuttur<sup>565</sup>. Ancak doktrinde bir diğer görüşe göre kadının bedeninde cenini taşıyor olması ve evlilik birliği gibi gerekçeler gösterilerek, bu konuda sadece kadının rıza açıklamasının hukuka aykırı olduğu da savunulmaktadır<sup>566</sup>. TCK bakımından konuyu ele aldığımızda, gerçekten de kanun koyucunun iradesinin eşin de rıza açıklaması doğrultusunda olmadığı açıktır. NPHK ve RTSHYDİT<sup>567</sup> aksi düzenlemeleri de önceki tarihli olduğundan dolayı; kanaatimizce TCK hükümleri öncelikli uygulanmalıdır.

NPHK m. 6 rahim tahliyesine kimlerin rıza açıklayacağını göstermiştir ancak iç hukuk metnimiz haline gelmiş temel hak ve özgürlükler bakımından öncelikli uygulanması gereken sözleşmeler bağlayıcıdır. Bunlara göre; İHAM uygulamaları ve CEDAW uyarınca sadece kadının rızasını aramamız gerektiğini görmekteyiz. TCK'da yer alan düzenlemede de eşin rızası aranmamıştır. Konuya dair gebe kadının rızası olmaksızın sadece eşin rızasıyla çocuğun düşürülmesi durumunda TCK m. 99/1 uygulanacağı açıktır<sup>568</sup>.

Tıbbi endikasyonun varlığı durumunda; *on haftanın üzerindeki gebelikler bakımından* da eşin rızasının aranması, yine TCK'nin düzenlemesi değerlendirildiğinde gereksizdir. Çünkü beden bütünlüğü bakımından, kadının söz sahibi olacağı bir noktada ergin bir kimsenin bedeni üzerinde bir başka erkin

---

<sup>565</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu”, s.208 dip not 28.

<sup>566</sup> Olcay Çankaya IŞIK, “İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku açısından: Cenine (Foetus Nascriturus) İlişkin Bir Manifesto”, Tıp Hukuku Dergisi İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Yıl:1 Sayı: 1, Nisan, Legal yayıncılık, 2012, s.192 aktaran Tunalı, s. 69 dip not 253.

<sup>567</sup> Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük R.G Tarih : 8/12/1983, No: 18255.

<sup>568</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.188.

varlığının tanınması hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşamaz. Ayrıca CEDAW bakımından da, kadının rızası yeterlidir.

Öte yandan; örneğin, “60 yaşında bir kadının çocuk sahibi olması durumunda çocuğun bazı rahatsızlıkları olmayacak mıdır? Bu konuda yasal bir engelleme kamusal yarar bakımından yapılabilir mi?” soruları da doktrinde tartışılmaktadır<sup>569</sup>. “Kişinin istediği yaşta çocuk sahibi olması noktasında, rıza sadece kadına mı ait olmalıdır?” sorusunun cevabına odaklanılan bu durumlarda, verilecek her cevap; kanaatimizce hukuki değil, ancak etik bazı yaklaşımlar ortaya koyacaktır.

Gebeliğe son verme de, özünde tıbbi bir müdahaledir. Rıza açıklayacak kişi noktasında da tartışmalar güncelliğini korumaya devam etmektedir. Annenin gebeliğe son verme süresi içinde sadece kendi rızası mı aranacaktır, yoksa babanın da burada rızası aranacak mıdır? tartışmaları mukayeseli hukukta da yer almıştır. Alman uygulamasında, babanın gebeliği sona erdirme hakkı olup olmadığına dair Alman Anayasa Mahkemesi ceninin üzerindeki velayet hakkını tanımış ve cenin halindeyken de yaşam hakkına müdahaleleri kişi hakkına müdahale olarak kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak da babanın, mahkemeye başvurup tedbir kararı aldirarak gebeliğe son verilmesine engel olabileceğine karar vermiştir<sup>570</sup>. Fakat Türk doktrini uyarınca; endikasyonun bulunması durumunda, anne gebeliğe sadece kendisi karar verebilecektir. Endikasyonun tespiti ise mahkemeye aittir. Örneğin; cinsel saldırı suçu sonucunda gerçekleşen bir hamilelik sebebiyle, gebelik sonlandırılabilir. Bu da, bir endikasyon olarak kabul edilebilecektir<sup>571</sup>. NPHK m. 6 eşin de rızasının alınması gerektiğini düzenlemiştir. Ancak evlilik içi cinsel saldırı suçu bakımından,

---

<sup>569</sup> Marianne Talbot, **Bioethics- An Introduction**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2012,s.145.

<sup>570</sup> Grassinger,s.52-54.

<sup>571</sup> Coester-Waltjen, der Schwangerschaftsabbruchund die Rolle deskünftigen Vaters, NJW,1985 , s.2175'ten aktaran Grassinger, s.53,dip not:177.

mağdur olan evli kadının rızası yeterlidir<sup>572</sup>. Evlilik birliği içerisinde, eşi tarafından cinsel saldırıya uğrayan kadın; tek başına rahim tahliyesi yaptırabilir. Evli kadın, eşi dışında bir başka kişiden isteği ile gebe kalmışsa; rahim tahliyesine rıza gösterecek olan kişi, sadece gebe kadının kendisidir. Doktrindeki biyolojik babanın rızasının aranacağı yorumuna<sup>573</sup> katılmamaktayız.

Gebeliğin sonlandırılmasında, kadının açık veya örtülü rızasının olabileceği doktrinde savunulsa da<sup>574</sup>; bu görüşe de katılamamaktayız. HHY m. 26 bakımından 08.05.2014 tarihli değişiklik uyarınca uyuşmazlık söz konusu olduğu durumlar bakımından yazılı bir rızanın varlığı aranacağı düzenlenmiştir. Esasında her zaman rahim tahliyesi bakımından yazılı bir rıza alınması gerektiği kanaatindeyiz<sup>575</sup>. Ayrıca gebelik sona erdirileceği için tıbbi müdahaleye dair, detaylı bir bilgilendirme yapılarak hasta aydınlatılmış olmalıdır<sup>576</sup>. Bu durumda aydınlatmanın kapsamı daha da genişleyeceğinden, örtülü bir rızanın kabulü mümkün değildir. Gebe kadının sadece kendi beden bütünlüğü bakımından değerlendirme yapmadığı, ayrıca yaşamasına izin verilecek olan canlı bakımından da karar vereceği bu süreçte açık rızası olmadan rahim tahliyesi gerçekleştiren hekim; kanaatimizce, TCK m.99 uyarınca sorumlu olabilecektir. Çünkü gebeliğin sonlandırılması sonucunda ortaya çıkabilecek komplikasyonlar, tehlikeler muhakkak gebe kadına bildirilmelidir. Ayrıca tahliye edilirken hekimin uygulayabileceği farklı metotlar da gebe kadına aktarılmalı, ortak bir karara varılmalıdır. Örneğin; “Vakum Aspirasyon” yöntemi<sup>577</sup> yerine seçilen metodun neden seçildiği bunun zorunlu olup olmadığı gibi birçok konuda hasta aydınlatılmadan alınan rıza yeterli olmayacak ve hukuka aykırı olacaktır.

---

<sup>572</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.196.

<sup>573</sup> Taneri,s.195.

<sup>574</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, .s187.

<sup>575</sup> Tunalı, s.70.

<sup>576</sup> Ayan, s.29.

<sup>577</sup> “Özel bir kanül yardımı ile delme ve kesme olmadan, uterus yani rahim içerisindeki gebeliğin çekilmesidir.” (Çevrimiçi), [https://www.sislimed.com/vakum\\_aspirasyon\\_kurtaj.html](https://www.sislimed.com/vakum_aspirasyon_kurtaj.html) =, 21.02.2017.

Rahim tahliyesinde tıbbi müdahalenin psikolojik etkisi de değerlendirildiğinde, gebe kadına bu tercihi dair bir aydınlatma yapıldıktan sonra, karar vermesi için de makul bir süre tanınması gerekmektedir. Uygulamada gebe olduğunun öğrenilmesi durumunda hemen aynı gün kadının aç gitmesi şartıyla rahim tahliyesi işlemi yapılabildiği yahut kadına çok yakın bir tarihe gün verilebildiği ya da hiçbir şekilde rahim tahliyesi yapmayı benimsemeyen hekimlerce kadının rahim tahliyesi yapmamaya zorlandığı, tıbbi müdahaleye yönelik olarak değil de etik veyahut dinsel veya sosyolojik etkileri bakımından açıklamalar yapıldığı da görülmektedir. Kadına olan saygının yanı sıra, fetüse olan saygının da bir gereği olarak da, aydınlatmanın yapılacak olan rahim tahliyesine ve kadının tıbbi geleceğine yönelik yapılması gerekir.

Türk Hukuku bakımından, rıza ile dahi olsa 10 haftayı geçmiş gebelikler sonlandırılmayacaktır. Gebe kadının rızası olmaksızın bunun gerçekleştirilmesi de hukuka aykırılık teşkil eder. Eğer kadının rıza açıklama ehliyeti bulunmuyor ise, yasal temsilcisi tarafından rıza açıklanabilir<sup>578</sup>. Önemli bir sorun da ehliyetsiz olan kişiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bu kişilerin rızası aranmayacaktır. Eğer rahim tahliyesi yapılacak kişi ergin değil ise, velisinin rızası, eğer vesayet altında ise ergin olmayan kişinin rızası, vasiinin rızası ve sulh hukuk hakiminin izni gerekmektedir<sup>579</sup>.

Gebeliğin sonlandırılması bakımından tıbbi zorunlulukların yani tıbbi endikasyonun olduğu durumlar dışında, NPHK uyarınca da gebeliğin sonlandırılması mümkündür. Nüfus planması amacı da, sosyal endikasyon olarak değerlendirilebilir. On haftaya kadar olan gebeliklerde tıbbi endikasyonun varlığı şart değildir, bu nedenle sosyal endikasyonda yasal endikasyon olarak nitelendirebileceğimiz nüfus planlaması amacıyla da gebelik, gebe kadının rızası ile sonlandırılabilir.

---

<sup>578</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Mersin Barosu Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk Sempozyum Kitabı**, 16-17 Ocak 2009, Mersin, Mersin Barosu Yayını, s.26 aktaran Tunalı, s.69 dip not 252.

<sup>579</sup> Gençcan, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu", s.208-209.

On haftayı geçmiş gebelikler kanunda yer alan tıbbi zorunluluklar ve acil durumlarda sonlandırılabilir. Söz konusu tıbbi müdahaleyi yapacak olan hekim uzman olmak zorundadır. NPHK'da yer almasa da TCK m. 99/6 uyarınca rıza var ise 20 haftaya kadar uzman hekim hastane ortamında gebeliği sonlandırabilir<sup>580</sup>. HPHK m. 5 düzenlemesine göre; eğer gebelik on haftayı geçmiş ise ancak ortada bir tıbbi endikasyon varsa bunun gerekçeli olarak bir raporda belirlenmesinden sonra, tüzüğe ekli 2 sayılı listedeki hastalıkların biri söz konusuysa; rahim tahliyesi yapılabilir. On haftadan fazla gebeliklerde çocukta engel olabileceği saptandığında da bu maddeye dayanılarak rahim tahliyesi yapılmaktadır<sup>581</sup>. 10 haftadan sonra hastalığın zorunlu kıldığı durumlarda rahim tahliyesi yapılabileceğinden, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı ile gebe kadının rahim tahliyesine zorunluluk arz eden hastalığını ilgilendiren hekimin birlikte hazırlayacağı bir rapor üzerine ancak bu işlem yapılabilir<sup>582</sup>.

Araştırmalar göstermiştir ki; down sendromlu çocukların yaşamları süresinde bakım masrafları oldukça fazladır. Ekonomik sebepler ile de anne karnında bu hastalığa mensup çocukların varlığı tespit edildiğinde, rahim tahliyesi yolu tercih edilmektedir<sup>583</sup>. Doktrinde başka bir araştırmaya göre; down sendromlu ebeveynlere yönelik kürtaj isteği (87 ebeveynin %77si tarafından talep edilmiştir), ve bunun başka engeli olan bebeklere yönelik ötenazi isteğinden daha fazla olduğu görülmüştür (87 ebeveynin %48si tarafından talep edilmiştir)<sup>584</sup>. Down sendromlu bebek John Pearson'u beslemeyen ve bakımını gerçekleştirmeyen hekimi konu alan bir davada<sup>585</sup>, hekimlerin öldürme suçundan sorumlu tutulmaması gerektiği dahi tartışılmıştır. Bütün bunları bir yana bırakırsak, karar verme yetkisi yine de kadına

---

<sup>580</sup> Tunalı, s.68.

<sup>581</sup> Gülşen, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu", s.191.

<sup>582</sup> Gençcan, "Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu", s.207.

<sup>583</sup> Konuya dair açıklamalar için bkz. **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party, s.19.

<sup>584</sup> Wells, "Marginal Children", s.198.

<sup>585</sup> John Pearson adlı bebek, 28 Haziran 1980'de doğdu ve Down sendromluydu. Daha sonra akciğer, kalp ve beyin ek anomaliler vardı bulunmuştur. John Pearson ebeveynlerle konuşarak, DF118 (bir opiat bazlı ağrı kesici) öngörülen dört saatlik aralıklarla 5 mg dozlarda 'gerektiği gibi' verilmiştir. Bebek Temmuz 1980, 1, üç gün sonra ölmüş, ve ölüm nedeni Down sendromu sonucu bronkopnömoni olarak tespit edilmiştir. Bu mahkemede hekim kasten adam öldürmeden yargılanmıştır. Detaylar için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.infotextmanuscripts.org/dr-leonard-arthur.html> , 19.09.2017 .

aittir. Çünkü kadın, içerisinde bulunduğu durumu farklı açılardan değerlendirecek ve sonuca bu şekilde ulaşılacaktır<sup>586</sup>.

Bu konuda Yargıtay; hamilelik sürecinde bebeğin down sendromu şüphesiyle sonlandırılabilme noktasında, *“tıbben uygulanması gereken işlemlerin neler olduğu uygulamanın yeterli olup olmadığı, gebeliğin hangi aşamalarında ve hangi ultrason ve diğer tetkiklerin gerektiği ve davalı doktorun bunları öngörüp öngörmediği ve riskleri ile davacıyı aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği üzerinde durulmalı”*<sup>587</sup> şeklinde karar vermiştir.

Öte yandan NPHK m. 5<sup>588</sup>, doktrinde **suç endikasyonu** olarak da nitelendirilmektedir. Suç endikasyonu olması durumunda, bu gebelik mutlaka hastane ortamında ve uzman hekim tarafından sonlandırılmalıdır. Eğer yaşamı tehdit eden bir sağlık sorunu varsa yetkili hekim rahim tahliyesi gerçekleştirecektir. Ancak burada il sağlık müdürlüğüne ya da ilçe hükümet tabipliğine en geç 24 saat içerisinde bildirimde bulunulması zorunludur<sup>589</sup>. TCK m.99/2 hem tıbbi zorunluluk hem de gebe kadının rızasını birlikte aramıştır. Tıbbi zorunluluğun tespiti, *“tıbbi deontoloji kuralları ile ananın ve ceninin sağlığı bakımından ayrı ayrı olarak belirlenmelidir”*. TCK m. 99/2 de bir zorunluluk hali teşkil etmektedir. Çünkü gebe kadının rızası tek başına fiili hukuka uygun hale getirmeye yetmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekirse, TCK m.99-6 bir zorunluluk halinin düzenlendiğini, rıza açıklaması fiili hukuka uygun hale getirmediğini, ancak zorunluluk hali söz konusu olması gerektiği de doktrinde savunmaktadır<sup>590</sup>. 20 haftayı aşmayan gebeliklerin suç endikasyonu sebebiyle sonlandırılması durumunda da, kadının rızası mutlaka olmak zorundadır.

---

<sup>586</sup> Wells, “Marginal Children”, s.199.

<sup>587</sup> Y13HD, 11.04.2011, 2010/7997E0-011/5581Kr sayılı kararı aktaran Taneri,s.241-243.

<sup>588</sup> 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun Kabul Tarihi: 24/5/1983 R.G Tarih : 27/5/1983 Sayı : 18059; NPHK m. 5 uyarınca; *“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”*.

<sup>589</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.197, s.192.

<sup>590</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.394-395.

Yapılan rahim tahliyesi işlemi bakımından kanunda cezasızlık hali öngörülmüştür. Ancak mutlaka endikasyona konu teşkil eden fiil bakımından soruşturmanın başlamış olması gerekmektedir<sup>591</sup>. Öte yandan suç endikasyonunun varlığında rahim tahliyesine yapılabileceğine dair düzenleme, doktrinde sadece kadının beyanına göre yapıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>592</sup>. Kanaatimizce bu haksız bir eleştiridir. Uygulamada sadece beyana göre rahim tahliyesi yapılmamaktadır. Bu gibi eleştirilerin önüne geçilebilmesi için, buna yönelik var olan bir soruşturmanın olup olmadığının araştırılması gerekir.

Eğer hamilelik 20 haftayı aşmış ise kadının rızası ile rahim tahliyesi işlemi yapılması durumunda, TCK m. 99/2 bakımından suç teşkil edecektir. Çünkü TCK m. 99/2 uyarınca on haftayı geçmiş gebelikler bakımından ortada tıbbi zorunluluk olmaksızın gebeliğin sonlandırılması, gebe kadının rızası olsa dahi, ceza sorumluluğunu gerektirir.

Doktrinde bir görüşe göre; eğer gebe kadın açısından yaşamsal tehlike yaratacak ise, rahim tahliyesi yapılamayacaktır<sup>593</sup>. Burada kişinin kendi geleceğini tayin hakkı kapsamında ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Gebe kadına, yaşamsal risk hakkında açıklamalarda bulunulmasına rağmen, kadının talebi bu doğrultuda kalmaya devam eder ve rızasını beyan ederse bu durumda ne yapılacaktır? Ortada bir suç endikasyonu varsa “herşeye rağmen” , suç sonucunda bedeninde bunun izlerini taşımak istemiyor ise, bu ağır zararın olası sonuçları gebe kadına etraflıca açıklanmalı ve tercih kadına bırakılmalıdır kanaatindeyiz.

Daha önce belirttiğimiz üzere acil hallerde de rahim tahliyesi yapılabilir. **Acil durumlarda rahim tahliyesi RTSHYDİT Madde 7’de “Derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden**

---

<sup>591</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.193-194.

<sup>592</sup> Ünver, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.99.

<sup>593</sup> Gülşen, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, s.198; Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Tck İzmir Şerhi, Cilt: 2, (Madde 76 - 169), **1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008**, s.583-584.

*acil hallerde rahim tahliye edilir. Bu durumda, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Acil durumlarda rahim tahliyesi, rıza olmaksızın da gerçekleştirilebilir, ancak bunun mutlaka en geç 24 saat içinde bildirilmesi gerekmektedir<sup>594</sup>.

Mukayeseli hukukta kürtaja dair kamuoyunda yer almış *Roe v Wade* davası oldukça önemlidir<sup>595</sup>. Öte yandan İHAM; *Brüggemann ve Scheuten v Federal Almanya* davasında<sup>596</sup>, Almanya Federal Parlamentosu tarafından gündeme getirilen kürtaj kısıtlayıcı yasayı İHAS m.8'e aykırı bulmuştur. Rahim tahliyesi bakımından, Almanya'da da gebe kadının tercihini daha mantıklı kullanabilmesi için en az 3 gün önce aydınlatmanın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir<sup>597</sup>. Alm CK m.228'deki düzenleme göstermektedir ki; sadece zayıf ve azınlıkların korunması için anayasa tarafından kabul edilen değerlerini korumak için değil geniş tabanlı bir kamuoyunun muhalefetine karşı da, yasanın fonksiyonunu göstermektedir<sup>598</sup>. Rızaya dayalı kürtaj bakımından, İHAM; *X v Birleşik Krallık* (7215/75, (1982) 4 EHRR 188, (1981) ECHR 6) ve *H v Norveç* (1992- 73 DR 155) kararlarında İHAS m.2'de yer alan yaşam hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>599</sup>. *Vo v Fransa* (ECHR 08.07.2004 53924100, (2004) ECHR 326 (2005) 40 EHRR 12 ) davasında da, gebe kadın rızası dışında başka bir kadın ile karıştırılmış ve rızası dışında gebeliğine son verilmiştir. İHAS m.2'de yer alan yaşam hakkı bakımından AB ülkelerinde bir konsensüsün bulunmaması gerekçesiyle, devletlerin takdir alanına bırakmıştır<sup>600</sup>. İtalya ve İspanya barındırdıkları Hıristiyan doktrinine karşın daha liberal kürtaj kanunları ile

---

<sup>594</sup> Gençcan, “Hekimlerin Çocuk Düşürmede Hukuki Sorumluluğu”, s.209.

<sup>595</sup> *Roe v Wade* davası- 410 US 113 (1973) Bu davada Amerikan Yargıtay'ı kürtajın anayasal bir hak olduğuna karar vermiştir. Dworkin, **Life's Donation**, s.106vd.

<sup>596</sup> (1981) 3 EHRR 244 aktaran Plomer,s.79.

<sup>597</sup> Albin Eser, **Schwangerschaftsabbruch: Auf dem Verfassungsgerichtlichen Prüfstand**, Baden-Baden, 1994,s.32-37'den aktaran Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.205.

<sup>598</sup> Gerhard Robbers, **An Introduction To German Law**, 5th Edition, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, kn.517.

<sup>599</sup> Harris/ O'Boyle /Bates/Buckley,s.56-57.

<sup>600</sup> Harris/ O'Boyle /Bates/Buckley,s. 57.

şaşırtmakta iken, İngiltere’de 1967’de yasalaşmasına rağmen yaşam öncesine dair aktivistler de hala varlığını sürdürmektedir<sup>601</sup>.

Cezaevindeki bir kadının da; rızası ile rahim tahliyesi yaptırması mümkündür. Avrupa Konseyinin R (93) 6 Sayılı Tavsiye Kararına Ek Olarak Aldığı kararın 22. Maddesinde de “*Kadın mahpusların özel ihtiyaçlarına yönelik eğitim programları hazırlanmalıdır./Hamile olan seropozitif mahpuslara cezaevi dışındaki kadınlara sunulan eşit düzeyde bakım ve yardım sağlanmalıdır. Onlara, doğmamış çocuğa enfeksiyon riski konusunda mümkün olabildiğince çok bilgi verilmeli ve ulusal mevzuatın ön görmesi halinde kendi rızalarıyla hamileliğe son verme seçeneğine sahip olmalıdırlar*”<sup>602</sup> şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu durumda da kadın cezaevinde de olsa rızası ile gebeliğine son verebilecektir.

Özetle; gebe kadının kendi kaderini tayin hakkının uzantısı olan bu tıbbi müdahale bakımından, ilgilinin rızası 10 haftaya kadar olan gebeliklerde tek başına yeterlidir. TCK m.99/1’de yer alan düzenlemede metninde yer alan rıza Tipikliği kaldıran rıza olarak kabul edilebilir. Rızanın varlığı durumunda tipiklik oradan kalkacaktır.

### 3. Genital Muayene

Öncelikle belirtmek gerekir ki; TCK m.287 genital muayene suçunu düzenleyen hükümde, ilgilinin rızasına yönelik bir ibare bulunmamaktadır. Hakim veya savcı kararı olmaksızın, muayeneye gönderilme suç olarak düzenlenmiştir. Daha önceden sıklıkla kamuoyuna yansımış okul müdürlerinin kız öğrencilere yönelik gerçekleştirdikleri bu zorla muayeneye gönderilmesi örneklerinde de bu madde uygulanacağı gibi, tutuklu/hükümlü/sanık bakımından da bu madde

---

<sup>601</sup> Dworkin, **Life’s Donation**, s.109.

<sup>602</sup> Avrupa Konseyinin **R (93) 6 SAYILI TAVSİYE KARARINA EK** olarak aldığı karar (Çevrimiçi), [www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/tavsiye_kararlari.doc), 05.08.2016 .

uygulanabilecektir. Kişinin rızası veya hakim-savcı kararı olmaksızın teriminin maddeye eklenmesi kanaatindeyiz. Suç dolayısıyla veya suç teşkil etmeyenler dolayısıyla zorla muayeneye göndermeye dair farklar ortaya konulmaksızın söz konusu madde düzenlendiği için doktrinde de eleştirilmektedir<sup>603</sup>. Bu madde bakımından ilgilinin rızasının varlığı Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza olarak kabul edilebilir. İlgilinin tespiti bakımından ebeveynlerin mi yoksa yaşça küçük kişinin mi ilgili sayılacağı tartışmalıdır. Kişinin bedeni üzerinde söz sahibi olabilmesi bakımından, ayırt etme gücüne sahip küçükler söz konusu olduğunda ilgilinin ebeveynler olarak kabul edilemeyeceğini de belirtmemiz gerekmektedir.

#### 4. Yapay dölleme

Genellikle doğum kontrol yöntemleri, gerekli aydınlatmanın gerçekleştirilmesi kaydıyla suç teşkil etmemektedir<sup>604</sup>. Ancak çocuk sahibi olamayan çiftlerin başvurduğu bu yapay dölleme daha ileri teknoloji gerektiren bir uygulamadır<sup>605</sup>. Böylelikle hastanın aydınlatılması ve bunun sonucundaki rızası daha karmaşık bir hale gelmektedir. Çünkü “infertility”<sup>606</sup> tedavisi bakımından yıllarca çocuk sahibi olamayan çiftlerin istismar edildiği vakalar da olmuştur. 1978 yılında ilk tüp bebeğin doğması ile yapay dölleme ve buna dair sorunlar hukuk alanına yansımaya başlamıştır<sup>607</sup>.

Tüp bebek yöntemi “doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftlerin kendi üreme hücrelerinden gelen kendi biyolojik ve genetik çocuklarını hissedebilmeleri

---

<sup>603</sup> Ünver, ” TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.108.

<sup>604</sup> Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.67.

<sup>605</sup> (Çevrimiçi), [www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastaliklaridogumad/SSS/INF4.html](http://www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastaliklaridogumad/SSS/INF4.html) , 13.03.2014 .

<sup>606</sup> Kavram *üreme yeteneksizliği* anlamına gelmektedir. (Çevrimiçi), <http://www.tipterimlerisozlugu.com/infertility.html> Erişim Tarihi 13.03.2014 .

<sup>607</sup> İlk deneme 1791 yılında İngiliz bir doktor tarafından yapılmıştı. 1804’de Fransa’da buna benzer bir deney gerçekleştirilmişti. Gülsüm Önal Gürsoy, ” Yardımcı Üreme Teknikleri ve Etik”, **Medikal Etik 6 Tıp Uygulamalarındaki Yeni Gelişmeler ve Etik İkilemler**, Ed. Hüsrev Hatemi/ Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2006, s.83.

*için ortaya konulmuştur.*”Yapay üreme hücresi, kendi hücreleriyle üreyemeyen insanlar açısından da kullanılabilir<sup>608</sup>. Tüp bebek tedavisinde sıklıkla duyduğumuz embriyon, *“üreme hücreleri olan yumurta ve spermin birleşmesiyle doal veya invitro yani tüpte laboratuar koşullarında birleştirilerek fertilize edilmiş, döllenen bir canlı varlıktır”*<sup>609</sup>. Embriyon nakilleri bakımından; Evlilik içi tüp bebek, heterolog embriyon oluşturulması, doğum öncesi evlat edinme ve taşıyıcı annelik<sup>610</sup> olmak üzere 4 tür uygulama mevcuttur. ÜYTE Yönetmeliği m. 4/ğ uyarınca *“Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE): Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllennesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları”* ifade eder. Cenin ve canlı embriyolar in vivo; tüp içerisindekiler ise in vitro olarak adlandırılır. Bu ayrımın önemi çeşitli sözleşmelerin uygulama alanı bakımından kendisini göstermektedir. Örneğin Ovedio Sözleşmesinin Biyomedikal Araştırmalarla İlgili Olarak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol in vivo embriyolar için geçerlidir In vitro kapsam dışı bırakılmıştır<sup>611</sup>. Biyotıp Sözleşmesi m. 18/2 uyarınca insan embriyosu bilimsel araştırma konusu yapılamaz bu sebeple üretimi yasaklanmıştır. In vitro fertilizasyonda dölleme, vücut dışında gerçekleşmektedir ve daha sonra anne rahmine yerleştirilmektedir<sup>612</sup>. Söz konusu üreme biçimi, psikolojik açıdan da kişinin düşünebilmesini gerektiren aydınlatma sonrası sürenin kanaatimizce daha uzun olması gerekmektedir.

---

<sup>608</sup> Zengin,s.263.

<sup>609</sup> Onursal Cin, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.152.

<sup>610</sup> “Aslında üreme yeteneğine sahip olmamakla beraber bebeği taşıma yeteneğine sahip olan anne adayının başkalarının sperm ve oositleri ile yumurtaları ile oluşturulmuş olan embriyoyu kendi uterusuna nakledilmesi suretiyle taşıması ve doğumunu yapmasıdır.” Açıklayan Cin, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”,s. 152.

<sup>611</sup> Ergün Özsunay, “Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009,s.61.

<sup>612</sup> Savaş Özyiğit, “KKTC’de IVF (In-VitroFertilizasyon)”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II.Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Editör. Nilgün Sarp, 1.Baskı,Ankara,Adalet Yayınevi, 2011,s.253.

Ülkemizde ise sadece evlilik içi tüp bebeğe izin verilmektedir. ÜYTE yönetmeliği<sup>613</sup> m.1’de çocuk sahibi olmayan evli çiftlerin, çocuk sahibi olabilmeleri amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir. Embriyon nakillerinde, ÜYTE yön. m.17 uyarınca da bir takım yasaklamalar bulunmaktadır. Türk Hukuku bakımından, ÜYTE Yön. m. 19/1 uyarınca sadece evli çiftlerin rızaları doğrultusunda üreme hücrelerinin kullanılması mümkün olup, aynı yönetmeliğin Ek m. 4 uyarınca evli çiftler yazılı olarak rıza göstermek zorundadır. Ayrıca ÜYTE Yön. m. 17/4 uyarınca fazla alınan embriyoların dondurularak saklanması için ve m. 17/5 uyarınca 5 yıllık saklama süresi içerisinde aynı adayda kullanılması için de her iki eşin rızası aranmaktadır<sup>614</sup>. Çözülmemiş etik ve yasal sorunlar, sadece heterolog tohumlama için değil herhangi bir sperm bağışında dönör için de vardır. Çünkü uzun vadeli yükümlülükler yol açabilir. Hem dondurulma süresi hem de kalan embriyoların ne zaman yok edileceğine dair ön koşullara yönelik sorular, doğmamış insan yaşamı ve ölümü hakkında var olmaya devam etmektedir<sup>615</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, ÜYTE yön. m. 17 heterolog döllenmeyi, sperm yada oosit<sup>616</sup> donasyonu<sup>617</sup> ve bunlara dair banka kurulması, üreme amacının dışında embriyonların kullanılmasını, saklanmasını, naklini ve 3ten fazla embriyonun transferini kesinlikle yasaklamıştır<sup>618</sup>.

Türk doktrininde, evli çiftlerin ÜYTE tekniklerinden faydalanabilmesi konusunda olumlu görüş belirtenler olduğu gibi<sup>619</sup>, evli olmayan kişilerin evlat

---

<sup>613</sup> Resmi Gazete Tarihi: 30.09.2014 Resmi Gazete Sayısı: 29135.

<sup>614</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki; 5 yıllık saklama süresinin öngörülmesinin tıbbi gerekçesi konusunda da yönetmelikte açık bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>615</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1763 .

<sup>616</sup> “Yumurta ana hücresi, dişi yumurtalığında bulunan mayoz bölünme geçirerek eşey hücrelerini oluşturan hücre. Dişi eşey organında eşey hücrelerinin oluşması sırasında oogonyumdan değişen ve iki mayoz bölünmesi geçirecek olan hücre. Büyüme evresini tamamlamış fakat henüz döllenebilecek duruma gelmemiş dişi gamet.” Olarak da tanımlanabilen henüz olgunlaşmamış yumurta hücresine verilen isimdir. (Çevrimiçi) <http://www.biyolojiegitim.yyu.edu.tr/kf/toosit/index.htm>, 22.09.2017 .

<sup>617</sup> “Yumurta bağışlayan kişiden alınır ve baba adayının spermisi ile birleştirilerek anne adayının rahim içerisine yerleştirilir. Örneğin erken yaşta menopoza giren ve artık yumurtalıkları hiç yumurta üretemeyen kadınların bebek sahibi olabilmeleri için bu yöntem bazı ülkelerde uygulanmaktadır, fakat ülkemizde uygulanması yasaktır.”(Çevrimiçi), <http://www.jinekolojivegebelik.com/2008/05/yumurta-baii-yumurta-donasyonu-oosit.html>, 15.08.2016 .

<sup>618</sup> Cin, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”,s. 154.

<sup>619</sup> Özsunay, “Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, s.81.

edinebilmesine olanak tanıyan düzenlemelerin neden evli olmayan birliktelikler bakımından ÜYTE tekniklerin uygulanamayacağına net bir cevap vermediği kanaatindeyiz. Türk hukuku bakımından evli çiftlere ait olması gereken üreme hücreleri, eğer çiftlerden her ikisi de rıza göstermesine karşın üreme yeteneği olmayan partnerlerin başka bir aday yardımı ile çocuk sahibi olabilmelerinin de önüne geçen bir düzenlemedir. Eğer tarafların rızası var ise, bu durumda dahi neden böyle bir yasak olduğu sorusunun cevabı olarak ahlak ve adaba aykırılık kriteri uyarınca böyle bir düzenlemenin getirildiğini düşünüyoruz. Fakat bu düzenlemenin, yine de eşitlik ilkesine aykırı olduğunu savunuyoruz. Temel hak ve özgürlükler kanunla sınırlandırılabilir, sadece evli kişiler açısından var olan bu düzenleme açık bir şekilde eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Eşlerin boşanması ve kararın kesinleşmesinin üzerine, 300 gün geçmesine rağmen, döllenmiş yumurtanın nakledilmesi durumunda doğacak olan çocuğun soy bağının tespiti için babalık davasının açılması durumu özel hukuk bünyesinde olduğu için konuya dair detaylı açıklamalardan kaçınıyoruz. Ancak böyle bir naklin gerçekleşmesi durumunda uygulayan hekim bakımından ceza sorumluluğu gündeme gelebilecek midir? Çünkü döllenmiş yumurtaların imha edilmesi gerekmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken husus şudur: Söz konusu husus temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir düzenlemedir. Konu üzerinde özellikle ABD’de menfaatler dengesinin kurulmasına yönelik birbiriyle çelişen birçok karar mevcuttur. Kadın, erkeğin yazılı rızası alınarak dondurdukları embriyolar hakkında hak sahibidir. Kişinin kendi kaderini tayin hakkı uyarınca verilen rızanın geçerliliği sorununa dair kanaatimizce ülkemiz düzenlemesi bakımından evli olmayan kişilerin ÜYTE tekniklerinden faydalanabilmesi mümkün değildir. Ancak bu da, yönetmelik ile ele alınmış bir konudur. Bu nedenle bir daha çocuk sahibi olma imkanı olmayan kişiler bakımından, somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Ülkemizde yasaklanan yumurta donasyonu- bir başka kadının yumurtaları alınarak gebe kalınması- ve sperm donasyonu- bir başka erkeğin spermeleri alınarak gebe kalınması durumları KKTC’de de 26.08.2009’ta yayınlanan tüzük ile

yasaklanmıştır. Ülkemizde herkese ve KKTC’de Türk vatandaşlarına yasaklanmış olmasına rağmen, doktrinde bir görüşe göre TC vatandaşlarının Girit, Selanik, Güney Kıbrıs, Belçika, İsrail gibi ülkelere gittiği de belirtilmektedir<sup>620</sup>.

Mukayeseli hukukta evli çiftlerin dışında bir de evlilik birliğine benzer ilişki yaşayanlar da ÜYTE tekniklerinden yararlanabilmektedir<sup>621</sup>. Örneğin Almanya’da Embryenschutzgesetz (ESchG) uyarınca evli olsun olmasın ayrı cinsten kişiler için yapay dölleme her iki tarafın rızası ile mümkündür. Rızasız bir şekilde yumurta içerisine embriyon transferi yasaktır. Avusturya’da da Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) m. 2/1 uyarınca evlilik birliği benzeri ilişki yaşayanlar bakımından da mümkündür. Hem Avusturya’da hem de İsviçre’de ise güncel tıp biliminin ulaştığı seviyede penetrasyon sonucunda çocuk sahibi olunamaması durumunda mümkün olabilmektedir. İsviçre Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) m. ¾ uyarınca ölen eşin sperminin kullanılması yasaklanmıştır. Yumurta bağışlanması da sperm bağışının aksine her üç ülkede de yasaklanmıştır. Hem sperm hem de yumurta bağışına izin veren ülkelere Fransa, İspanya, İsveç örnek verilebilir. İsveç The Genetic Integrity Act 6. Bölüm 2. Paragraf uyarınca, sperm yada yumurta bağışında bulunanlar yazılı vermek zorundadır ve bu rıza, her zaman geri alınabilir<sup>622</sup>.

Öte yandan hamileliklerde 40 yaşından sonra riskler ortaya çıkması sebebiyle buna yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Ancak IVF’daki kusurlar aşağı yukarı in vivo gebeliklerdekine yakın olduğu, hayvanlar üzerinde yapılan çalışmalarla da kanıtlanmıştır<sup>623</sup>. Kesinlikle bu öneride bir anlamda özellikle yaşla ilgili kromozomal veya down sendromu gibi embriyonun genetik bozuklukların bir ilişkisi vardır. Bir doktrinde iddia edilmektedir ki; annenin daha sonra yeniden implante olabildiği en

---

<sup>620</sup> Özyiğit, “KKTC’de IVF (In-VitroFertilizasyon)”,s.253,255.

<sup>621</sup> Almanya’da evlilik birliğine benzer ilişki yaşam 2001 yılından itibaren LPartG- Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft uyarınca aynı cinsiyetten kişiler evlilik birliği benzeri ortak yaşam sürdürebilmektedir.

<sup>622</sup> Özsunay, “Yapay Döllemeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, s.64-70.

<sup>623</sup> Robert Edwards, “Ethicsandembryology”,**Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990, s.46.

yüksek üreme performans alınan in vitro programlar oluşturulan iyi embriyo bankaları oluşturmak için kullanılır, ancak anne bunu arzu ederse daha sonraki yaşamında down sendromu gibi hastalıkların doğal riski çok daha yüksektir<sup>624</sup>. Bütün bu risklerin varlığı, kadının gebe kalma konusundaki rızasının kendisine ait olduğunu gerçeğini değiştirmeyecektir. Hamilelik için belirli bir yaş sınırı koymak, kişinin kendi kaderini tayin hakkının ve insan onurunun açıkça ihlalidir ve insan haklarına aykırıdır.

Öte yandan ABD’de ilgilinin rızasına ilişkin sorunların, yapay dölleme sonucunda dondurulmuş yumurtalar bakımından ortaya çıkmaktadır. Eski eşler veya birliktelikler yahut eşlerin farklı fikirler taşıması durumunda, yapay döllemenin istenmesini konu alan davalarda eyaletten eyalete farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. 2002 tarihli Uniform Parantage Act m.706 uyarınca rıza göstermeyen taraf sona ermiş olan evlilik birliğinden sonra gerçekleşecek olan yapay dölleme (hatta embriyon nakli dahil) sonucunda doğacak çocuk bakımından ebeveyni sayılmayacaktır<sup>625</sup>. Konuya dair *Litowitz v Litowitz* davası ABD kamuoyunda oldukça popülerdir. Mahkeme yargıcı boşanma sürecinde olan çiftin embriyolarını konu alan bu davada “*Pre-embriyoların insan hakkı olduğuna*” vurgu yapmıştır<sup>626</sup>. *Davis v Davis* davası da, preembryo kavramı bakımından önemli bir davadır. Donmuş embriyoların boşandıktan sonra kimin mülkiyetinde olduğu ve tarafların dışında bir başkasına bağışlamanın mümkün olup olmadığını konu etmiştir. Mahkemeye göre, “*Preembryolar ne kişi ne de eşyadır, içlerinde potensiyel yaşamı barındırdıklarından dolayı saygıyı hak ederler.*” diyerek, konunun tercihini ebeveynlere bırakılması, eğer ki arada anlaşma bulunmuyorsa her iki tarafın da menfaatlerini dikkate alarak değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir. Ancak başkasına bağışlanma durumunda, itiraz edenin menfaatinin daha fazla

---

<sup>624</sup> Mark W. J. Ferguson, “Contemporary and future possibilities for human embryonic manipulation”, **Experiments On Embryos**, Ed. Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990, s.10-11.

<sup>625</sup> Özsunay, “Yapay Döllemeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, s.76.

<sup>626</sup> 48P 3d 261 Wash 2002 aktaran bkz. Plomer, s.90.

olduğuna karar vermiş ve fakat bu otomatik bir veto hakkı tanımaz diyerek de, kanaatimizce tam da önünü kapatmak istememiştir<sup>627</sup>.

Hastaların hormonlarının dondurulmasındaki özen, klinikten kliniğe çeşitlilik göstermektedir. Ve bu dondurmanın süresinin 10 yılı bulması da bunların mantığa uygun olup olmadığı konusunda sorular ortaya çıkartmaktadır<sup>628</sup>. IVF tedavisi gören çift, ilişkileri bittiğinde oluşturulmuş embriolarının akıbetine yönelik olarak bunların imha edilmesinin İHAS m.2'ye aykırı olduğuna dair açılan *Evans v. Birleşik Krallık* davasında yine İHAM yaşamın ne zaman başladığını devletlerin takdirine bırakmıştır<sup>629</sup>. Danimarka, Fransa, Yunanistan, Hollanda ve İsviçre'de embriyonun bir kadına yerleştirilme anına kadar her iki tarafın da kendi rızasını özgürce geri alma hakkı yasaldır ve Belçika, Finlandiya ve İzlanda 'da uygulamada her gamet sağlayıcısının, yerleştirme aşamasından önce rızasını geri alma özgürlüğü bulunmaktadır. Macaristan'da ölüm ya da boşanma durumunda dahi aksine yazılı anlaşma yoksa kadın gebe kalmak için talepte bulunabilir. İspanya'da ise evlilik devam ettikçe, erkeğin rızası geçerlidir<sup>630</sup>.

Kanaatimizce yapay döllenmeye ilişkin olarak ayrı bir TCK düzenlemesi bulunmadığından, TCK m.99, 86-87, 91 veya 90'de somut olaya ilişkin uygulanabilir. Özel bir kanuni düzenleme yapılarak her iki tarafın rızasının bulunması durumunda yapay döllenenin hukuka uygun sayılmasının ve evlilik

---

<sup>627</sup> 305, US, 321 (1938), Davaya dair detaylı bilgi için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.casebriefs.com/blog/law/health-law/health-law-keyed-to-furrow/reproduction-and-birth/davis-v-davis/>, 06.10.2016 ; (Çevrimiçi), [http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis\\_v\\_davis.htm](http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm), 06.10.2016 ; (Çevrimiçi), [https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/39831/42\\_23CreightonLRev807%281989-1990%29.pdf?sequence=1](https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/39831/42_23CreightonLRev807%281989-1990%29.pdf?sequence=1) , 06.10.2016; Plomer,s.86-87.

<sup>628</sup> Edwards, "Ethicsand embryology",s.47-49.

<sup>629</sup> Başv.No: 6339/05, 2006 bkz. Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,s.57-58.

<sup>630</sup> EVANS / BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI (Başvuru No: 6339/05) Çev.Alper Can Aykaç (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-430> , 06.10.2016; Bu tür gelişmeler başka muhtemel in vitro fertilizasyon işlemleri için yumurta ve sperm seçimi için yani daha iyi kriterler olasılığını vurgulamaktadır. Bkz. Ferguson, "Contemporary andfuture possibilities for human embryonic manipulation", s.10; Hormon tedavisinde, in vitrofertilizasyonda kullanılmaya başlanması bir başarıdır. Bazı kliniklerde LHRH (hormon agonistis algılatıcı luteinize edici) keskin çeşitli kliniklerde başarı oranları artmıştır. Bkz. Edwards, "Ethicsand embryology", s.46.

şartının aranmamasının aranmaması kanatindeyiz. Konuya dair bir TCK düzenlemesinin gerekliliği, pre-embriyonların ve rıza vermeyen tarafın özerkliğinin korunması bakımından önem taşır. Olası bir düzenleme bakımından da, Tipikliği kaldıran rıza'nın varlığı aranmalı ve rızanın mutlaka yazılı gerektiği kanun metninde düzenlenmelidir. Ancak güncel mevzuat bakımından böyle bir düzenlemenin bulunmamasının da yasal boşluk yarattığını vurgulamamız gerekir.

## 5. Vekil annelik-surrogate mother

Yapay döllemenin alt başlığında işlediğimiz bu durum “*bir kadının rahmini kiralaması*” yahut “*rahmini ödünç vermesi*” olarak da adlandırılabilir<sup>631</sup>. Bu taşıma işlemi literatürde “*gestationalcarrier*” yahut “*surrugacy*” olarak adlandırılmaktadır.

Bazı durumlarda vücutta, her ne kadar hücre üretilse de; bebeği taşıyacak organa çeşitli sebeplerle sahip olunmayabilir. Daha önce geçirdiği bir rahatsızlık sebebiyle yahut başka sebeplerle; örneğin eşcinsel erkeklerin bebek sahibi olmak istemeleri gibi durumlarda; cenini taşıma imkânına sahip bir kişi tarafından, bebek cenini taşıma imkanına sahip kişinin rahminde büyüüp gelişerek doğumdan sonra çocuk sahibi olmak isteyen kişilere, ebeveynlik yapabilmeleri için, verilmektedir.

Söz konusu yöntem insan onuru bakımından da tartışmalara sebep olmaktadır. İnsan Üreme ve Embriyo Araştırmaları Komitesi raporunda, bir kadının rahmini kiralaması ve bunu para kazanmak için yapması insan onuruna aykırı addedilmiştir<sup>632</sup>. Bir başka insan yahut çift yerine, bebeği dünyaya getiren kişi surrogate anne olarak kabul edilebilir<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> Çağatay Üstün, “Gelişen Tıbbın Oluşturduğu Etik Açmazlar”, **Medikal Etik 6 Tıp Uygulamalarındaki Yeni Gelişmeler ve Etik İnkilemler**, Ed. Hüsrev Hatemi/ Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2006,s.4.

<sup>632</sup> Komite raporunu aktaran Zengin,s.264,Komite raporunda rahmin kiralanması adeta rahmi bir “kuluçka makinesi” haline getirdiği için insan onuruna aykırı bir yöntem olarak görülmektedir.

<sup>633</sup> Derek Morgan, “Surrogacy” , **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed.Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989,s.56.

Bu konuda *Bebek M (109 NJ 396 (1998), 537 A 2d 1227)* davası örnek verilebilir. 1985'te kadının MS hastası olması sebebiyle, çift kendi sperm ve yumurtası ile bebeği taşıyıp doğuracak bir başka kadın ile 10000 dolar karşılığında anlaşmıştır. Bebeği doğurduktan sonra aradaki kontrata rağmen bebeği görmezse intihar dahi edebileceği tehditlerine aldırmadan, aile mahkemesi hakimi yasal anne ve baba izin vermediği gerekçesiyle vekil annenin çocuğu ziyaret edemeyeceğine karar vermiştir. Ancak yüksek mahkeme bebeklerin sabit bir ikametgahının olmasının çocuk için en iyi olacağını vurularak yasal anne ve babaya velayeti vermiş fakat vekil anneye de ziyaret hakkı tanımıştır<sup>634</sup>.

Ülkemiz bakımından ise konunun, soybağını değiştirme suçu kapsamında ele alınabileceğini belirterek; TCK m. 231/1 uyarınca „*Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi...hapis cezasıyla cezalandırılır*“ hükmü uyarınca; güncel mevzuatımıza göre, vekil anneliğin suç teşkil ettiğini vurgulamak ile yetiniyoruz.

### C. Cinsiyet Değişikliği

Bazen cinsiyet değişikliği gibi radikal değişikliğe sebep olan ameliyatlarda somatik tedavi nedenlerinden ötürü değil de psikolojik amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Cinsiyet değiştirme operasyonlarında, hasta karşı cinsine yönelik kişiliğin belirtilerini sergilemekte ve hatta kendisini yanlış bedende olduğu için rahatsızlık hissetmektedir<sup>635</sup>. Cinsiyet değişikliği de özünde bir tıbbi müdahale olmakla birlikte, geri dönüşü olmayan plastik cerrahi alanına dâhil ameliyattır<sup>636</sup>. Söz konusu müdahale bakımından da tıbbi müdahalenin geçerlilik şartları aranmaktadır.

---

<sup>634</sup> Dava ayrıntıları için bkz. Clyde Haberman, “Baby M and the Question of Surrogate Motherhood”, The New York Times, 23.03.2017, (Çevrimiçi), <https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-the-question-of-surrogate-motherhood.html?mcubz=0> , 22.09.2017 ; Talbot ,s.174-175.

<sup>635</sup> Stauch/Wheat/Tingle,s.76.

<sup>636</sup> Jale Bafra, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp Dergisi,2004,Cilt 1,s.47 ‘den nakleden Nergiz Karadağ, **Türkiye’de Cinsel Azınlıkların İnsan Hakları**,12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2008,s.95 dip not:28; İpek Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, **AÜEHFD** Cilt 8, Sayı 3-4, s.462 (Çevrimiçi), [http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004\\_VIII\\_2\\_16.pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_2_16.pdf) , 05.11.2014.

Fakat güncel düzenleme bakımından kanun koyucu yaş sınırı aramıştır. Böylelikle yaş sınırının arandığı diğer tıbbi müdahaleler gibi, belirtilen yaş altındaki kişilerin rıza ehliyetleri bulunmamaktadır<sup>637</sup>.

Cinsiyet değişiklikleri bakımından, doktrinde bir görüşe göre kişiyi “*normal kimliğine kavuşturulan*” ameliyatların suç teşkil etmemesi gerektiği ancak kişinin bu ameliyatı para kazanmak yahut zevk için yaptırıyorsa, hekim bakımından nitelikli yaralama teşkil etmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>638</sup>. Diğer bir görüş ise, cinsiyet değişikliği talebin esasında iyileşmesi imkansız sayılabilecek psikiyatrik bir rahatsızlık olması sebebiyle ameliyatı gerçekleştiren hekimler açısından da fiilin “*ağır ve yüz kızartıcı bir suç*” olduğunu savunmaktadır<sup>639</sup>. Ancak bir başka görüş ise, psikoterapinin başarısız kaldığı hastalarda cinsiyet değişikliği dışında başka bir tercihin bulunmadığını belirtmektedir<sup>640</sup>. İlgilinin rızasının bulunmamasının müdahaleyi hukuka aykırı hale getireceği açık olmakla birlikte, bu konuda ülkemiz mevzuatı bakımından sadece ilgilinin rızası yeterli görülmemektedir.

Cinsiyet değişikliğine ilişkin mevzuatımız zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır. Eski Medeni Kanun döneminde 04.05.1988 tarihine kadar cinsiyet değişikliği ameliyatlarına izin verilmemekte iken, yurtdışında cinsiyet değişikliği ameliyatı olan bir kişinin durumu hukuki tartışmalara sebep olmuştur<sup>641</sup>. O dönemde ise Yargıtay’ın bu konudaki bakışı oldukça katı olmuştur<sup>642</sup>. Öte yandan kanun koyucu 3444 sayılı kanunla Eski Medeni Kanununun 29.maddesine cinsiyet değişikliğine izin veren bir düzenleme ile, kişinin cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra Resmi Sağlık Kurulu raporu ile bunu belgelemesi ve bunun üzerine nüfus

---

<sup>637</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.293.

<sup>638</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.128.

<sup>639</sup> Ancak aynı yazar cinsel organlardaki anormallikler için ameliyatın yapılmasını ise onarım olarak değerlendirmektedir bkz. Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, **İÜHF 1979-1981**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, C.XLV-XLVII, S.1-4,s.273.

<sup>640</sup> Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, **GÜHFD 1997 C.I S.I**, s.46-49.

<sup>641</sup> Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, s.456.

<sup>642</sup> “*Kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış fiillerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.*” Bakış açısıyla Y2HD, 27.03.1986, E.1986/61, K.1986/3256 karar için bkz. Karadağ, s.97

kaydında değişiklik yaptırabilmesine izin vermiştir<sup>643</sup>. Söz konusu düzenleme bir anlamda kişinin mahkemeye cinsiyet değiştirdiğini onaylatması olarak da değerlendirilebilmektedir<sup>644</sup>.

Yeni Medeni Kanun döneminde ise cinsiyet değişikliği TMK m.40 bağlamında ele alınmaktadır. Bu düzenleme, cinsiyet değişikliğine ilişkin özel bir madde olmamakla birlikte; incelendiğinde mahkemenin etkisinin daha fazla olduğu görülmektedir. Çünkü düzenleme uyarınca cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi, bu müdahaleye izin verilmesini mahkemeden talep etmektedir. Böylece ilgilinin rızası bulursa dahi cinsiyet değişikliği ameliyatını mahkemenin usuli işlemi olmaksızın yaptırılmaktadır. Öte yandan mahkeme izninin<sup>645</sup> yanı sıra diğer ön şartlar da Anayasa Mahkemesinin iptal kararı öncesine kadar; kişinin 18 yaşını doldurmuş olması<sup>646</sup>, evli olmaması, Transseksüel yapıda olması<sup>647</sup>, ruh sağlığı açısından bu müdahalenin zorunluluk arz etmesi<sup>648</sup> ve kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmasının resmi sağlık raporuyla belgelenmesi<sup>649</sup> olarak belirtilmekteydi.

---

<sup>643</sup> Eklemek gerekirse medeni haline bakılmaksızın herkese tanınmış olan bu hak, doktrinde menfaat sağlamak için yapıldığına dair eleştirilmiştir. Sadece transseksüellere tanınması gerekli bir hak olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur. Konu ile ilgili doktrine eleştirilere dair detaylı açıklamalar için bkz. Karadağ, s.102.

<sup>644</sup> M. Serdar Güntürk, **Türk Yüksek Mahkemeleri ve AİHM. Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012,s.180; Söz konusu düzenlemeyi “*filii durumun tespiti*” olarak değerlendiren yazarlar da vardır. Bkz.Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, s.458.

<sup>645</sup> Medeni Kanununun 39.maddesi uyarınca kişisel durum sicilinde değişiklik ancak mahkeme kararıyla yapılabilir.

<sup>646</sup> Maddede açıklık bulunmamakla birlikte ayırtım gücünün de bulunması aranmaktadır. Aynı görüşte bkz. Karadağ, s.104.

<sup>647</sup> Önceki düzenlemede herkes cinsiyet değiştirme ameliyatlarını yaptırabilirken kanun koyucu sadece translarla sınırlı tutması gerçekten eleştirilecek bir husustur.

<sup>648</sup> Yargıtay’ın eski kararları dikkate alındığında bu düzenleme ile kişilerin askerlikten kaçmak veya sair sebeplerle cinsiyet değişikliği ameliyatlarına başvurmasını engellemeye çalıştığı kanaatindeyiz. Aynı görüşte bkz. Karadağ, s.104.

<sup>649</sup> Anayasa mahkemesi kararı öncesinde de konu doktrin tarafından eleştirilmiştir. Üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmak şartının çocuğu olan kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatlarını rızaları olsa dahi yaptırılmayacakları sonucunu doğurması sebebiyle eleştiri için bkz. Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, s.464; düzenlemenin insan onuruna açıkça aykırı olduğu eleştirisi için ise bkz. Karadağ, s.105-106; ve ayrıca bkz. Güntürk,s.181.

Ancak AYM Genel Kurul kararı uyarınca "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma" kriteri iptal edilmiştir<sup>650</sup>.

Düzenlemedeki ön şartların, ilgilinin rızasının tek başına cinsiyet değişikliği için yeterli kabul edilmemesi sebebiyle ayrıca ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Maddede geçen transseksüel yapıda olma ön şartı aranmaktadır<sup>651</sup>. Trans birey<sup>652</sup> cinsiyet değişikliğine karar verdiğinde, talep ettiği cinsiyet değişikliği müdahalesinin yaptırabilmesi için bir dizi ön müdahaleler geçirmektedir. Bunlar sonucunda mahkeme tarafından cinsiyet değişikliği müdahalesinin yapılmasına izin verilmektedir<sup>653</sup>. Uygun cerrahi müdahalenin yapılmasından sonra ise nüfus sicilinde değişikliğe karar verilmektedir. Yeni düzenleme uyarınca yaş sınırı aranan bir tıbbi müdahale olduğu için; 18 yaşından küçüklerin rıza ehliyetlerinin bulunmadığı ve kişinin ergin olmasının arandığı görülmektedir. Fakat kişinin evli olmaması şartının söz konusu uygulamayı zorlaştırdığı tartışmasıdır. Madde gerekçesinde belirtilen "Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacı" eşitlik ilkesine aykırılığı bertaraf edememektedir. Eski kanun döneminde mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğinin gerçekleştiğinin belgelenmesiyle birlikte, evliliğin sona erdiğine ve varsa velayet konusunda karar vermekte (Y2HD, 1993/ 10893 E, 1993/11668 Kr., 02.12.1993)<sup>654</sup> iken, evli kişinin rızasıyla cinsiyetini değiştirmesinin bu düzenleme ile önü kapanmıştır.

---

<sup>650</sup> Cinsiyet Değişikliği Hakkındaki Kurallara İlişkin Kararların Basın Duyurusu, Basın Duyurusu No: GK 10/18 Tarih: 20.03.2018 (Çevrimiçi) , <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/genelkurul/detay/35.html> 05.07.2018.

<sup>651</sup> Tıp terimleri sözlüğünde transseksüel "1. Cinsiyet organları ve vücut yapısı bakımından erkek veya kadın olmasına rağmen ruhsal bakımdan kendisini karşı cinsten hisseden kişi; 2. Dış genital organları ameliyatla diğer cinsin cinselorganlarına çevrilmiş kişi, cinsiyet değiştirmiş kişi" olarak tanımlanmaktadır. (Çevrimiçi) <http://www.tipterimlerisozlugu.com>, 22.09.2017.

<sup>652</sup> Transseksüel kavramı, içerisinde seksüelliği çağrıştırmaktadır. Trans kelimesi bireyin kadın veya erkek olmakla ilgili psikolojik gelişimiyle de yakın ilgili olduğundan trans birey kelimesini tercih etmekteyiz.

<sup>653</sup> Bu iki ön şart yerine getirilmediğinde mahkeme cinsiyet değişikliğine izin vermemektedir. (Y2HD, 20.04.2006,2005/20746E-2006/5916) Yargıtay kararı için bkz. Güntürk,s.183-184; Bu durumda da kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği halde birçok eziyete katlanmak zorunda kalmaktadır. "Üreme yeteneğinden yoksunluk şartının, ameliyat öncesi izin safhasında değil, ameliyat sonrasında, cinsiyet değişikliğini hukuken tanıma aşamasında aranması gerekirdi." bkz. Karadağ, s.106.

<sup>654</sup> Karar için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=14915> ,03.11.2014.

Kanaatimizce yeni düzenleme de kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında eleştiriye açıktır. Cinsiyet değişikliği de özünde tıbbi müdahaledir. Evli olmama kriteri müdahalenin uygulanabilme süresini de uzatmaktadır. Ülkemizde aynı biyolojik cinsiyetten kişilerin evli olmaları da kanunen mümkün değildir. Böylelikle kişinin cinsiyetinin değiştirilmesine karar verilmesiyle birlikte, söz konusu evlilik de hukuken geçerliliğini yitirecektir<sup>655</sup>. Evlilik sözleşmesinin kamuyu ilgilendirmesi sebebiyle bir mahkeme kararıyla sonlandırılması yasal olarak gereklidir. Fakat uygulamada boşanma davalarının uzun sürmesi gerekçesi ile dahi, evli olmama kriterinin tıbbi müdahalenin önşartı olarak kabul edilmesi haksızlık yaratmaktadır.

Cinsiyet değişikliği müdahalelerinde; ilgilinin rızasına ilişkin bir başka sorun da, mahkemeden izin alınmasıdır. Zaten cinsiyet değişikliği kararı uzun bir dönem sonucunda verilmektedir. Kişi, bedeni üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkına anayasal koruma düzeyinde sahiptir. Bu tasarruf kişinin cinsiyetini de kapsar. Mahkemenin onay makamı olarak sadece kişinin nüfus sicili değişikliği bakımından karar verir konumda olmasıyla, müdahalenin kendisine bizzat mahkemenin karar vermesi arasında ciddi farklar vardır. Cinsiyetini değiştirebilme hakkı, devlet tarafından kişiye verilmiş bir haktır. Ancak hakkın kullanımını imkansız kılmadan yahut fazla zorlaştırmadan kişilere hakkın tanınması gerekmektedir. Bu nedenle tıbbi müdahalenin şartları bakımından inceleme konumuz olan ilgilinin rızasını işler kılacak yeni bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki; söz konusu düzenleme insan onuru, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve eşitlik ilkesi bağlamında da Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir<sup>656</sup>. Öte yandan Anayasadaki sınırlandırma ölçütlerine aykırılık teşkil ettiği de açıktır.

---

<sup>655</sup> Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”,s.458.

<sup>656</sup> 1982 Anayasası'nın 10.maddesi düzenlemesi irdelendiğinde herkesin kanun önünde eşitliğinden bahsetmektedir. Cinsiyet değişikliğinin sadece translara, üreme yeteneğinden yoksun kişilere ve bekar olanlara tanınması bu hakkı Anayasal ilkelere aykırı biçimde hakkın özünü Anayasal dayanaklardan yoksun biçimde daraltmaktadır. Ayrıca AY m.10'da açıkça “*cinsel yönelim ayrıcalığı sayılmamıştır. Ancak metinde belirtilen “...ve benzeri sebeplerle” ifadesi geniş yorumlanarak cinsel yönelim temelli ayrımcılık da bu madde kapsamında değerlendirilebilir.*” Görüş için bkz. Karadağ, s.122;

Konunun ceza hukuku bakımından ele alınması durumunda ise; ilgilinin rızasıyla dahi olsa tedavi maksadı taşımayan bir müdahale sonucunda sağlıklı bir uzuv kopmasına neden olan cerrahın suç işlemiş olup olmayacağıdır. Çünkü ameliyatların geniş bir perspektifi vardır, toplumsal bir istek için dahi olsa bunun sosyal endikasyon olarak kabul edilerek hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Cinsiyet değiştirme operasyonları, en azından kişinin psikolojik durumunu tedavi etmek için yapıldığından dolayı hukuka uygun kabul edilse de, sağlıklı bir uzvun kesilmesiyle sonuçlanan herhangi bir operasyonun da aynı temelden dolayı hukuka uygun kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır<sup>657</sup>.

Mevcut düzenleme bakımından, operasyonu gerçekleştirecek olan hekimin mutlaka mahkeme kararını görerek, cinsiyet değişikliği müdahalesini icra etmesi gerekir. İlgilinin rızasının alınmasından önce de aydınlatma süreci gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Mahkeme tarafından verilen karara rağmen gerçekleştirilecek aydınlatma sonucunda kişi rıza göstermeyebilir, açıklamışsa bundan vazgeçebilir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre; yapılacak aydınlatma sonrası mutlaka yazılı olarak rızanın alınmalı ve diğer tıbbi müdahale şartlarının da gerçekleşmiş olmalıdır<sup>658</sup>.

Mukayeseli hukuk açısından da, cinsiyet değişikliği bakımından çeşitli sorunlar bulunmaktadır. *R v North West Lancashire Health Authority, ex parte A and others (2001 1 WLR 977) davasını* ele almak gerekmektedir. Bu davada başvuranlar trans bireylerdir ve cinsiyet ameliyatı yaptırmak isterler. Sağlık otoritesi ise, zorunluluk yahut ağır bir ihtiyaç olduğuna dair klinik görüş olmadığı nedeniyle kamu bütçesinden kaynak ayrılması konusunda fazla önceliğe sahip olmadığına karar vererek cinsiyet ameliyatına dair giderleri ödemeyi reddeder. Konu

---

Kanaatimizce cinsel yönelim olarak yorumlanmasına engel bulunmadığı gibi, TMK m.40 düzenlemesi bir hakkı sadece belirli kimselerin kullanımına açıp, diğer kişiler açısından kullanılamaz hale getirmesi gerekçesiyle eşitlik ilkesine de aykırıdır.

<sup>657</sup> Stauch/Wheat/Tingle,s.77.

<sup>658</sup> Gökcan,**Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.362.

mahkemeye taşınmıştır. Mahkeme; sağlık kurumun bir sağlık ödemesi açısından önceliğin tespit edilmesi noktasında hatalı davrandığını, kişilerin makul gerekliliklerini yerine getirme zorunluluğunu da değerlendirmesi gerektiği ve sağlık otoritesinin transseksüalizmi bir hastalık olarak görmeyi tercih ettiğini tespit etmiştir. Doktrinde bir görüşe göre; karar esasında reddedilme nedenleri konusunda şeffaf davranılması kaydıyla tedaviye kaynak sağlamayı hala reddedebileceği anlamına gelmektedir. Ancak karara göre sağlık otoritelerinin spontan olarak reddetmeyi düşünmektense, reddetme nedenlerini dikkatlice ele alması gerektiği vurgulanmıştır<sup>659</sup>. Karar, mahkemenin halihazırda konuya yaklaşımında sağlık kurumlarının cinsiyet değişikliklerine yönelik bakış açısı veyahut bunların finansmanına odaklanması sebebiyle eleştiriyeye açıktır.

Sonuç olarak tıbbi zorunluluklar dolayısıyla ilgilinin rızası sonucunda, hukuka uygun sayılacak tıbbi fiiller içerisinde cinsiyet değişikliği de girmektedir. Kişinin sağlıklı bir uzvunun kesilmesi ya da değiştirilmesi anlamına gelen bu gibi bir tıbbi müdahalede, detaylı aydınlatma sonucunda alınan rıza sonucunda gerçekleştirilen müdahale hukuken geçerli kabul edilebilir. Ancak trans görünümüne sahip olmayan kişilere ve evli olanlara bu tıbbi müdahaleyi yaptırma hakkının verilmediği, mevzuat bakımından açıktır. Bunun AY'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği göz ardı edilmemelidir. Bireye makul bir karar süreci verilmesi ve bununla birlikte bu kişilere karşı nefret suçunun işlenmemesi gerektiği önemlidir. Cinsel yönelimleri sebebiyle, bireyleri cezalandıran düzenlemelerden kaçınılmalıdır. İlgilinin rızası, tek başına bu tıbbi müdahalede yeterli kabul edilmemiştir. Kanaatimizce; cinsiyet değişikliği, kamusal düzene başkaldırı olarak ele alınmamalıdır. Aksine bunu, kişinin kamusal düzenle birlikte yaşama çabası olarak değerlendirmek daha yerinde olacaktır. Çünkü var olan bedeni, hissedilen bedene dönüştürerek özünde psikososyal bir olumluluk elde edilmeye çalışılmaktadır. Bu da kişinin anayasal koruma içeren sağlık hakkı ile de yakından ilgilidir.

---

<sup>659</sup> Carr,s.86-87.

## D. Estetik Operasyonlar Bakımından Değerlendirme

*“Kişide doğuştan bulunan ya da daha sonra bir kaza sonucunda ya da kendiliğinden oluşan görünüm bozukluklarını düzeltme amaçlı müdahaleler”*<sup>660</sup> olarak tanımlayabileceğimiz estetik operasyonlar; hastanın karar verme sürecini kolaylaştırıcı şekilde davranması gerekli bir hekim ve çoğu zaman ortada yaraların düzeltilmesi gibi bir endikasyonada dayanmayan sırf güzelleşmek amaçlı tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın taraf olduğu bir müdahaledir. Özellikle estetik operasyonlarda bazen medyanın da etkisiyle gerçekçi olmayan taleplerle hekimlere başvurulmaktadır. Estetik operasyonlarda özellikle yapılacak olan aydınlatma daha detaylı olmalı ve ilgilinin rızası asla standart bir onam formuyla alınmamalıdır. Hatta kişinin örneğin bir lazer uygulamasını yeniletecekse dahi; Dr.X tarafından müdahaleni yapılmasını istiyorsa onun yardımcısı olan Dr.Y tarafından o tıbbi müdahale yapılamayacaktır<sup>661</sup>.

Estetik operasyonlar açısından salt güzelleştirme amacı gütmeleri söz konusunda ise uygulanmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>662</sup>. Estetik operasyonlar vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleşen müdahalelerden olup; ilgilinin rıza göstermesi durumunda diğer şartları da mevcutsa hukuka uygun kabul edilecek tıbbi müdahalelerdendir. Bununla beraber her tıbbi müdahalede olması gereken şart bir tıbbi endikasyonun varlığıdır. Endikasyon kavramına estetik açıdan yaşanan kaygının dahil edilip edilemeyeceği bu tıbbi müdahale tipi bakımından önemli bir sorunsaldır.

Elbette ki kişinin özerkliği kapsamında bedeni üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı mevcuttur. Kişinin bedeninden memnun olması da onun temel bir

---

<sup>660</sup> Fulya Ertlüle, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.220; Bu ameliyatlar 1.Dünya Savaşı sebebiyle 1914 tarihinden sonra büyük önem kazanmıştır. Bkz.Belgesay, s.75.

<sup>661</sup> K H Satyanarayana Rao; “Informed Consent: An Ethical Obligation Or Legal Compulsion?”; J Cutan Aestet Sur. Jan. 2008,1(1):33-35 (Çevrimiçi), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2840885/>, 02.12.2014 .

<sup>662</sup> Görüşler için bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.165-166.

hakkıdır.Bunu değiştirmek için açıklayacağı rıza sonucunda bedenini daha iyileştirebilmesi için salt güzelleşmek amacıyla da estetik müdahale yaptırabileceği açıktır. Burada varsayılan endikasyon psikolojik olabileceği kadar sosyal de olabilir.Çünkü kişi bedeni görüntüsü sebebiyle toplumda alay edilen, kendi kişisel varlığını gösterirken engellenen bir kimse de olabilir. Bunun kişide oluşturacağı psikolojik baskı da bir endikasyon olarak varsayılmalıdır<sup>663</sup>. Fakat bu sınırsız değildir<sup>664</sup>. Eğer yaptırılmasına rıza gösterilen estetik operasyon, kişide önemli derecede vücut bütünlüğünü bozacak ise, gösterilecek rızanın hükümsüz addedileceği de savunulmaktadır<sup>665</sup>.

Estetik operasyonlar gerekli, fakat ivedi olmayan tıbbi müdahalelerdir. Bu gibi tıbbi müdahaleler bakımından hastanın karar sürecinde kişi otonomisinin zedelenmemesi bakımından; hastaya karar verilebilmesi için makul bir zaman tanınması aydınlatma yükümlülüğünün bu denli geliştiği operasyonlarda olmazsa olmaz koşullardan biridir<sup>666</sup>. Genellikle estetik operasyonlar da tıbbi bir zorunluluk bulunmadığından, bu gibi operasyonların kişilere psikolojik bir iyilik hali sağladıkları ise açıktır. Bu nedenle estetik operasyonlar bakımından psikolojik endikasyonun varlığı savunulabilir<sup>667</sup>. Estetik operasyon, kişilerin güzellik takıntılarını da geçirmek amacıyla da yapılırsa bunun psikolojik etkisi de bir endikasyondur. Ortada “sosyal zarar” olmadığından, “daha güzel olmak da bir hak sayılmalıdır”<sup>668</sup>. Çünkü estetik operasyonlarda, kişilerin dış görüntülerinin değiştirilip güzelleştirilmesi hedeflenmektedir<sup>669</sup>. Estetik ameliyatlar eğer kişilerin

---

<sup>663</sup> Erlüle, s.221.

<sup>664</sup> Yazar ilgilinin rızasının varlığı ve tıp biliminin kurallarına uygun yapıldığı sürece her türlü estetik operasyonun yapılabilceğini savunmaktadır. Bkz. Erlüle, s.221.

<sup>665</sup> Belgesay, s.69.

<sup>666</sup> Erwin Deutsch, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, çev. İrfan Yazman; (Çevrimiçi), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2894.pdf>, 20.12.2014 .

<sup>667</sup> Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.557.

<sup>668</sup> Doğan Soyaslan, “ Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 264.

<sup>669</sup> Özer, “Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, s.244.

rızaları varsa suç teşkil etmezler. Doktrinde buna gerekçe olarak, kişilerin beden bütünlükleri bakımından bir zarar söz konusu olmadığı gösterilmektedir<sup>670</sup>.

Estetik operasyonlar genellikle cerrahi müdahaleleri içermektedir. Ayrıca kazalar gibi kişinin doku ve organlarının onarımını hedefleyen rekonstrüktif (onarım) cerrahisi ve kozmetik amaçlı müdahaleler de bulunmaktadır<sup>671</sup>. Nefes almaya yönelik gerçekleştirilen operasyonlar, tedavi amacı taşıdığı için estetik operasyon olarak sayılmaz, çünkü bunlarda tedavi amacı söz konusudur<sup>672</sup>. Doktrinde ise onarım cerrahisinin organ ve doku hasarlarını gidermek amacı taşıdığı için esasında tedavi amaçlı olduğu ve bu nedenle de hukuka uygun sayılabileceği ancak salt estetik amaç taşıyan müdahalelerin ise bu karakterde olmadığı için hukuka uygun olmadığı da savunulmaktadır<sup>673</sup>.

Kişinin normal haline geri döndürmeye yarayan, doğuştan ya da kaza sonrasında oluşan kusurlar sebebiyle yapılan ameliyatlardan bakımından da doktrinde tartışma mevcuttur. Alman Federal Sosyal Mahkemesinin bir kararında, hastanın psikolojik olarak rahatsız olduğu uzvunu değiştirme yönündeki takıntısı sebebiyle gerçekleştirilen operasyonun tedavi maksatlı olmadığına hükmedilmiştir. Hastanın bu takıntısının psikiyatrik bir tedavi ile gerçekleştirilmesi gerektiğine ve masrafların sosyal sigortalar tarafından karşılanmayacağına hükmedilmiştir<sup>674</sup>. Hastanın psikolojik rahatsızlığı sebebiyle gerçekleştirilse de estetik operasyondur, ancak masrafları sosyal sigortalar tarafından karşılanmayabilir<sup>675</sup>.

Öte yandan her estetik operasyonun rızasının varlığı olmasına rağmen yapılmaması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır. Bunun sınırı da ilgilinin rıza açıklayabileceği alanlardır. Kişi örneğin tırnaklarının tamamen sökülmesine rıza

---

<sup>670</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.127.

<sup>671</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.413.

<sup>672</sup> Temel, “ Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki”, s.229.

<sup>673</sup> Gürelli, s.272.

<sup>674</sup> Alman Federal Sosyal Mahkemesi 10.02.1993-1 RK 14/92 sayılı kararını aktaran Temel, “ Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki”, s.230 dip not 30.

<sup>675</sup> BSG, NJW 1993, s.2399 ‘den aktaran Temel, “ Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki”, s.230.

açıklasa dahi, bu talebinin reddedilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Asıl önemli olan tıbbi müdahale sonucunda, kişinin sağlığının bozulmamasıdır<sup>676</sup>. 1219 sy kanun m. 3 ve 23 uyarınca mutlaka uzman cerrah tarafından gerçekleştirilmelidir. Ayrıca doktrinde tıbbi endikasyonun ek olarak bulunması gerektiği de savunulmaktadır<sup>677</sup>.

Estetik operasyonlar, kasten yaralama suçu bakımından tipik fiillerdir. Hastanın etkin rızası, tıbbi bir endikasyonu olmayan veya terapötik amaçlı olmayan bu tip bir müdahalede ceza sorumluluğu bakımından belirleyici olmaktadır<sup>678</sup>. Estetik operasyona kişinin rızası yoksa, kasten yaralama suçu gündeme gelebilecektir. Hekimin bilgilendirme yapması gereken bir husus da, tedavinin gerçekleştirilmesinden sonraki aşamadır. Hastalara dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında bilgi verilmelidir. Çünkü operasyon sonucunda hastanın bu bilgilendirme olmaksızın beden bütünlüğü üzerinde meydana gelecek zararlardan hekim sorumlu olacaktır<sup>679</sup>.

## E. Ötenazi Bakımından Değerlendirme

Yaşam hakkı üzerinde mutlak bir tasarrufta bulunulup bulunulamayacağı konusundaki görüşler yıllarca tartışılmış ve tartışılmaya devam edilmektedir. Ötenazi son zamanların revaçta olan konularındandır<sup>680</sup>. Öte yandan Eski Yunan'da da ötenazi bakımından görüşler ileri sürülmüştür. Pitagoras ötenaziye karşı çıkarken, Platon kendisine yapacağı iyilik olarak düşünülürse buna imkan verilebileceği, Sokrates ise tedavi edilemez hastalıklar bakımından kişinin yaşamına son vermesine sıcak bakmaktadır. Ancak intihar bakımından olumlu bakış açısında sahip olan filozof Aristoteles olarak görülmektedir ve ölme hakkını devlete karşı suç olarak

---

<sup>676</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.416-417.

<sup>677</sup> Soyaslan, “ Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, s.263.

<sup>678</sup> Wagner, **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**, s.157.

<sup>679</sup> Soyaslan, “ Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, s.265.

<sup>680</sup> Arzt/Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**,s.180.

nitelendirmiştir<sup>681</sup>. Öte yandan yaşam, Hristiyan dini anlayışına göre verilmiş bir ödül olarak tanımlanmaktadır<sup>682</sup>. Ayrıca İnanç doktrinine dair Kutsal Kongre’de 5.05.1980’de Vatikan tarafından yayınlanan Ötenazi Deklarasyonunda şöyle savunulmaktadır: “İnsan yaşamı tüm değerleri ile ve yaşama amacı ile ve her insan faaliyetinin ve tüm toplumun gerekli kaynağı ve durumudur.”<sup>683</sup> Ötenazi değerlendirilirken Nazi Almanya’sında ırkı korumak düşüncesiyle birçok kişinin şifa bulamayacağı gerekçesiyle öldürüldüğü de unutulmadan bu konuya yaklaşmak gerekmektedir<sup>684</sup>. Esasında tıp bilimindeki teknik ilerlemeler, insan onuruna yakışır şekilde hayat uzatan teknikler artık mümkün hale gelmiştir. Yugoslav Başkan Tito’nun aylarca yaşam mücadelesini devam ettirmesi doktrinde buna örnek verilmektedir<sup>685</sup>.

Ötenazi; hastanın rızası ile güncel tıbbın çaresiz kaldığı durumlarda, hastayı çektiği acılardan kurtarmak için gerçekleştirilen, kasten insan öldürmeyi sonuçlayan icrai, ihmali veyahut ihmali suretiyle icrai işlenen fiillerdir<sup>686</sup>. “Ötenazi, önceden tasarlanmış öldürmeyi sonuçlayan bir fiildir”<sup>687</sup> ve başlamış bir yaşamın sona erdirilmesidir<sup>688</sup>. Bir tarafta hasta, diğer tarafta ise müdahaleyi yapacak olan hekim bulunmakta olup; iki yönlü bir fiil bulunmaktadır. Rahatsızlığı sebebiyle bir başkasının bakımına muhtaç olan kişi, ötenazi fiilini gerçekleştirebilmek daha doğrusu kendi hayatına son verebilmek için hekimin (yahut hekim dışı bir kimsenin) yardımına gerek duymaktadır<sup>689</sup>. Ötenazi yardımında bulunan hekim, ilgiliye rızası doğrultusunda; kanunen yasaklanmış bir fiili gerçekleştirmektedir<sup>690</sup>.

---

<sup>681</sup> Ötenazinin tarihçesine dair detaylı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı-Ötenazi**, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999,s.16-23 .

<sup>682</sup> **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party,s.37

<sup>683</sup> Aktaran **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party,s.42.

<sup>684</sup> Belgesay,s.73.

<sup>685</sup> Arzi/Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**,s.180.

<sup>686</sup> Artuk/Yenidünya, **Ötenazi**, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan,s.303.

<sup>687</sup> Van Allen, **You Decide**, s.4.

<sup>688</sup> Dworkin, **Life’s Donation**,s.179.

<sup>689</sup> Bal, **İslam Hukuku Açısından Ötenazi**,s.8.

<sup>690</sup> Belgesay,s.74.

Ötenazi, şefkatli bir cinayet adlandırılmakta olup (tatlı ölüm de denilmektedir)<sup>691</sup>, aktif ve pasif olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aktif ötenazi; ölümcül yahut ölmek üzere olan bir hastanın acılarını dindirmek için, onun isteği üzerine gerçekleştirilen bir fiil olmasına rağmen, cezalandırılabilir bir fiildir<sup>692</sup>. Aktif ötenazi, bir hekim tarafından ağır bir sedatif etki yaratarak akabinde öldürücü ilaç uygulanarak gerçekleştirilmektedir<sup>693</sup>. “Artık filmlerde aktif ötenaziye dair gösterimler, bizleri buna alışkın hale getirebilir ve sonucunda kafamızda kişilerin buna hakları olduğuna dair bir izlenim olabilir mi?” soruları da, yaşama son vermeye dair rızaya yönelik önemli saptamalara yol açacak cevaplar içermektedir<sup>694</sup>. Pasif Ötenazi ise, hastanın yaşamını uzatmaya yönelik tedavi veya tıbbi yardımların kesilmesi olarak tanımlanabilir<sup>695</sup>.

Esasında aktif ötenazi ve pasif ötenazi arasında, geleneksel bir ayrım bulunmaktadır. Aktif ötenazide hekimler hastanın yaşamını kısaltmak için, örneğin ona öldürücü bir ilaç temin ederek- icrai bir harekette bulunurlar- bir şey yaparlar. Ancak pasif gönüllü ötenazide ise hekimler hastanın yaşamını uzatmak için teknik olarak hastanın yaşamını uzatmaya olanak tanıyan adımları atmazlar- ihmal suretiyle icrai harekette bulunurlar-<sup>696</sup>. Alm CK m. 216 (StGB)<sup>697</sup> –talep üzerine öldürme suçu (Tötung auf Verlangen) uyarınca; aktif ötenazi ve yardımcı intihar fiillerin, gerçekleştiren hekimler, mağdurun talebiyle insan öldürme suçundan sorumlu olur. Kişinin kendi kendini yaralaması kural olarak cezalandırılmasa da, kişinin rızasıyla öldürülmesi ilke olarak cezalandırılmaktadır. Bu madde bakımından tipik fiillere

---

<sup>691</sup> Arzt/Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**, s.180.

<sup>692</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, **AT**<sup>45</sup>, §11 kn 552.

<sup>693</sup> Bal, s.9; Zengin, s.365.

<sup>694</sup> Ama genellikle ötenaziden ziyade kürtaja dair tartışmaların harareti her geçen gün artmaktadır. Dworkin, **Life's Donation**, s.4.

<sup>695</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.1.

<sup>696</sup> Robbers, **An Introduction To German Law**, kn.516.

<sup>697</sup> Alm CK m.216 “Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Şeklinde düzenlenmiştir. Bkz. Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafesetzbuch (StGB)**, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, S.287.

açıklanan rıza, fiili hukuka uygun kılmaz sadece cezanın indirilmesini sağlar<sup>698</sup>. Öte yandan pasif gönüllü ötenazi (Passive Sterbehilfe) ise doktrinde oldukça tartışmalıdır. Almanya'da baskın görüş, daha fazla yaşam uzatan tedavi reddeden, onurlu ölüm tercih eden bir terminal dönemdeki hastanın iradesine hekimlerin saygılı olmasıdır<sup>699</sup>. Alman Ceza Hukuku bakımından kişinin kendini öldürmesi cezalandırılmamaktadır. Ancak eğer karısının aşırı dozda uyku hapi aldığını bilmesine rağmen, gerekli tıbbi yardımı çağırmayan kocanın sorumlu olduğu mahkeme tarafından kabul edilmektedir. Eğer intihar sonucunda kişi bilincini kaybederse, bu durumda artık 3. kişi müdahale etmediğinde sorumlu olacaktır. Genel kabul bu doğrultudadır<sup>700</sup>.

Türk doktrininde de yaşam hakkı üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin varlığını kabul etmeyen bir görüşe göre, ilgilinin rızasının olması da failin TCK m. 81-85 arası suç tipleri bakımından cezalandırılmasına engel olmamaktadır<sup>701</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, pasif ötenazi tedaviyi red hakkı kapsamında değerlendirilebileceğinden, hakkın icrası kapsamındadır. Kişinin anayasal hakkıdır<sup>702</sup>. Ötenaziyi savunan görüşler tıbbi müdahalenin zararsız olması gerekçesinden yola çıkarak, hastanın içerisinde bulunduğu çaresizliği ortadan kaldırmak için bu fiilin yasal olduğunu savunurlar<sup>703</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; Türk Hukukunda rıza ile adam öldürme kabul edilmemiş olup, kişinin kendisini öldürme ve öldürtme hakkı da bulunmamaktadır. Kişi ailesi ve toplum için yaşamak zorundadır<sup>704</sup>. Doktrinde Pasif ötenazinin, tedavinin reddi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve suç teşkil etmediğini; aktif

---

<sup>698</sup> Frister, **AT**<sup>6</sup>, §13 kn.4.

<sup>699</sup> Robbers, **An Introduction To German Law**,kn.516.

<sup>700</sup> BGHS32,367/373; BGH NJW 1988, p.1532'den aktaran Robbers, **An Introduction To German Law**, kn. 515 dip not 12.

<sup>701</sup> Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.346.

<sup>702</sup> Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s.261.

<sup>703</sup> Zengin,s.385.

<sup>704</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**,s.116.

ötenazinin ise mevzuatımızca yasaklandığını savunan görüşler de mevcuttur<sup>705</sup>. Hollanda ve Belçika'daki gibi serbest bırakan bir düzenleme TCK'da yer almamaktadır. Ancak 1997 TCK tasarısında m.137 acıyı dindirme saiki başlığında bunu daha az cezayı gerektiren bir suç tipi olarak düzenlemişti. Ancak TCK'ya bu madde alınmamıştır<sup>706</sup>. Hakim bu gibi durumlarda, TCK m.82/1a uyarınca ceza vermek ancak TCK m.62 uygulayabilme takdirine sahiptir<sup>707</sup>.

Kanaatimizce ilgilinin rızası, TCK m. 83 uyarınca da hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanabilir. Yaşamı uzatan bir tedavinin hekim tarafından ilgilinin rızası ile kesilmesi, garantör konumundaki hekimin ihmal suretiyle icra kapsamında bir fiilinin ölümle sonuçlanmasından başka bir şey değildir. Bu bakımından da, kanaatimizce doktrindeki görüşlerin aksine TCK m.83 bakımından ilgilinin rızası, pasif ötenazi içeren öldürme fiili bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir<sup>708</sup>. Teolojik, psikolojik veyahut sosyolojik kişisel görüşümüzü tartışmalardan uzak tutarak salt hukuki bir değerlendirme yapıldığında, pasif ötenazinin anayasal bir hak olduğunu savunmaktayız. Konuya ilişkin, etik tartışmalar da hukuki açıdan göz ardı edilirse Ceza Hukuku açısından pasif ötenazi suç teşkil etmeyecektir. Ayrıca mukayeseli hukukta birçok mahkeme kararında yaşamın devamına dair tedavilerin kesilmesi intihara yardım olarak değerlendirilmediği ve cezalandırılmadığı da görülmektedir<sup>709</sup>. Tıp biliminde çaresizlik olmadığını savunmak da mümkün değildir<sup>710</sup>. İspanya'da da dava konusu olan bir ötenazi vakasında, Ramon Sampedro adlı kişi, 29 yıl boynundan aşağısı felçli olarak yaşamak istemeyip, mahkemeden ötenazi talep etmiştir. Ancak talebi reddedilmiştir. Arkadaşları tarafından ölümüne yardım edilmiş ve olayın videosu adeta bir vasiyetname olarak kamu oyuna yansımıştır, başlatılan imza kampanyası ile savcılık tarafından davadan

---

<sup>705</sup> Ünver,” TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.94; Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.69.

<sup>706</sup> Ünver,” TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.95.

<sup>707</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.118.

<sup>708</sup> Sakıncalı bularak kabul etmeyen görüşler de vardır bkz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.348.

<sup>709</sup> Ötenazinin insan hakları hukuku değerlendirmeleri için bkz. Zengin,s.365-370.

<sup>710</sup> Aksi görüş için bkz. Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler6**, s.348.

vazgeçilmiştir<sup>711</sup>. Ayrıca doktrinde bir görüşe göre, uzun bir zamandır ülkemizde de konsültasyon yapmaksızın tedaviden vazgeçme hakkının uzantısı olarak ötenazi uygulanmaktadır<sup>712</sup>. Kanaatimizce, pasif ötenaziye dair yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Aksi halde, aktarıldığı üzere hekimlerin tedaviyi azalttıkları veya durdurdukları bilinecek ancak suça dair hareketsiz kalınacaktır<sup>713</sup>.

Ötenazi açısından yapılan başka bir ayırım da, hastanın gönüllülük esasına göre yapılmıştır. Gönüllü (voluntary), gönüllü olmayan (non-voluntary) ve gönülsüz (unvoluntary) olmak üzere, ötenazi üçe ayrılır. Ötenazinin kabul edildiği hukuk sistemleri bakımından, gönüllü ötenazi talep eden kişinin ergin olması gerekir. Ayrıca kişinin gerçekleştirilecek ötenazi işlemi de bir tıbbi müdahale kapsamında olacağı için aydınlatılmış bir şekilde rızasının alınması gerekmektedir. Ayrıca bu rıza özgür iradesi ile verilmelidir. Akıl hastaları ve küçüklerin rızası kabul edilmediğinden, bu kişilere yönelik rızaen dahi olsa gerçekleştirilen ötenazi müdahaleleri bakımından gönülsüz ötenazi söz konusu olacaktır. Gönüllü olmayan ötenazi bakımından ise hastanın terminal dönemde olması sebebiyle, iradesine ulaşamadığı durumlarda uygulanan ötenazidir. Nazi Almanyası döneminde görülen, hastaların isteklerine başvurulmadan terminal dönemde yahut ağır sakatlıkları olan kimselere yönelik gerçekleştirilen gönülsüz ötenazi örnekleridir<sup>714</sup>. 1990lı yıllarda yeniden genetik ve ötenazi birlikte anılmaya başlanmıştır. Terminal dönemdeki hastanın gönüllü ötenazisi, ileride istenmeyen bir kişinin gönülsüz öldürülmesine dönüşebilir. Bunun örnekleri geçmişte vardır<sup>715</sup>. Hollanda'da istem dışı ötenaziye

---

<sup>711</sup> Gülşah Kumaş, **Adana İlindeki Çeşitli Hastanelerin Yoğun Bakım Ünitelerinde Çalışan Hemşirelerin Ötenazi Hakkındaki Düşünceleri**, (Yüksek Lisans Tezi), Çukurova Üniversitesi, SBE,2005,s.24-27'den aktaran Bal, s.17-18; söz konusu davada Ramon'un vasiyetindeki şu sözler dikkat çekicidir: *"Bu özgürlük fiiline siz "intihara yardım" adını takmışsınız. Ben ise bu fiili, bir insanın gerçekten "benim" diyebileceği tek şeye, yani bedenine ve onunla birlikte ne varsa, yani hayata, bilince egemen olmasına destek verenlerin insani yardımı olarak adlandırıyorum."* Bkz. Bal,s.18.

<sup>712</sup> Kalabalık,s.395.

<sup>713</sup> Ülkemizde uygulamada ötenazinin var olduğuna dair açıklamalar için bkz. Bal,s.47.

<sup>714</sup> Bal,s.12-16.

<sup>715</sup> Pernick, s. 232.

yönelik uygulamalara beraat kararı verilse dahi, mevzuatları sadece istemli ötenaziye izin vermekte olduğunu da belirtmek isteriz<sup>716</sup>.

Diğer yandan ötenazi bakımından rıza açıklayabilenlerin rıza açıklayamayanlara göre daha ayrıcalıklı konumda bulunması gerekçesiyle, ayrımcılık yapıldığına dair eleştiriler de; ötenaziye rıza hususunda, doktrinde dikkate değer bir görüş olarak kabul edilebilir<sup>717</sup>. Bu konuda en eugenik ötenazi bakımından tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Eugenic ötenazi 1910larda ABD’de oldukça savunulmaktaydı<sup>718</sup>. Araştırmalar göstermiştir ki; downsendromlu çocukların yaşamları süresinde bakım masrafları oldukça fazladır. Ekonomik sebepler ile de anne karnında bu hastalığa mensup çocukların tespit edildiğinde, rahim tahliyesi yolu tercih edilmektedir<sup>719</sup>. Chicago Tribune’in 17.11.1915 tarihli bir haberine göre; anneler bebeklerinin öldürülmesine “*Bu en iyisi*” anlayışı ile izin vermiştir<sup>720</sup>.

Ötenaziye dair bakış açısının kültürden kültüre değiştiği de bir gerçektir. Gerek dinsel gerek toplumsal etkiler ile; ülkemizde ötenaziye sıcak bakılmaz iken, Hollanda’da yapılan bir araştırma sonucunda, %77 oranında gönülsüz ötenaziye sıcak bakıldığı ortaya çıkmıştır<sup>721</sup>. Ancak yine Hollanda bakımından, hastaların kişi otonomilerinin verilen kararlarda etkisinin fazla olmadığı, bunun aksine hekimlerin hastalara yönelik bu gibi kararlarda daha fazla etkiye sahip olduğu da savunulmaktadır<sup>722</sup>. Örneğin; ABD’de bitkisel hayata giren Nancy Cruzan’ın ailesi „*Bu şekilde yaşamayı Nancy reddederdi*“ diyerek, yaşamı uzatan tedavinin kesilmesini istemişlerdir. Federal yüksek mahkeme, temyiz gücü olan bir kişi tedaviyi red hakkını kullandığında ölecek dahi olsa, buna kişinin hakkı vardır

---

<sup>716</sup> İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, s.243, Hatta araştırmalara göre Hollanda’da istemsiz ötenazinin uygulanma oranı 1995 tarihinde % 7 oranındadır. Bkz. s.244.

<sup>717</sup> Gleeson’dan aktaran Zengin,s.372; ayrıca Gleeson’a göre ötenazi eğer yasal bir zemine taşınırsa ötenaziye olan talep artacaktır. Bkz. Zengin,s.372 dip not 1588.

<sup>718</sup> Pernick, s.226vd.

<sup>719</sup> Konuya dair açıklamalar için bkz. **Euthanasia and Clinical Practice: trends principles and alternatives**, The Report of a Working Party, s.19.

<sup>720</sup> Konuya dair ayrıntılı açıklamalar ve eugenik ötenazinin tanımı için bkz. Pernick, s.221-222

<sup>721</sup> Zengin,s.430.

<sup>722</sup> Henk/Velie’den aktaran Zengin,s.431.

demıştır. Önceden verilmiş bir talep olmadığı için istemsiz aktif ötenazinin uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir<sup>723</sup>. Yoğun bakım hekimi suni olarak ölme sürecini uzatmayabilir mi? Hekimin ölüme yardımı konusunda Alman Ceza Hukuku doktrininde de ciddi bir ayrılık bulunmaktadır. Ötanazi ve yardımcı intihar sadece Hollanda'da ya da Fransa'da değil, Almanya'da da aktif ötanazi savunular önemli orandadır<sup>724</sup>. Hollanda Ceza hukuku bakımından 1973 tarihinde verilen bir karar sonrasında, direkt yaşamı sonlandıran hekim suçlu bulunarak daha az ceza vermeyi uygun bulmuştur. Alkmaar davasında da 1984 yılında verilen karar ile, hekim tarafından ötanazi uygulanmış olduğu sebebiyle Yüksek Mahkeme tarafından kişinin kendi kaderinin tayin hakkı gerekçesiyle talep üzerine öldürme fiili yerine mahkeme yükümlülükler çatışması noktasından hareketle bir karara varmış ve hekimin zorunluluk hali içerisinde hareket ettiğine vurgu yapmıştır<sup>725</sup>.

Uluslararası hukukta ise, konuya dair uluslararası düzenlemeler vardır. Örneğin Lizbon Bildirgesinin 5.maddesi de “*Hasta, onurlu biçimde ölme hakkına sahiptir.*” şeklinde kaleme alınmıştır<sup>726</sup>. 1994 Amsterdam Bildirgesi, kişinin kendi geleceğini tayin etme hakkı bakımından da esasında ötanazi hakkı olduğu sonucu çıkmamaktadır<sup>727</sup>. Lizbon Bildirgesi 2-10/c uyarınca terminal dönemdeki hastalarda, onların onuru korunmalı ve yaşamsal destek sağlanmalıdır ve Amsterdam Bildirgesi 5-10 uyarınca da hastaların çektiği acıları azaltılmalıdır. Dünya Tabipler Birliği 1987- Madrid Ötanazi bildirgesi uyarınca, aktif ötanazi etik kabul edilmemektedir. Öte yandan HHY m.13 uyarınca da, ötanazi yasaktır.

---

<sup>723</sup> Inceoğlu, **Ölme Hakkı**, s.190, 243

<sup>724</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1761

<sup>725</sup> Inceoğlu, **Ölme Hakkı**, s.195-196

<sup>726</sup> (Çevrimiçi), <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm> Erişim Tarihi 20.05.2014

<sup>727</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2014, s.464

İHAS m. 2<sup>728</sup> ve AY m.17/1, ölme hakkı bakımından olumlu yanıt vermediğini savunan yazarlar da mevcuttur<sup>729</sup>. İHAM m.2 kapsamında 1999 tarihi baz alındığında ötenazi açısından henüz İHAM'a başvuru yapılmamıştı. *Widner v. Switzerland* davasında, hastanın ölümü ile sonuçlanan tedavinin geri alınması, 2. madde ihlali sayılmamıştır<sup>730</sup>. Bu tür durumlarda ötenazi önlemek için 8. Madde kapsamında hastanın Kişisel haklarını ihlal açısından değerlendirilebilir denilmekteydi<sup>731</sup>.

Pretty<sup>732</sup> kararında ise İHAM, “Özel hayatın kavramı ayrıntılı tanımı duyarlı geniş bir terim değildir. kişisel özerklik kavramı Madde 8 garantilerinin yorumlanması altında yatan önemli bir ilkedir.” Şeklinde karar vermiştir<sup>733</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, İHAS m.2 aktif ötenazi bakımından yeterince açık değildir<sup>734</sup>. İHAM; İHAS m. 2 tersten okunarak kişiye ölme hakkı verilmesi yahut bunun kolaylaştırılması olarak algılanması mümkün olmadığı düşüncesindedir<sup>735</sup>. Kaldı ki; *Pretty v. Birleşik Krallık* davasında, İHAM 29.02.2002 tarihli büyük daire kararında devletlere, ötenazi (aktif yahut pasif) hakkı tanınması konusunda bir yükümlülük öngörülemediğini belirtmiştir. Ancak uluslar kendi mevzuatlarında ötenaziye imkân tanırlar ise İHAM buna karşı olduğuna dair bir kararı da bulunmamaktadır<sup>736</sup>. İHAM; *Pretty v. Birleşik Krallık davasında*<sup>737</sup> aktif ötenaziye

---

<sup>728</sup> Yaşam hakkına dair açıklamalar için bkz. Factsheet-Right to life; (Çevrimiçi), [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_ENG.pdf) , 04.08.2016.

<sup>729</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.128.

<sup>730</sup> *Widner v. Switzerland* No 20527/92 (1993) yayınlanmamıştır. Aktaran Stone, s.68 dip not 62

<sup>731</sup> Stone, s.68

<sup>732</sup> *Pretty*, motor nöron hastalığından muzdaripti ve bu tedavi edilemez bir hastalıktı. 23 yaşındaki eşinin ölmesine yardım etmek için Lordlar Kamarasına başvurmuştu. Bu talebi reddedildi çünkü İHAS yaşam hakkını korumak için vardı. *Pretty*, talebi İHAM tarafından reddedildikten 2 gün sonra hayatını kaybetmiştir. 2346/02 (2002) 35 EHRR1, (2002) ECHR 427, (2002) 66 BMLR 147, 12 BHRC 149, (2002) Fam Law 588, (2002) 2 FCR 97, (2002) All ER (D) 286 (Apr), (2002) 2 FLR 45 bkz. Talbot, s.230-231; Remigius N. Nwabueze, **Legal And Ethical Regulation Of Biomedical Research in Developing Countries**, Surrey, Ashgate, 2013, s.254; Detaylı açıklamalar için bkz. Cohen, s.321-322

<sup>733</sup> Plomer, s.62

<sup>734</sup> Christopher McCrudden, “A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court”, **Law at the End of Life**, Ed. Carl E. Schneider, 1st Edition, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000, s.148.

<sup>735</sup> Kalabalık, s.393.

<sup>736</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.128

İHAS kapsamında bir hak olarak değerlendirmemiş, yaşam hakkının ölmeyi de kapsamadığına dair karar vermiştir. Bu karar aslında, imzacı devletleri ötenazi konusunda serbest bıraktığı şeklinde yorumlanabilir<sup>738</sup>. Esasında *Pretty v. Birleşik Krallık* davasında önemli olan yaşam hakkına dair düzenlemeden, ölme hakkı gibi taban tabana zıt bir anlam çıkartılamayacağı vurgulanmaktadır.

Ayrıca *Haas v. İsviçre* İHAM 20.01.2011 tarihli daire kararında dayine mahkeme, onurlu ölüm talep ettiği halde bu imkânı tanınmayan başvuruçunun şikâyetini reddetmiştir. Avrupa Konseyi üye Devletlerinin, ne zaman hayatını sona erdirmenin bir bireyin hakkı olduğu konusunda bir görüş birliği olmadığına da vurgu yapmıştır. Mahkeme, devletlerin bu konuda geniş bir takdir payına sahip olduğu, ayrıca genellikle devletlerdeki eğilimin kişinin yaşamına son vermek değil devam ettirmek yanlısı olduğunu belirtmiştir<sup>739</sup>. Kanaatimizce mahkeme sorumluluk almadan ortayolcu bir anlayışla konuya yaklaşmıştır. Doktrinde de bireysel hakları koruma noktasında sınıfta kalan bir karar olarak da eleştirilmektedir<sup>740</sup>.

*Koch v. Almanya davasında* (19 Temmuz 2012) ise başvuranın eşi, omurilik felci olmuştur ve başvuran, eşinin evde intihar edebilmesi için, öldürücü dozda bir ilacı temin edebilme yetkisi için İlaç ve Tıbbi Ürünler Federal Enstitüsü'ne başvurur ve talepleri reddedilir. Ancak başvuru sahibi ve eşi, idareye itiraz etse de; talepleri yeniden reddedilmiştir. Bir derneğin yardımıyla intihar edebilmek için 2005 yılının Şubat ayında her ikisi de İsviçre'ye gitmiştir. 2005 yılının Nisan ayında, başvuranın Federal Enstitüsü'nün kararları yasadışı olduğuna dair dava açar. Konu İHAM önüne; iç yargı mercilerinin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini şikâyetiyle gelmiştir. Özetle benzer bir şekilde bu davada da İHAM, yardımcı intihar

---

<sup>737</sup> Kararın detaylı değerlendirilmesi için bkz. Orçun Gündüz, “*Pretty v. Birleşik Krallık Davası*”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2007, s.477-478.

<sup>738</sup> Metin,s.322.

<sup>739</sup> Karar için bkz. End of life and the European Convention on Human Rights, Factsheet; (Çevrimiçi), [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) , 04.08.2016 ; Veitch,s.114-115

<sup>740</sup> Veitch,s.118; Mahkemelerin sadece hakları korumak değil aynı zamanda da böyle spesifik durumlarda kendi kaderini tayin hakkının sınırlarının çizilmesi bakımından da önemlidir. Elle tutulur kararlar alınması gerekmektedir. Bkz. Veitch,s.127.

izin verilip verilmeyeceğini sorusuna cevap olarak Avrupa Konseyi Üye Devletleri arasında görüş birliği olmadığına vurgu yapmıştır<sup>741</sup>. İHAM, sadece İHAS 8 bakımından ihlal diyerek karar verilmiştir. İHAM; Avrupa Konseyi üyeleri arasında intihara yardım konusunda görüş birliği bulunmadığını gerekçesiyle<sup>742</sup> net bir tavır ortaya koymamıştır.

*Gross v. İsviçre* davasında ise İHAM 30.09.2014 tarihli büyük daire kararına konu olan olayda, yaşlı bir kadının kronik hastalığa sahip olmaması sebebiyle ölümcül dozda ilaç temin edemediği gerekçesiyle İsviçre yetkililerini dava etmekteydi. Kişinin hayatını sonlandırma kararına imkân tanınmadığı için, İsviçreli yetkililerin AİHS'nin 8 (özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına) ihlal ettiği gerekçesiyle şikâyette bulunulmuştu. 14 Mayıs 2013 tarihinde duruma tarihli Daire kararı ile İHAM, AİHS'nin 8. maddesi (sağda özel yaşama saygı) ihlal edildiğine, İsviçre'de hukukun; doktor destekli intihara (*assisted suicide*) ne zaman izin verildiğinin yeterince açık olmadığına atıfta bulundu. İsviçre devletinin itirazları sonucunda, Büyük daire önüne gelmiştir. 30 Eylül 2014, Büyük Daire'nin kararında, oyçokluğuyla, İHAM başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verdi. Başvuranın mahkemeyi yanıltmayı hedeflediği için, bireysel başvuru hakkının kötüye teşkil ettiğini tespit (m. 35 §§ 3 (a) ve İHAS m. 4 uyarınca) etti. Bu gerekçelerle artık 14 Mayıs 2013 tarihli daire kararı geçerli değildir<sup>743</sup>.

*Lambert ve diğerleri v. Fransa* kararında ise Lamberti tedavi eden doktorların beslenmeyi ve hidrasyonu durdurma tercihleri Yaşam hakkı ihlali olup olmadığı konusunda değerlendirmiştir. Özetle İHAM son derece karmaşık tıbbi, hukuki ve etik konularda ilgili davada tarafından gündeme getirilen konuların öneminin farkındaydı. Davanın koşulları altında Mahkeme, yerel makamların tedavi çekilme kararı iç mevzuata ve sözleşmeye uygun olup olmadığını doğrulamak için, ve ulusal yasalara

---

<sup>741</sup>End of life and the European Convention on Human Rights, Factsheet; (Çevrimiçi), [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) , 04.08.2016.

<sup>742</sup>Kalabalık,s.393

<sup>743</sup>End of life and the European Convention on Human Rights, Factsheet; (Çevrimiçi), [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) , 04.08.2016.

uygun olarak, hastanın isteklerini kurmak için öncelikli olduğunu yineledi. Burada Fransız makamlarının raporları gözlemlendiği için ihlal olmadığına karar verdi. Bu konuya dair yeni tarihli *Nicklinson ve Kuzu v. Birleşik Krallık* davasında; 23 Haziran 2015 tarihinde verdiği kararda her iki başvuruyu da kabul edilemez bulmuştur. Ayrıca öncelikle iç hukuk yolları tüketilmek ve ondan sonra İHAM'a başvurulması gerektiği de kararda vurgulanmıştır<sup>744</sup>.

Ötenazi bakımından değerlendirilen ana fiil; ilgili tıbbi aktiviteyi soyutlamaktır. Örneğin kalpresüsitasyonu ile solunumu durdurma, kalp pili ya da bir böbrek makinesi kapatma ve yaşam uzatan makineleri ile kullanılan tüpler ve cihazlar kaldırma gibi<sup>745</sup>. *Satz v Perlmutter* davasında olduğu gibi, kişi kendini öldüremeyecek kadar yatağa bağlı ve derin acılar içerisinde ise; kişinin ölüm isteğinin geri çevrilmesindeki kamusal yarar tartışılmıştır<sup>746</sup>. Burada başka bir konuda da şudur: Eğer ceza hukuku bakımından makinenin kapatılması öldürmenin maddi unsuru içerisinde yer alıyor ise bu durumda, hastanın damarlarına hava püskürtülmesi ile eşit sayılmaktadır ve bu da kesinlikle yasaktır<sup>747</sup>. Hastanın ömrünü uzatmaya yönelik tıbbi girişimlerde, hasta ile hekim ilişkisi tedavinin kabulüne ve buna dair umutlara da bağlıdır. En temel sorun şudur ki, bunun yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Hekim, ölüme mahkum hastanın yaşamını uzatan solunum cihazı gibi tedavilerine son vermeye de hukuken yetkili midir?<sup>748</sup> Özellikle kişi “tüplere bağlı şekilde sadece yaşama dair nefes alma belirtisi gösteriyorsa”, ötenazi tartışmaları daha belirgin olmaktadır<sup>749</sup>. Ötenaziyi savunanlar, zaten yakın bir zamanda ölmesi muhtemel kişinin istediği zaman hayatına son verebilmesi argümanına dayanmaktadır. Bunun yasalaşması durumunda da, hekimler kişiye

---

<sup>744</sup> End of life and the European Convention on Human Rights, Factsheet; (Çevrimiçi), [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) , 04.08.2016.

<sup>745</sup> George P. Fletcher, “Prolonging Life: Some Legal Consideration”, **Euthanasia And The Right To Death**, Ed. A.B. Downing, 1st Edition, London, Peter Owen, 1969, s.76.

<sup>746</sup> Werthmann, s.182-183.

<sup>747</sup> Fletcher, “Prolonging Life: Some Legal Consideration”, s.76.

<sup>748</sup> Fletcher, “Prolonging Life: Some Legal Consideration”, s.84.

<sup>749</sup> Edmund Leach, *The Listener* (7.12.1967), BBC Reith Lectures, s. 749 aktaran bkz. A.B. Downing, “Euthanasia: The Human Context”, **Euthanasia And The Right To Death**, Ed. A.B. Downing, 1st Edition, London, Peter Owen, 1969, s.17-18.

onurlu ölümü için yardımcı olacaktır. “*Hem bir arkadaş hem de bir düşman olan ölümün karşısında*”, seçim yapabilmenin temel bir insan hakkı olduğu da savunulmaktadır<sup>750</sup>. “*Biz bir insanın yaşamının aktif olarak sona erdirilmesine alışık hale gelebilir miyiz?*”<sup>751</sup>. Asıl cevaplanması gereken soru budur.

Doktrinde bir görüşe göre; “*Kişi ölmesine izin verilmesini ister, ölüme terk edilmeyi değil*”<sup>752</sup>. Kişi, gerçekten tıbbi yardımı istemiyor ve bu kadar tıbbi dağılım eşitsizliği olan bir dünyada başkalarının buna erişmesini istiyorsa; buna da toplum izin vermeyecek midir?<sup>753</sup>. Kişi kendisini savunmasız hissediyor ve artık bu dünyada bulunmak istemiyorsa, ötenazi isteyemez mi? Bunları ülkeler ne kadar yasaklar ise yasaklasın; Hastalar ötenazi için de başka ülkelere seyahat edebilmektedir. Kendi ülkelerinde buna izin verilmediği durumlarda, İngiliz rugby oyuncusu Daniel James örneğinde olduğu gibi ötenazi talep edebilecekleri ülkelere de gidebilmektedir. İsviçre’de Dignitas kliniğine başvurmuştur. Bu klinikte, 1998-2010 arasında 1062 kişinin başvuruda bulunduğu belirtilmektedir<sup>754</sup>. Hatta benzer şekilde 107 kişinin sadece Birleşik Krallıktan başvuruda bulunduğu doktrinde aktarılmaktadır<sup>755</sup>.

Ötenazi, “*bir insanın ölümü tıbbi bakımın bir parçası olarak bunun amacına bağlı beraberinde getiriliyorsa*” var kabul edilebilir<sup>756</sup>. Kişinin bir Çin Atasözünde olduğu gibi, “İyi doğduğu gibi iyi öl”<sup>757</sup> me hakkına yönelik tartışmalar varlığını korumaya devam edecektir. Çünkü “*Mükemmelliğe ulaşan herşeyolgundur, ölmek ister.*”<sup>758</sup> Yeni düşünceler toplumsal değer yargılarını da etkilemektedir. Günümüzde, eğer kişinin rıza ehliyeti varsa yaşam uzatan bir tedaviyi dahi reddebileceği

---

<sup>750</sup> Downing, “Euthanasia: The Human Context”, s.24.

<sup>751</sup> Tania Glyde, Angel Of Mercy, **The Lancet Volume 387** (Çevrimiçi), [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)00333-0/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)00333-0/fulltext) , 23.06.2016 .

<sup>752</sup> Van Allen, **You Decide**, s.5.

<sup>753</sup> Louge, **Last Rights, Death Control and The Elderly in America**, s.289 vd.

<sup>754</sup> Cohen,s.315.

<sup>755</sup> Cohen,s.321.

<sup>756</sup> **Euthanasia and Clinical Practice: trendsprinciples and alternatives**, The Report of a Working Party, Ed. John Mahoney, The Linacre Centre, Reprinted, 1984, s.2.

<sup>757</sup> Zengin,s.347.

<sup>758</sup> Kaufmann,T he Portable Nietzsche,s.434’den aktaran bkz. Norman O. Brown, **Ölüme Karşı Hayat-Tarihin Psikanalitik Anlamı**,1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları,1996, s.309.

savunulmaktadır<sup>759</sup>. Önemli olan ülkelerin yasal düzenlemeler ile bir tercihte bulunması ve bunu da mutlaka kanun ile belirlemek gerekmektedir. Çünkü ana sorun kişinin yaşam hakkı üzerinde hangi sınıra dek rıza gösterebileceğidir. Bu istekleri görmezden gelmek yerine, tasarıda olduğu gibi TCK'da buna yönelik bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

## **F. Organ ve Doku Nakli Bakımından Değerlendirme**

Teknolojinin gelişimi daha fazla organ nakli yapılabilmesine cevaz vermekte ve bu sebeple de organa olan ihtiyaç günden güne daha da fark edilir hale gelmektedir. Fakat hem hukuki engeller hem de sosyolojik engeller sebebiyle yeterince organ bulunamamaktadır. İngiltere'de 18.yy. başlarında kadavra yetersizliği sebebiyle kişiler organ satmaya veyahut bu sebeple kasten adam öldürme fiilleri gerçekleştirmeye başlamışlar bu da 1832 tarihli Anatomi Yasasının çıkmasına sebep olmuştur<sup>760</sup>. Kadavra yetersizliği gibi organ nakillerinde nakledecek organ bulma sıkıntısı sebebiyle özellikle ilgilinin rızası bakımından sorunlar gündeme getirmektedir. Günümüzde de organ ihtiyacı azalmamıştır. Doktrinde belirtildiği üzere İngiltere'de her yıl 10000 kişi organ ve doku nakli için listede beklemektedir<sup>761</sup>.

2238 sayılı ODNK<sup>762</sup> hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gereken bu tıbbi müdahaleye ilişkin TCK özel hükümlerde düzenlemeler bulunmaktadır. Organ nakline yönelik tıbbi müdahalelerde, artık işlevini yitirmiş organ, doku veyahut hücre organizmadan alınarak yerine yeni organ, doku veya hücre nakledilmektedir<sup>763</sup>. Yaşayan kişiler ve ölülerden olmak üzere iki çeşit organ nakli bulunmaktadır<sup>764</sup>. Organı bağışlayan kişiye verici denir. Yaşayan kişilerden rızaları olsa dahi alınacak olan organın o kişinin sağlığı üzerinde tehlike yaratmaması şartı aranacaktır. Organ

---

<sup>759</sup> Louge, **Last Rights, Death Control and The Elderly in America**, s.303.

<sup>760</sup> Zengin,s.276.

<sup>761</sup> Shaun D. Pattinson, *Medical Law&Ethics*, London, Thomson&Reuters, 2014, s.419.

<sup>762</sup> Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun, RG Tarihi: 03.06.1979 Sayısı: 16655.

<sup>763</sup> Sarıtaş, s.21.

<sup>764</sup> Hakeri,**Tıp Hukuku**,s.170.

nakli de bir tıbbi müdahale olduğundan öncelikli şartımız, tıbbi bir endikasyonun bulunması gerektiğidir. Ayrıca nakil işlemi vericinin sağlığı üzerinde ciddi zararlar doğurmalı ve en nihayetinde de ilgilinin rızası bulunmalıdır<sup>765</sup>. Biyotıp Sözleşmesi m.20 uyarınca kişide yokluğunda eksiklik yaratacak yenilenemeyen organların nakli mümkün değildir<sup>766</sup>. Organ ve Doku nakli açısından da bireylerin yaşamlarını tehlikeye sokabilecek veya sonlandırabilecek şekilde organ nakline yönelik rıza açıklamaları geçersizdir<sup>767</sup>. ODNK m.8'de<sup>768</sup> buna yönelik olarak düzenleme mevcuttur.

Organ naklinde kişiler, naklin başarı oranı da dahil olmak üzere bütün yarar ve zararları, riskleri ve 2. bir naklin zorunlu olup olmadığı konularında da aydınlatılmak zorundadır<sup>769</sup>. TCK m. 91 ne kadar bilgilendirme yapılması gerektiği konusunda sessiz kalmıştır, ODNK ise uygun biçim ve ayrıntıda bilgilendirmeyi öngörmüştür<sup>770</sup>. Organ ve doku nakline dair düzenlemeler TCK bakımından bir ilk teşkil eder, ancak aynı yaptırımın öngörülmesi ve yaptırımların yetersiz olması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir<sup>771</sup>. ODNK m. 7/d uyarınca kişi evli ise bunu eşine söylemesi gerektiğine dair bir yükümlülük bulunmaktadır, hatta bunun tespiti görevini de kanun koyucu hekimlere yüklemiştir<sup>772</sup>. Mukayeseli hukukta da rızaya ilişkin düzenlemeler görülmektedir. Örneğin İnsan dokusu Yasası (Human Tissue Act)-2004<sup>773</sup> çeşitli maddelerinde uygun rıza (Appropriate consent) kapsamında kişilerden alınacak olan rızayı yasalaştırmıştır. Bu yasanın m.2'de çocuklara ilişkin olup, m. 3 yetişkinlere dairdir. Yazılı rıza alınmasından bahsetmektedir<sup>774</sup>.

---

<sup>765</sup> Sarıtaş, s.21; Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.158.

<sup>766</sup> Pattinson, s.448.

<sup>767</sup> Toroslu/Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.179.

<sup>768</sup> ODNK m. 8 uyarınca "*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.*"

<sup>769</sup> Hans-Günter Grahlmann, **Heilbehandlung und Heilversuch**, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1977, s.52.

<sup>770</sup> Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", s.101.

<sup>771</sup> Hakeri, "Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi", s.80.

<sup>772</sup> Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", s.101.

<sup>773</sup> (Çevrimiçi), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents> , 15.10.2016 .

<sup>774</sup> Ayrıca detaylar için bkz. Pattinson, s.438.

Kişilerin bireysel rızalarının varlığı için, organ nakli açısından da 3 şart gereklidir. Bunlar gönüllülük, aydınlatılma ve ehliyet<sup>775</sup> olarak belirtilebilir. Organ nakli bakımından, eğer kişinin rızası varsa ve yaşamsal fonksiyonlarına zarar gelmeyecek ise kişi rızası ile organ bağışında bulunabilir<sup>776</sup>. Eğitim eksikliği, aydınlatılamamaya; hastaların rızalarını bu şekilde göstermelerine yol açmaktadır. Çünkü kişiler kendilerine aktarılan riskler ile bağlantılı sonuçları da bilmemektedir<sup>777</sup>.

Bazen daha az zararlı durum da tercih edilebilmektedir. Örneğin *Strunk v Strunk* davasında zihinsel yaşı 6 olan 27 yaşında böbreğini kardeşine vermek isteyen bir kişinin durumunu mahkeme değerlendirmiştir. Psikiyatr kardeşine bu kadar bağlı olduğu için, kardeşinin ölümünün onu daha çok etkilediğini belirtmiştir. Böbrek nakli çok riskli olmadığı için mahkeme tarafından izin verilmiştir<sup>778</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; Organ veya dokusu nakledilecek kişinin de tedavi aydınlatmasına tabi tutulması gerekmez, çünkü tedavi ona uygulanmayacaktır<sup>779</sup>. Hem alıcı hem de verici detaylı bir şekilde aydınlatılmalıdır<sup>780</sup>. Aydınlatmanın alıcı bakımından sınırlandırılması gerektiğini savunan görüşler de doktrinde mevcuttur<sup>781</sup>. Kanaatimizce kişinin de bu müdahale sonrasında komplikasyon riski vardır. Ve bunu bilmelidir. Ayrıca tedavi gerektirebilir. Aydınlatma gerçekleşmelidir. Her ne kadar alıcı tarafından tıbbi endikasyon şartı bulunsa da; verici bakımından tıbbi bir endikasyon yoktur. Kişinin kendi geleceğini tayin edebilmesi bakımından, organ ve doku alacak olan kişinin detaylıca aydınlatılması örneğin vücudunun nakledilen organa reaksiyon verebileceği, hatta ölüm riski dahi açıklanmalıdır.

---

<sup>775</sup> Cohen,s.298.

<sup>776</sup> Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.127.

<sup>777</sup> Cohen,s.299.

<sup>778</sup> **Strunk v. Strunk** (445 S.W.2d 145) 1969 için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/Media/Resources/Strunk.htm> , 15.10.2016 ; Pattinson,s.448.

<sup>779</sup> Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ Ve Doku Nakli Ve Ceza Sorumluluğu**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008,s.69.

<sup>780</sup> Gökçen/Balcı,s.124.

<sup>781</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**,s.193.

Kaldı ki; ODNK m.1’de uyarınca bu tıbbi müdahale türü bakımından hem vericinin hem de alıcının rızası bulunmalıdır. Fakat vericinin rızasının yanında bir de alıcı kişinin bu organ naklinde üstün bir yararı bulunmalıdır. Söz konusu yararın da yaşam hakkı olduğu tartışmasızdır.Yasal temsilci rızasına itibar edilmemekte ve varsayılan rıza kurumu bu tıbbi müdahale bakımından uygulama bulmamaktadır<sup>782</sup>. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakline Dair Ek Protokol madde 5 uyarınca “*Alıcı,nakil izni veren kişi veya kurum nakilden önce naklin riskleri,sonuçları, yapısı,amacı ve alternatif müdahaleler konusunda bilgilendirilmelidir.*” Aynı bilgilendirilmiş rızanın alınması gerektiği hususuna başka bir uluslar arası metinde de rastlamaktayız. İnsan Doku ve Hücrelerinin Depolanması, Korunması, İşlenmesi, Testi, Bağışlanması Konularında Kalite ve Güvenlik Standartlarının Oluşturulmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi madde 13’te “*Doku ve hücrelerin temini gerekli rızanın ve izinlerin alınmasına bağlıdır.Buna göre donör,akrabalariveya yasal temsilcileri Direktif kuralları doğrultusunda uygun şekilde bilgilendirilmelidir.*” şeklinde düzenleme mevcuttur<sup>783</sup>.

TCK m.91/1’de ise insandan rızasına aykırı olarak organ alınması ve doku alınması olarak iki ayrı suç düzenlenmiştir<sup>784</sup>. Organ ve doku nakline dair TCK m.91/1’de yer alan hukuken geçerli rıza, 2238 sayılı kanun hükümlerine göre değerlendirilebilir<sup>785</sup>. ODNK m.6 uyarınca; “*Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.*” 2238 Sayılı Kanun m.15 yürürlükte ve TCK m. 91’de

---

<sup>782</sup> Ahmet Taşkın,**Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Adil Yayınevi, Ankara 2007,s.101; Sarıtaş,s.22.

<sup>783</sup> Zengin,s.395-399.

<sup>784</sup> Gökçen/Balcı,s.115.

<sup>785</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.394.

düzenlemeyen hallerde 2238 sy m.15 uygulanacaktır. Daha ağır bir yaptırım içerdiği için TCK uygulanacaktır<sup>786</sup>.

Aynı insan üzerinde nakil yapılacağı durumlarda bazı sorunlar gündeme gelmektedir. ODNK düzenlemesinde, verici ve alıcı ibareleri kullanılmıştır. Eğer aynı kişiden alınan organ yine o kişiye nakledilecekse, bu müdahalenin de organ veya doku nakli ve tıbbi müdahale olduğu tartışmasızdır. Ancak ODNK’da kullanılan verici-alıcı ibareleri tek kişi bünyesinde toplanacağından söz konusu tıbbi müdahalenin ODNK’daki düzenlemelere tabi olmadığı kanaatindeyiz<sup>787</sup>. Ancak TCK m.91’de yer alan “*hukuken geçerli rıza*” terimi sebebiyle, yine ODNK’daki şartlara atıf yapılmak istendiği ve TCK m. 91 uyarınca sorumluluk doğmaması için rızanın alınması gerektiği kanaatindeyiz<sup>788</sup>.

2014 yılında yapılan değişiklikle, organ ve doku nakli sadece kanunda yapılabileceği düzenlenmiştir. ODNK m.10 (Değişik: 2/1/2014-6514/40 md.)“*Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanımına sahip kurumlarca yapılır.*” Bu düzenlemeye göre, yurtdışından da alım yapılabilmesi mümkündür.

Ülkemizde organ ve doku vericilerinin %75’inin yaşayan kişilerden oluştuğu, yurtdışında ise kadavradan naklin %80’lere dayandığı da doktrinde aktarılmaktadır<sup>789</sup>. Ülkemizde yoğun bakımlarda beyin ölümleri tespit edilemediği için, organ bağıışı konusunda geri olduğumuz söylenebilir<sup>790</sup>. Ülkemizde Ölüm

---

<sup>786</sup> Gökçen/Balcı,s.127.

<sup>787</sup> Benzer görüşte bkz. Hakeri,**Tıp Hukuku**,s.170.

<sup>788</sup> Karşı görüşte bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.170.

<sup>789</sup> Ayşegül Yıldırım Kaptanoğlu, “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011,s.225-226.

<sup>790</sup> Cemal Ata Bozoklar, “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.258.

halinin saptanmasına yönelik ODNK m.11 (Değişik: 2/1/2014-6514/41 md.)“*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.*” Şeklinde düzenlenmiştir. Tıbbi ölüm yani beyin ölümü, beyin sapındaki kanlanma miktarına bağlı beyin fonksiyonlarının geriye dönüşsüz bozulmasıdır<sup>791</sup>.

Kişi sağlığında organ nakline dair olumsuz beyanda bulunmamışsa aile bireyleri yahut diğer yakınlarının oluruyla kişiden organ nakli yapılmasına hukuken bir engel yoktur<sup>792</sup>. Fakat burada önemle belirtmek gerekir ki; ölü kişilerden kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilir. ODNK m.14 uyarınca ölü, sağlığında bu nakle karşı olduğunu belirtmiş ise organ ve doku alınamaz. Eğer beyanı bulunmuyor ise alınabilir. Öte yandan korneanın dokulardan oluşması sebebiyle, 2238 sayılı kanunun m.14/2 aykırı korneanın alınması durumunda TCK m.91 uyarınca suç teşkil edeceği belirtilmektedir. TCK’da hukuka aykırı alınması düzenlendiği için, “*aksine vasiyet yoksa veya beyan yoksa*”, rıza aranmaksızın ceset üzerinden alınabilir. Çünkü bunlar kornea üzerinde değişiklik yapmayan dokulardır<sup>793</sup>. Ancak doktrinde bir başka görüşe göre de, ölüden organ alınması için ailenin rıza göstermesi gerektiği ve mirasçılara bağış kartı dağıtılması eleştirilmektedir<sup>794</sup>. Kaldı ki; Biotıp sözleşmesi m.19/1 öncelikle organın ölüden alınmasını sonra canlı insandan alınmasına imkan tanımaktadır. Söz konusu sözleşmenin bir iç hukuk metni olduğu düşünülerek değerlendirme yapılması gerekmektedir. Fakat kanaatimizce eğer rızası olmadığını açıkça belirtmiş olmasına karşın OD alınması durumunda, ODNK’ya aykırılık dışında, TCK m.130/2 uyarınca kişinin hatırasına hakaret suçu da şartları oluşmuş ise gündeme gelebilecektir.

---

<sup>791</sup> Kaptanoğlu, s.226.

<sup>792</sup> Ayan,s.24; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.223; Sarıtaş, s.23; Ahmet Taşkın, **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2007, s.129.

<sup>793</sup> Ünver,” TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.98-99.

<sup>794</sup> Bozoklar, “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, s.257.

Eğer ölmüş kişi sağlığında organ ve doku nakline dair herhangi bir açıklamada bulunmamış ise, rıza için öncelikli olarak eşine sorulmaktadır. Diğer akrabaların kabul/reddinin hukuken bir hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca ölmüş kimsenin çocukları söz konusu ise, o zaman rızanın hep birlikte gösterilmesi gerekmektedir. Fakat orada kimler bulunuyor ise bu kişilerin rızası ile yetinilir<sup>795</sup>. Söz konusu düzenlemeler bakımından bazı eleştirilerimiz bulunmaktadır. Öncelikli olarak ölmüş beden eşya kapsamında mı değerlendirilecektir? Eğer eşya kapsamında değerlendiriliyor ise, bu durumda terekenin konusu olacak ve MK mirasa ilişkin hükümleri söz konusu olacaktır. Değil ise ODNK baz alınmalıdır. Ölmüş bir beden eşya olarak kabul edilmemektedir. Özel bir kanun düzenlemesi de yer aldığından genel bir kanuna göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Eş, çocukları söz konusu olmadığında tek yetkilidir. Çocuklarının yanında olanlarının rızası ile yetinilmesi, organ ve doku naklini hızlandırmak için yapılıyor da olsa kanaatimizce ilgilinin rızası kavramının hukuki niteliğine uygun düşmemektedir. Kişilere ulaşılabilen için başka yollar da söz konusu olabilmeli, örneğin imzalı olarak gönderilebilecek elektronik bir belge ile de konu çözüme kavuşturulabilir. Ancak ilgilinin rızası, hukuki menfaati taşıyan kişilerin tamamının rıza açıklaması durumunda müdahaleye izin veren yapısı gereği, sadece ulaşılabilen kişiler ile yetinilmesi organ ve doku nakli bakımından pratik çözüm getirmenin aksine, hukuki sorunlar doğurmaktadır. Doktrinde, organ ve doku nakli bakımından varsayılan rıza kabul edilmemektedir<sup>796</sup>. Kanaatimizce, ilgililerin tamamına ulaşamadığında olan kişilerin rızaları ile yetinilmesine imkan veren bir düzenleme ilgilinin rızası kurumu ile değil, varsayılan rıza ile açıklanabilir. Bu noktada yasal düzenleme ile varsayılan rıza kurumu düzenlenmiştir.

Ölünün yaşı ve hangi organın alınacağına dair ODNK bakımından bir kısıtlama bulunmadığından, her türlü organ ve hangi yaşta olduğunun bir önemi

---

<sup>795</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.180.

<sup>796</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.182.

bulunmamaktadır. Hatta bilimsel amaçlarla dahi, organ ve doku nakli yapılabilir<sup>797</sup>. Zaten ölüden organ ve doku nakli hususunda en tartışmalı alan uzun yıllarca ölüm halinin belirlenmesi konusunda olmuştur. ODNK m. 11 ölümün tanımını yapmaktadır. 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği<sup>798</sup> Ek 1. Madde beyin ölümü kriterine dikkat çekmektedir. Türk Hukukunda ölüm halinin saptanmasındaki kriter, beyin ölümüdür<sup>799</sup>. Hukukumuzda ölüm halinin tespiti de hayli zorluklar teşkil ettiğinden, organ nakillerinde hala eksiklikler uygulamada görülmektedir. Örneğin Alman ODNK m. 5/1 uyarınca, istisnai hallerde dahi olsa tek hekim dahi ölüm anını tespit edebilmektedir. Ülkemizde ise hala 4 kişilik ekip tarafından tespit edilmektedir. Alman ODNK, yeniden oluşması mümkün olmayan organlar bakımından belirli bir yakınlık şartı aramıştır. Ancak ülkemizde konuya ilişkin yönerge m.9/1f ise 4.dereceye dek nakillere izin vermiştir<sup>800</sup>. Kanaatimizce yönerge ile kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara yönelik düzenlemelerin hukuken dikkate alınması mümkün değildir. Söz konusu açıdan muhakkak kanun düzeyinde bir düzenleme yapılması gerekmekte olup, kişilerin nişanlıları gibi aralarında bağlılık bulunan kan bağı olmayan alıcıların da bağış alabilmesine imkan tanınmalıdır.

İnsanlara uyumlu organ üretimi de halen eksiktir ve organ temini için ülkelerde çeşitli sistemler uygulanmaktadır. Bunlardan en göze çarpanı Varsayılan Rıza olarak değerlendirebileceğimiz Opt-Outsistemidir. Bu sistemde gönüllü olarak kişi kendisi bir sisteme dahil olabilir (opt-in) yahut bu sistemden çıkabilir (opt-out). Katı opt-out sisteminde- ki Avusturya’da uygulanan bir sistemdir- ölünün yakınlarına danışılmamaktadır. Yakınlar rıza bildirmese de ölüden organ nakli yapılabilir. Yumuşak Opt-Out sistemine göre ise –Belçika’da uygulanmaktadır- ailelere rızalarının olup olmadığı sorulmaktadır<sup>801</sup>.

---

<sup>797</sup> Ayan, s.21; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.173.

<sup>798</sup> RG. 01.02.2012 tarih, 28191 sayılı yönetmelik.

<sup>799</sup> Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.340.

<sup>800</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.177vd.

<sup>801</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Zengin, s.307.

Ülkemiz sistemine dönecek olursak, mutlaka yazılı olarak alınması gereken rızaya yönelik düzenlemeler, Biyo-tıp Sözleşmesi ile de uyumludur. Vurgulamamız gerekir ki, sözleşme kadavradan nakil yapılmasını öncelikli bulmaktadır. Biyo-tıp Sözleşmesi m.19/2 uyarınca organ ve doku nakline dair rıza; açık ve belirli olmalıdır ki yazılı yahut resmi makamlar huzurunda verilebilsin. Rıza gösterecek verici yahut alıcı mutlaka aydınlatılmış olmalıdır<sup>802</sup>.

Otopsilik durumlarda da otopsi mi organ bağıışı mı öncelikli olacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. 2238 sayılı kanuna ek 2594 sayılı kanunda organ nakli önce yapılması gerektiği düzenlenmiştir<sup>803</sup>. ODNK m.14/5 “...vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler..”<sup>804</sup> terimi de, otopsinin yapıldıktan sonra kadavranın bilimsel araştırmada kullanılabileceğini düzenler. 2014 tarihli değişiklik sadece araştırma için kullanılacak kadavralara yöneliktir bu nedenle organ ve doku nakli için asıl önemli maddemiz, ODNK m.14/3’tür ve buna göre “(Değişik: 21/1/1982-2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa<sup>805</sup>, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler

---

<sup>802</sup> Ahmet Nezih Kök, “Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011,s.214.

<sup>803</sup> Bozoklar, “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, s.259.

<sup>804</sup> 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanununun 42 nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan” terimi “ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış” şeklinde değiştirilen ODNK m.14/5 (**Ek: 21/1/1982 - 2594/1 md.**) Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususunda dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

<sup>805</sup> Ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını kastedilmektedir.

*kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.”* Bu düzenleme uyarınca öncelikle organ ve doku naklinin gerçekleştirilmesi kanunen zorunludur. Ölüden organ ve doku alınmasının hukuka aykırı olarak yapılmaması gerektiği, madde metninde ayrıca belirtilmiştir. Buna yönelik olarak doktrinde bu ibarenin kullanılmasının gereksiz olduğu ve TCK m. 91/2 uyarınca hukuka aykırılık teriminin tipiklik kapsamında yer almadığı da belirtilmektedir<sup>806</sup>.

Başka türlü organ temini yöntemleri de vardır. Bunlardan ilki; ceninden organ naklidir. Bu nakil bazı hastalıklarda (Di George Sendromu, Diabet, Parkinson) kullanılmakta olup, ticari kürtajlara sebep olabileceği hususunda kaygı uyandırıcıdır. Başka bir yöntem de anensefalik yani beyni olmayan bebeklerden organ teminidir. Tedavi şansı olmayan anensefalik bebeklerin,  $\frac{3}{4}$  ‘ünün canlı doğma şansı olduğu ve yarısından organ temin edilebilme imkanı olduğu tıbben açıklanmaktadır. Bebek ve çocuk hastalarda kullanılacak ideal yöntem olarak gören yazarlar da vardır. Bir de beyin ölümü gerçekleşen gebe kadının taşıdığı ceninin organlarının oluşana kadar yaşatılması suretiyle organ temin edilmesi yöntemi de mevcuttur. Burada kalp çalıştırılarak solunum cihazına bağlanan gebe kadın yedi haftaya kadar yaşatılabilmektedir. Ayrıca Çin Halk Cumhuriyetinde idam edilen mahkumların organları da nakil için temin edilmektedir. Hatta bu organlar yabancı devletlere de satılmaktadır. Son olarak da Filipinlerdeki mahkumların organlarını bağışlayarak cezalarının infaz rejiminde değişiklik yaptığı görülmektedir. Organ bağıışı bir hürriyeti bağlayıcı cezaların çevrildiği tedbir olarak uygulanmaktadır<sup>807</sup>. İdam mahkûmlarının organlarının satılması durumunda kişilerin yahut yakınlarının bir rıza açıklamasının bulunmaması da, organ naklini hukuka aykırı hale getirmektedir. Kaldı

---

<sup>806</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.237.

<sup>807</sup> Zengin, s.312-325.

ki zorunluluk hali durumunun da dışında burada bir finansal araç olarak organ nakli gerçekleştirilmesi durumu vardır. Hukukumuz açısından da organların bedel karşılığı satılması da suç teşkil eder. Devletin korumasında infaz rejiminin içerisinde yer alan mahkûmların yaşam hakları ve vücut bütünlükleri de korunmalıdır. Mahkûmlara böyle bir tedbire özendirmek zaten özgür iradeleriyle rıza göstererek bir organ bağışında bulunmayacakları için buradaki rıza da hukukumuz açısından geçersizdir.

Aktarılan bu organ temini yöntemlerinin tamamı ilgilinin rızası kavramı bakımından sorunlu alanlardır. Çoğunluğu da insan onuru ve insan hakları bakımından kabul edilemez, hukuk düzenimiz açısından yasak yöntemlerdir. Kürtaj yaptırmak annenin rıza açıklamasına dayalı olduğundan, bunun ticari amaçla kullanılması da rızanın geçerliliği konusunda sorunlar doğurmaktadır. Çünkü ahlak dışı addedilebilen durumlarda kişilerin rıza açıklamalarına hukukilik tanınmaz. Bu ilgilinin rızasının sınırlarındandır. Her insan gibi anensafalik bebeklerin de yaşama hakları hiçbir gerekçeyle kısıtlanamaz ve ebeveylelerinin çocuklarının yaşam hakkı ve vücut bütünlükleri üzerindeki açıklayacağı bu rıza geçersizdir. Beyin ölümü gerçekleşen gebe kadının sağlığında böyle bir durumda yaşatılmak arzusu olup olmadığı sorunsalı gibi bir ceninin yaşamının organlarının alınması için gerçekleştirilmesi endikasyon açısından da hukuka aykırıdır. Ayrıca gebe kadının yakınları da ceninin babası da organ naklinde kullanılabilmesi için böyle bir rıza açıklamasında bulunamaz.

Başka bir sorun da vatandaş ve yabancılara gerçekleştirilecek organ ve doku nakli ayrımı bakımından ortaya çıkmaktadır. Kişilerin hareket özgürlüğü kapsamında dünyanın herhangi bir yerinde olmaları durumunda, eğer ülkelerinde değil iseler organ ve doku nakli bakımından öncelikli sırada yer alamayacakları Organ Ticareti ve Nakil Turizmine İlişkin İstanbul Protokolünün öncelikli sırada vatandaşa organ ve doku naklini öngören düzenlemesini doğru bulmamaktayız. İnsan onurunun korunması bakımından yerel ve uluslar arası düzenlemeler ile İstanbul Protokolünde

yer alan öncelik prensibi çelişmektedir. İnsan sadece kendi ülkesinde onura sahip, ancak başka bir ülkede organ ve doku nakli beklemesi gereken bir canlı değildir<sup>808</sup>.

Bir başka sorunlu alan da hayvanlardan organ ve doku nakline ilişkindir. Yasal mevzuat bakımından yasak değildir. 5199 sayılı Hayvan Hakları Kanunu m. 8 bakımından ise ölmeden önce organ ve doku alınmazken, öldükten sonra alınabilir. Ancak tıbbi amaç söz konusu olmalıdır<sup>809</sup>. Tıbbi amaç kapsamı çok geniş bir düzenlemedir. Tıbbi amaçların ne olduğuna dair daha net yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca kompozit organ ve doku nakli olarak nitelendirilen; yüz, kol ve bacak nakilleri de Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi<sup>810</sup> kapsamında düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu konu da kanunlaştırılması gereken alanlardandır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hususların yönerge ile düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Ayrıca embriyon nakilleri konusunu da ele almak gerekir. Türk doktrininde bir görüşe göre, 2238 sayılı kanunun embriyon nakilleri bakımından da uygulanacağına dairdir. Görüşün gerekçesine göre; 2238 sayılı kanunda bahsedilen organ ve dokunun, insan vücudundaki bütün organ ve dokuları kapsadığı dolayısıyla da embriyon nakillerinin doku nakli olduğudur. Bu konuya dair yeni görüş ise, “*sperm ve oositler hücre olduklarından, doku parçası sayıldıklarından ve embriyonun canlı bir doku sayılmasından bahisle*” TCK m.91 uygulanabileceğidir<sup>811</sup>.

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu madde 4 uyarınca; insan genomu ticari açıdan kazanç aracı olarak kullanılamaz. Dünya Sağlık

---

<sup>808</sup> Doktrinde bir görüşe göre; turist olarak organ nakli için gelen kişilerin rızaları dışında sömürü devam etmektedir. Bkz.Cohen, s. 298.

<sup>809</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.1.

<sup>810</sup> Söz konusu yönerge Sağlık Bakanlığı'nın 29.03.2011 tarihli ve 13984 sayılı Onayları ile yürürlüğe girmiştir. Bu yönerge m.13/2 a uyarınca “*Sorumlu uzman: a) Nakil işleminin yaşam kurtarıcı olmayan özelliğinden, alıcının yaşam boyu bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlara bağlı yan etkilere ve nakil işlemlerine bağlı diğer tüm komplikasyonlara maruz kalacağı konularının hastaya bildirilmesinden ve hastadan bilgilendirilmiş onamın alınmasından,*” yükümlü tutulmuştur. Bu konunun yönerge ile yapılması yerine kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

<sup>811</sup> Cin, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”, s.155-156.

Birliği'nin 22.05.2004 tarihli kararında organların satışı için devletler uyarılmıştır. Yine 21.05.2010 tarihli kararında organ ticareti kınanmaktadır. İnsandan sadır biyolojik materyallerin kodlanması hususunda devletlere tavsiye vermektedir<sup>812</sup>. Dünya Sağlık Örgütü'nün 57.oturumunda alınan kararlar ilgilinin rızası kavramı bakımından önemlidir. İlk ilkeye göre ölümlerden organ nakli için rıza aranıyorsa rıza olmalı ve sağlığında kişinin rıza göstermediğine dair bir beyanı yahut bunu düşündürecek neden de bulunmamalıdır. Dördüncü ilkede ise çocuklardan organ naklini düzenlemiştir. Ülkelerin ulusal kanunlarındaki istisnai düzenlemelerle ancak nakil yapılabileceği ve küçüğün rızasının aranması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca rıza ehliyeti olmayan kısıtlılar için de aynı şartlar düzenlenmiştir. Beşinci ilke ise organ naklinin bedelsiz yapılması hususundadır<sup>813</sup>.

Organ naklinde menfaat teminin yasaklanması şu bakımdan çok önemlidir ki; kişiler kendilerini bu denli riskli bir ameliyata konu ederek bundan para kazanmalarının önüne geçilmesi gerekir. Ancak doktrinde; çeşitli riskli işler yaparak hayatını sürdüren insanları da yaptığı işlerden alıkoymuyorsak, neden kişinin organını satmasını engellediğimiz noktada bazı sorular da ortaya atılmıştır<sup>814</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; kişinin böbreğini satması ne kadar rızaya dayandırılabilirdi de tartışma konusu yapılmıştır. Belki de kişi rıza göstermiştir, ancak aydınlatma konusunda yazar sorunların ortaya çıktığını savunmaktadır. Bu nedenle de tam olarak kişilerin gönüllü sayılamayacağına işaret etmektedir. Satıcıya sunulan bilgilerin doğruluğu, kişilerin gönüllü olup olmadığı konusunda önem arz etmektedir<sup>815</sup>. Organ nakli bakımından, vericinin eğer masraflarını karşılayamıyor ise

---

<sup>812</sup> Zengin, s.386-388.

<sup>813</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Zengin, s.389-390.

<sup>814</sup> Cecile Fabre, **Whose Body is it Anyway?**, 1st Edition, Oxford, , Oxford University Press-Clarendon Press, 2006, s.131.

<sup>815</sup> Özellikle vericiler güvenilirlik ve hekimlerin tıbbi girişimleri konusunda yeterli bilgiye sahip değillerdir. Hatta yazara göre böbreğini satan kişiler, alacaklarını bekledikleri bedellerden daha azını aldıkları da çeşitli çalışmalarda ortaya çıkmıştır. Bazen vericilerin böbreklerini satmasına yol açan başka bir ülke vatandaşlığı yahut iş vaatleri yahut Hindistan'daki yaşam standardı konusundaki memnuniyet oranları ve bu kişilerin cerrahi müdahalenin fiziksel etkileri konusunda aydınlatılmamaları yazara göre gönüllü kabul edilemeyeceklerinin göstergesidir. Bkz. Cohen, s.298-299.

ameliyat ücretinin ödenebileceği de doktrinde savunulmaktadır. Ayrıca organ nakli gerçekleştirilirken bedel alınmıyor olması, neden bu nakli gerçekleştirenlerin bedel aldığını da açıklamadığı da doktrinde ayrıca eleştirilmektedir<sup>816</sup>. Yaşamsal tehlike ile organ alımına TCK m.92 benzeri olanak tanımamak hatalı bulunmaktadır. Burada TCK m.25/2 uygulama alanı bulabilir<sup>817</sup>. Organlarını satan kişilerin maddi durumları iyi olsaydı satmayacak idiyse, bu durumda bu kişilerin rızalarının geçerliliği esasında yok kabul edilebilir<sup>818</sup>. TCK m.92, yoksul kimselere organlarını satmasına teşvik eder nitelikte düzenlendiği için de doktrinde eleştirilmektedir<sup>819</sup>.

Organ satışına karşı çıkanlar iki noktadan konuya yaklaşmaktadır. İlki Kantçi görüşlerle bunların ahlaksal açıdan organın mal olarak görülmesi noktasındadır. İkincisi ise organ bağışında bulunanların sömürülmeye çok açık olacağıdır<sup>820</sup>. Organ Pazarı bakımından doktrinde bedel karşılığında organ verilmesine yönelik mutlaka ceza yaptırımını öngörülmesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi<sup>821</sup>; “*ücret niteliğinde olmayan bazı tazminat talepleri*” karşılanması gerektiğini savunanlar<sup>822</sup> da vardır. 2238 sayılı kanun m. 3 uyarınca belirli bir bedel karşılığında organ ve doku nakli yasaklanmıştır; yani kanun “*satın alınmış rıza*”yı yasaklamıştır. Ayrıca genel etik kuralları ve ceza normları bakımından da, herhangi bir menfaat karşılığında kişiden organ ve doku alınması durumunda, menfaatin sağladığı menfaatin elde edilmesi için rıza açıklanacağından özgür irade açıklamasının varlığı da tartışma konusu olur. Mevcut düzenlemeler sonucunda belirli bir bedel karşılığında verici olunamaz. Başka bir yasal düzenleme yapılan kadar da, verici rızası menfaat karşılığında satın alınamaz. “*büyük bir fedakârlığa katlanan vericiyi bir de hastane masraflarını*

---

<sup>816</sup> Fabre, s.131 ve 135.

<sup>817</sup> Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III Madde 86-146**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010,s.3138; Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (m. 1-146)**, 1.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.328.

<sup>818</sup> Fabre,s.145.

<sup>819</sup> Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.3137.

<sup>820</sup> Fabre,s.135.

<sup>821</sup> Kök, “Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Güçlükler”, s.215.

<sup>822</sup> Ahmet Gökçen/Murat Balcı, ”Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 91-93)”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, s.123.

*ödemek zorunda bırakmak ve çalışmadığı için uğradığı maddi kaybı telafi*<sup>823</sup> için gerekirse sağlık kuruluşunda kaldığı süre için masrafların devlet tarafından karşılanması ve sonrasında iş göremediği süre boyunca sağlık sigortasının devlet tarafından karşılanmasına dair yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu da açıktır. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki; "*hak sahibinin rızası hilafına fiilin icrası*" suç tipinde düzenlenmiştir. Buna göre rızanın varlığı ya da yokluğu hukuka aykırılık unsurunu değil, tipiklik unsurunu ilgilendirmektedir<sup>824</sup>. Organ ve doku nakli bakımından TCK m.90/1 bakımından madde metninde yer alan rızaya yönelik ibarelerin hukuki etkisi, ilgilinin rızasının varlığı durumunda tipikliği kalkması olarak yorumlanmalıdır<sup>825</sup>.

Ülkemiz bakımından ilgilinin rızası açısından başka sorunlu bir alan da internet ortamında yapılan organ nakli verici ve alıcı buluşmalarıdır. Söz konusu husus eğer ticari nitelik taşımıyorsa hukukumuz açısından sorun teşkil etmemektedir. Rızanın gösterilmesi süreci bakımından kişilerin yüz yüze yahut internet ortamından tanışmalarında bir yasak bulunmamaktadır. Sadece bunun denetim altına alınması kanunun finansal bir amaç için kullanılmaması adına gerekli olabilir<sup>826</sup>.

## **G. Diş Hekimleri Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme**

1219 sayılı kanunun 29 uncu maddesi uyarınca diş hekiminin; "*insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunların doğrudan bağlantılı olan Ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkili*" olduğu belirtilmiştir. Diş hekimlerinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler açısından da mutlaka bir endikasyon gerekir ve hastanın da bilgilendirilmiş onam alınmış olması

---

<sup>823</sup> Gökçen/Balcı, s.123.

<sup>824</sup> Gökçen/Balcı, s.116

<sup>825</sup> Üzülmöz, s.12; Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.234; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.263.

<sup>826</sup> Zengin, s.330.

gerekmektedir. Ayrıca diş hekimleri de ulaşılan tıp biliminin güncel seviyesinde tedavi yöntemleri kullanmakla yükümlüdür. Burada vurgulanması gereken husus diş hekimlerinin sadece Ağız Diş ve çene sağlığı ile sorumlu olmaları Bunun dışında hekimlik faaliyeti gösteremeyecekleridir<sup>827</sup>. “Diş hekimi, hastanın kendi yaşamı, beden bütünlüğü konusundaki seçimlerine duyarlı ve saygılı yaklaşmalıdır. Bu bağlamda hekim mesleki uygulamalardan önce hastayı aydınlatarak onamını alır, hastanın tedavi ve bakım sürecindeki tercihlerine duyarlı olur. Hastanın özel yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığına saygı gösterir.”<sup>828</sup>.

Ülkemizde diş hekimleri arasında yapılan bir çalışmada; katılan diş hekimlerinin yarıdan fazlasının (% 58,4; n:115) aydınlatmayı yazılı olarak yapılmasını uygun buldukları ortaya konulmuştur<sup>829</sup>. Bir tıbbi müdahale konusunda, kişi bilgilendirilerek onun açıkça yahut zımni rızası alınmalıdır. Diş hekiminin kişilerin bilgisi dahilinde olmadan tedavi edilmesi de rızanın olmadığı durumlara işaret etmektedir<sup>830</sup>. Aynı çalışmada aydınlatılmış onamın yazılı alınmasına yönelik, pratisyen hekimlerden de fazla olarak tercih edildiği görülmektedir. Oysa ki aydınlatılmış onamların çok açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir<sup>831</sup>.

## **H. Psikiyatrlar Tarafından Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme**

Psikiyatri açısından tıbbi müdahale kapsamına; muayene, anamnez, tetkikler, ilaç tedavisi, psikanaliz vb. girmektedir<sup>832</sup>. Psikiyatrik müdahaleler için aydınlatılmış

---

<sup>827</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.434, 436-437.

<sup>828</sup> Türk Diş Hekimleri Birliği Diş Hekimliği Meslek Etiği Kuralları (9-10-11 Kasım 2012 tarihli TDB 14. Olağan Genel Kurulunda kabul edilmiştir.) (Çevrimiçi), <http://www.sdo.org.tr/?pnum=44&pt=TDB%20Di%C5%9F%20Hekimli%C4%9Fi%20Meslek%20Eti%C4%9Fi%20Kurallar%C4%B1>, , 12.09.2016.

<sup>829</sup> Necla Aktan, **Diş Hekimlerinin Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Bilgi, Tutum ve Deneyimlerinin İncelenmesi**, Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2005, s.98.

<sup>830</sup> *R v Richardson (Diane) (1999)QB 444* aktaran Plomer, s.50; Ayrıca bkz. BGH NJW 1978, 1206 - diş çekimi (rıza etkisizliği).

<sup>831</sup> Aktan, s.118vd.

<sup>832</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.423.

rıza büyük önem taşımaktadır<sup>833</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, yapılacak aydınlatmanın özellikle psikiyatrik hastalar bakımından daha detaylı yapılması gerektiği savunulmaktadır. “Bir cerrah veya KBB uzmanına nazaran daha kapsamlı” aydınlatma yapılması gerektiği görüşüne<sup>834</sup>; her tıp ihtisas dalı bakımından kapsamlı aydınlatma olması gerektiğini savunduğumuz için katılmıyoruz. Psikiyatrik hastaya yapılacak tıbbi müdahale de diğer uzmanlık alanlarında olduğu gibidir. Hepsini ayrıntılı olmalı ve hastanın kendi kaderini tayin hakkına hizmet etmelidir. Biyotıp Sözleşmesi m.7 uyarınca, tedavi edilemez ise hastanın sağlığı bakımından “ciddi bir zarar” oluşacak ise rızası dışında hastanın tedavisi yapılabilecektir. 1219 sayılı kanun m.70 uyarınca ise yasal temsilci rızasından bahsedilmektedir. Acil hallerde yasal temsilciye ulaşılamıyor ise rızasız tıbbi müdahale yapılacaksa da<sup>835</sup>; bu durumlarda dahi işlem hastaya aktarılmalıdır kanaatindeyiz. Psikiyatri hastaları bakımından tedavi muhakkak anlatılmalıdır. Hekimin mutlaka bilgi vermesi gerekir. Eğer hastaya örneğin Lomber ponksiyon yapılacak ise yazılı rıza şarttır<sup>836</sup>. Psikotik hastalar bakımından özellikle Aydınlatılmış onam sorunludur. Hekim, insan onuruna saygıyı hiçbir zaman göz ardı etmemelidir<sup>837</sup>. Dünya Psikiyatri Birliği 1977’de psikotik hastanın psikiyatri ile ilişkisine, aydınlatılmış onama ve hatta zorla tedavisine dair bir bildiri yayınlamıştır<sup>838</sup>. Hawaii Bildirgesi psikiyatri hastalarının Hasta haklarının korunması için ortaya çıkmıştır Bunlar psikiyatri mesleği açısından asgari normlardır<sup>839</sup>. Hawaii Bildirgesi özerklik ve yararlılık ilkelerini vurgulayarak, aydınlatılmış onam bileşenleri formüle ederek; etik ilkelere açıklık getirmektedir.

---

<sup>833</sup> BT Basavanthappa, **Psychiatric Mental Health Nursing**, 1st Edition, New Delhi, Jaypee Brothers Publishers, 2007, s.195.

<sup>834</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.426.

<sup>835</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.422.

<sup>836</sup> Günsel Koptagel-İlal, "Psikiyatride Hasta Hakları ve Etik Kurulları", **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayın, 2003,s.118-119.

<sup>837</sup> Kalabalık,s.395.

<sup>838</sup> Bildirgenin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi), <http://pb.rcpsych.org/content/pbrpsych/2/1/12.full.pdf> , 02.11.2016 ; Hakan Ertin/M. Kemal Temel, “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik–Yasal Metinler”, **Anadolu Kliniği, Eylül 2016; Cilt 21, Sayı 3**, s.228.

<sup>839</sup> Esin Karlıkaya, "Dünya Psikiyatri Birliği Havai Bildirgesi", **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayın, 2003, s.124.

Hekimler tarafından uygulanan zorunlu önlemler ve mesleki olanaklarını kötüye kullanma ve özellikle bir ruhsal bozukluk yokluğunda herhangi zorunlu müdahaleden kaçınması için psikiyatristleri mecbur kılmaktadır<sup>840</sup>. Örneğin ABD’de APA Ethic Code m. 3.01 uyarınca aydınlatılmış onam alınmak zorunluluğu vardır<sup>841</sup>. Bu hastaların, diğer hastalardan ayrı tutulması hukuken mümkün değildir. Hastalara müdahale konusunda alternatifler hakkında bilgi verilmeli, ancak agresif bir davranış sergilenmemelidir<sup>842</sup>. HHY m.4 yeterlik konusunu ele almıştır. Somut olaya göre değerlendirme yapılarak, hastanın rıza açıklamaya yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır<sup>843</sup>.

İlaçla tedavi bakımından muhakkak hastalara aydınlatma yapılmalı ve rızaları aydınlatılmış şekilde alınmalıdır<sup>844</sup>. Psikoterapik reçeteli tedaviye başlanmadan önce hastadan bilgilendirilmiş onayını aldıktan yanı sıra tedavi sırasında bu güncelleme için kurallar kabul ederek, takip gerektiren durumlarda tedavinin amaçları değiştirilebilir<sup>845</sup>. Elbette ki, psikiyatrik hastalar da tedaviyi reddetme, tedaviye verdikleri rızadan vazgeçme haklarına sahiptir<sup>846</sup>. Psikiyatr, uzun süreli yerleşik uygulama kalıplarını ve bilimsel verilere dayanan psikoterapiyi ile ilaç tedavisi birleştirerek hastanın yararına ise tamamen ele alarak konuya yaklaşmalıdır<sup>847</sup>. Öte yandan ilaç aydınlatması da uygulamada diğer tıbbi branşlara nazaran psikiyatrlar bakımından oldukça ayrıntılı olarak gerçekleştirilmektedir. Biyotıp Sözleşmesi m.6/son ve HHY m. 24/2 salt psikiyatrik hastalar bakımından değil; yetkinliği az yahut hiç olmayan tüm hastalar bakımından geçerlidir. Bu nedenle hastaların yetkinliğinin olmadığı yahut aydınlatmanın hastada travma yaratabileceği durumlar gerektiğinde

---

<sup>840</sup> Ahmed Okasha, “The Declaration of Madrid and its implementation. An up date”, s.65 (Çevrimiçi), <http://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/publicationsFile/file/WPAJournal.pdf> , 02.11.2016 .

<sup>841</sup> Jeffrey Hecker/Geoffrey Thorpe, **Introduction to Clinical Psychology**,1st Edition, Oxon-Newyork, Routhledge, Press, 2016,s355.

<sup>842</sup> Basavanthappa,s.196.

<sup>843</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.425.

<sup>844</sup> Basavanthappa, s.196.

<sup>845</sup> Okasha, s.67.

<sup>846</sup> Basavanthappa, s.196.

<sup>847</sup> Okasha, s.67.

psikiyatrlar ile konsültasyon yapılarak gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak yine de yapılması gerekmektedir kanaatindeyiz. Çünkü yapılacak olan aydınlatma özünde insan onuru ve kişinin kendi kaderini tayin hakkı bakımından da geçerlidir<sup>848</sup>.

Dünya Psikiyatri Birliği Genel Kurulu tarafından kabul edilen Etik kurallar uyarınca "*psikiyatrist hastanın içinde bulunduğu olası durum olsa seçenekler dahil olmak üzere tedavi yöntemleri ve olası sonuçları hakkında hastaya bilgi vermelidir.*" Hawaii Bildirgesi bakımından hastanın rızası hilafına tedavi yapılamaz, fakat hastanın Rıza Hürriyeti olmaması durumunda ise cezası tedavi gündeme gelebilir. bu durum geçici olmak zorundadır. Nazi Almanya'sında ki psikiyatri hastaları üzerindeki deneyler ve SSCB'de rejime karşı gelenlerin yakalanması hususları da unutulmamalıdır<sup>849</sup>.

Geçmişte gözlemlenmiştir ki ülkelerin yaklaşık yarısında, akıl hastalarının hakları ile ilgili olarak; hastalardan tedaviye başlamadan önce bir aydınlatılmış onam için istenmiş ve ülkelerin % 57'sinde ruhsal hastaların kısıtlamak için kurallar konusunda bir politika olagelmiştir<sup>850</sup>.

Psikiyatrik tıbbi müdahaleler bakımından elektroşok tedavisi önemli bir hak ihlali yaratabilir. Hastanın yazılı rızası mutlaka detaylı bir aydınlatma sürecinden geçildikten sonra alınmalıdır. Diğer yandan yazılı onay veremeyecek durumda olan hastalar bakımından doktrini elektroşok tedavisi tek yöntem ise birden fazla Hekim'in konsültasyon önerilmektedir<sup>851</sup>. Eğer hasta rıza göstermemesi durumunda, doktrinde bir görüşe göre; reddedilen tedavinin kişinin sağlığı bakımından çok önemli olduğu durumlarda hastanın ailesi mahkemeden buna karar verilmesini talep edebilir<sup>852</sup>.

---

<sup>848</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.427.

<sup>849</sup> Karlıkaya, s. 125-127.

<sup>850</sup> Okasha, s.65.

<sup>851</sup> Koptagel-İlal, s.120; kanaatimizce hukukun genel kurallar uyarınca söz konusu konsültasyon raporu ile birlikte ve yasal temsilci rızası Yoksa da mahkemeden izin alınmalıdır.

<sup>852</sup> Basavanthappa, s.196.

Ayrıca "elektroşok sadece bir çok gerekli olduğunu ancak tedavi olarak kullanma elektroşok uygulamasına gidermek için bir çare olarak kesinlikle başvurulmamalıdır öyle olduğu takdirde bu işkence ve aşağılayıcı tutum sayılır"<sup>853</sup>.

Psikotik hastaların rıza açıklama kapasitelerinin olmadığı da doktrinde savunulabilir. Hastalar verdikleri rızayı geri alabilirler mi? Bu etik bir dilemdir. Aslında tam olarak bu hastaların aydınlatılmış rızalarına yönelik sorunların çözümüne yönelik net bir düzenleme de yoktur<sup>854</sup>. İHAS ve Biyotıp Sözleşmesi hükümleri uyarınca da; psikiyatrik hastalara da Zalimane, İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yapılamaz. Bu bağlamda insan üzerinde deney veya deneme fiilleri, doktrinde bir görüşe göre küçükler, sağır ve koruma altındaki kişilere uygulanamaz<sup>855</sup>. Hiçbir koşulda psikoterapist, kişisel ilişkilerini avantaj olarak kullanamaz veya profesyonel ilişki kurduğu hastası ile sınırları aşamaz<sup>856</sup>. Hastaneye yatırılma konusunu İHAS m.5 ve AY m.19 bağlamında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından da ele almak gerekir. İHAM'daki davalarda akıl hastası konusunda değerlendirme yapılırken ulusal mevzuat ve psikiyatri biliminin güncel seviyesi baz alınmaktadır. *Van Der Leer v Hollanda* davasında kişinin dinlenmeden kliniğe yatırıldığı için İHAS m.5/1 'e aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>857</sup>. İHAM'ın *Winterwerp v Hollanda* kararında da belirttiği üzere bu kısıtlama keyfi olmamalıdır<sup>858</sup>.

Psikiyatrik hastalar bakımından aydınlatılmış rızanın önemi diğer tıp uzmanlık dallarına göre daha detaylı ele alınmalıdır. Genellikle hasta özerkliğinin ihmal edilebilme tehlikesi taşıyan bu alan bakımından en büyük tehlike "damgalanma" dır. Damgalamanın hasta açısından da doğurduğu bazı sonuçlar vardır. Gerçekten bu ön yargı Psikiyatrik hastaların tedaviden uzaklaşmalarına da

---

<sup>853</sup> Koptagel-İlal, s.120.

<sup>854</sup> Hecker/Thorpe,s. 164.

<sup>855</sup> Kalabalık,s.407.

<sup>856</sup> Okasha,s.67.

<sup>857</sup> A 170- A (1990); 12 EHRR 567 par.22 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,s.158 dip not 312.

<sup>858</sup> A 33 (1979); 2 EHRR 387 par.39 Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,s.158 dip not 313.

sebeup olabilir. Akıl hastalıkları dışındaki tedavilerde dahi kişinin akıl hastası olduğunun dosyasında yer alması sonucunda hastalığın ne kadar kişiyi etkilediğine bakılmaksızın, kişinin aydınlatılmasından uzaklaşılarak daha paternalist yaklaşımlar uygulanabilmektedir. Psikoterapi bakımından ise bazı psikologlar yazılı rızaya başvurmaktadır<sup>859</sup>. Ancak bu konudaki çalışmalar oldukça azdır. Bir çalışmada tıp fakóltesi öğrencilerinin ilk ve son yıllarında akıl hastalıklarına yönelik önyargıların daha fazla olduğu belirtilmektedir. Pratisyen hekimlerde akıl hastalıklarının %80 oranında geçmediğine dair inanç<sup>860</sup> taşımaları da aydınlatma noktasında sorunlar doğurabilir. Özellikle de psikiyatrik hastaların “ötekileştirilmesi”, “damgalanması” konusuna şiddetle karşı ıktığımızdan dolayı; ne az ne çok hastanın yetkinliği ele alınarak her somut olayda diğer ihtisas alanlarında nasıl bir aydınlatma uygulanmalı ise, psikiyatri bakımından da aynı anlamda geçekleştirilmesi gerekir. İyi niyetli görüşler bazen farkında olmadan psikiyatrik hastaları damgalayabilmektedir. Psikiyatrik hastalıkların tedavi edilmesi noktasında uygulanacak tıbbi müdahale bakımından kişiyeye aydınlatma yapılması gerekmektedir. Genellikle tedavinin nasıl seyredeceği noktasında, ücretler de dahil olmak üzere Amerika’da psikolojik destek alan hastalar aydınlatılmaktadır<sup>861</sup>. Acil müdahale sayılabilecek durumlarda yahut kendisi yahut bir başkasına zarar verme tehlikesi söz konusu olduğu durumlarda psikiyatrik hastalar rızaları dışında tedavi edilebileceği doktrinde savunulmaktadır<sup>862</sup>. Aksi durumlarda ise psikoterapi dahi olsa, rıza dışında tedavi mümkün değildir. Kendisi yahut rıza açıklayabilecek ilgilinin rızası gerekir kanaatindeyiz.

## **İ. Açlık Grevleri Bakımından Değerlendirme**

Açlık grevi, bir haksızlığa protesto etme amacı taşıyan ve a kalarak geekleştirilmektedir. Ölüm orucu olarak nitelendirilmesi, bu açlık grevi fiillerinin

---

<sup>859</sup> Hecker/Thorpe, s.324.

<sup>860</sup> Cumhuriyet Hürseyin Bulut/Gökben Hızlı Sayar, “Psikiyatrik Hastalar ve Damgalanma”, **Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:2 Sayı:2, Mayıs 2016, s.191-192.

<sup>861</sup> Hecker/Thorpe,s.324.

<sup>862</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.427.

ölüme varabileceği öngörülmesine rağmen devam edilmesi durumunda söylenebilir<sup>863</sup>. Açlık grevleri doktrinde; kişilerin “belirli bir hedefe ulaşmak, bir hareketi protesto etmek ya da bir görüşe taraftar bulmak için, kamuoyu yaratmak düşüncesiyle kişinin tek başına veya grup şeklinde, yemek yemeyi durdurarak ve/veya sıvı almayarak aç kalma fiili”<sup>864</sup> veya “belirli bir olayı, tutumu veya davranışı benimsemeyerek tepki göstermek, çeşitli istekleri yetkili kişi veya makamlara kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların, vücudun ihtiyaç duyduğu besin maddelerini almayarak kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir protesto yöntemi”<sup>865</sup> olarak tanımlanmaktadır. Burada amaçlanan siyasal bir duruş sergilemektir. Bu sebeple intihardan farklıdır. Açlık grevinde olan kişi, beslenmeye yönelik insani hakkını bir protesto aracı olarak kullanır<sup>866</sup>. Doktrinde dünyada ülkemiz dışında hiçbir yerde bu terim tercih edilmediği de belirtilmektedir<sup>867</sup>. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek istemekteyiz. Açlık grevi, İngilizce de *hungerstrike*<sup>868</sup>, Almanca’da *Hungerstreik*<sup>869</sup> olarak geçmekte ve tam çeviri olarak da açlık grevi anlamında kullanılmaktadır<sup>870</sup>.

Açlık grevleri uluslar arası metinlerde de ele alınmıştır<sup>871</sup>. Tokyo ve Malta Bildirgeleri buna örnek verilebilir. Dünya Tabipler Birliği Malta Bildirgesi yetersiz kaldığı için yeniden 44. Kongrede zorunlu beslemeye ilişkin yeniden düzenlemeye gidilmiştir<sup>872</sup>. Bildirgenin 4. maddesi uyarınca “Müdahale etmek ya da etmemek

---

<sup>863</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.218.

<sup>864</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.465.

<sup>865</sup> Ahmet Taşkın, **Türkiye’de ve Dünyada Açlık Grevleri**, 1.Baskı, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, 2005,s.16.

<sup>866</sup> Serkan Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı 88, 2010, s.421.

<sup>867</sup> Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi”, **TBB Dergisi**, Sayı 62, 2006, s.240,242.

<sup>868</sup> (Çevrimiçi), [https://en.oxforddictionaries.com/definition/hunger\\_strike](https://en.oxforddictionaries.com/definition/hunger_strike) , 05.11.2016 .

<sup>869</sup> „Verweigerung der Nahrungsaufnahme als Mittel zur Durchsetzung bestimmter [politischer o. ä.] Forderungen“ (Çevrimiçi), <http://www.duden.de/rechtschreibung/Hungerstreik> , 05.11.2016.

<sup>870</sup> (Çevrimiçi), <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hunger-strike> , 22.09.2017.

<sup>871</sup> Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”,s. 428-431.

<sup>872</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.187.

*konusunda ki son karar -temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan üçüncü tarafların müdahalesi olmaksızın- hekimine bırakılmalıdır. Gerektiğinde hekim, hastaya açıkça, onun (hastanın) tedaviyi reddetme, koma durumunda, yapay beslenme ve ölüm riski gibi kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını belirtmelidir. Eğer hekim hastanın reddetme kararını onaylamıyorsa, onun başka bir hekim tarafından takip edilmesini sağlamalıdır.*"<sup>873</sup> Açlık grevleri bakımından bu uluslararası belgede sınır kişinin yaşamsal risk altında olmasıdır. Bildirge açlık grevinde bulunan kişinin bu doğrultudaki iradesini ön plana çıkarmıştır<sup>874</sup>. Dünya Tıp Birliğinin 1975 tarihli Tokyo Bildirgesinin 44. Toplantısında gözden geçirilen açlık grevlerine dair bildirgesi uyarınca, rızasız bir şekilde kişilerin tedavi edilmesi mümkün değildir. Bildirgede kişinin özerkliğine saygı duyulması gerektiği vurgulanmıştır<sup>875</sup>.

Öte yandan iç hukuk metnimiz İHAS bakımından, İHAM'ın bu noktaya bakışını da ele almak gerekir. Konuya ilişkin başvurucuların kendi kaderini tayin hakları kapsamında gerçekleştirdikleri bu davranışların İHAS 3 kapsamında değerlendirilmesi istediği konusundaki talepleri olmuştur. İHAM konuya farklı bir boyuttan yaklaşmıştır. *RSA ve C v Portekiz* davasında, mahkeme kişilerin açlık greviden dolayı kendilerini sorumlu tutarak tazminat taleplerini reddetmiştir. *Herczegfalvy v Avusturya* davasında da, zorla beslemenin İHAS m.3 kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. *Ilijkov v. Bulgaristan* davasında da yine insan hakları noktasında yaklaşımdan uzak duran mahkeme, başvuruyu reddetmiştir<sup>876</sup>. Esasında İHAM dolaylı olarak *Herczagfalvy ve İlijkov* davalarında zorla beslemeyi İHAS 3 kapsamında görmemiştir. Yaşam hakkı üstün tutulmuştur<sup>877</sup>. *Nevmerzhitsky / Ukrayna* kararında İHAM, zorla beslenmenin esasında tıbbi gereklilik getirmesi sebebiyle insanlık dışı ve alçaltıcı muamele olmaması için

---

<sup>873</sup> Dünya Tabipler Birliği Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi için bkz. (Çevrimiçi), <http://debis.deu.edu.tr/DEUWeb/Icerik/Icerik.php?KOD=6719> , 19.10.2016 .

<sup>874</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.187.

<sup>875</sup> Cengiz, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", s.429.

<sup>876</sup> Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.193-195.

<sup>877</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.466-467.

gerekli ilkeleri belirtmiştir. Bunlardan ilki tıbbi zorunluluk (raporlar ile kanıtlanmalı), buna dair denetim, itiraz hakkının tanınması ve son olarak da “uygulanma şekli (gerek kullanılan araçlar gerekse de uygulanma yöntemi) insan onuruna” uygun olmalıdır<sup>878</sup>. Ancak *Nevmerzhitsky v. Ukrayna* kararında ise bu konu daha detaylı olarak ele alınmıştır. Başvuran zorla beslemenin sözleşmeye aykırılığını iddia etmemiştir. Bunun uygulanma biçiminin İHAS 3’e aykırılık teşkil ettiği yönündedir. İHAM da zorla beslenmenin şekli eğer “*direnmeye karşı kuvvet kullanmak suretiyle kişiyi kelepçeleme, ağız genişletmek için bir aygıt yerleştirilmesi, beslenme borusuna bir plastik hortumun sokulması*” gibi metotlar uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda bunun 3. Maddeye aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir<sup>879</sup>. Ancak doktrinde ise açlık grevlerinin İHAS m.10 ifade özgürlüğü kapsamında görülmesi gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>880</sup>.

Konu bazı ülkelerde de değerlendirilmiştir. İspanya’da Grapo adlı örgüte mensup kişilerce gerçekleştirilen açlık grevi, Tıp dünyasında da merakla izlenmiştir. Süreç Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirildiğinde ise, kişilerin yaşam hakları bakımından tasarruf noktasına yoğunlaşmıştır<sup>881</sup>. Grapo davasının yargıcı tarafından insan onuru noktası odağında verilen karar önem taşımaktadır. Ayrıca Alman doktrininde de bir görüşe göre, yaşama hakkı tersten okunduğunda ölme hakkını da kapsamaktadır. Bu nedenle hiçbir şekilde zorla besleme olmaması gerekir<sup>882</sup>.

Ülkemiz mevzuatı gereği de konuya dair net olarak cevap verebilmek esasında mümkün değildir. Bir yanda uluslararası sözleşmeler vardır ve iç hukuk

---

<sup>878</sup> Kararı aktaran Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”,s.426-428.

<sup>879</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.467-468.

<sup>880</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.218.

<sup>881</sup> Cemal Bali Akal, “İspanya’da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar”, **Argumentum**, yıl 2,S.19,s.291,292,295 aktaran Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.186-187 ve 192.

<sup>882</sup> Heribert Ostendorf, **Das Recht zum Hungerstreik**, Frankfurt am Main, 1983, s.144,145’deki görüşü aktaran bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 193 ve s.192.

metnimiz haline gelmiştir. Ancak diğer bir yanda da ulusal mevzuatımız bulunmaktadır. CGTHK<sup>883</sup> m.82 maddesinde<sup>884</sup> tutuklu ve hükümlülerin zorla beslenmesine yönelik getirilmiş bir maddedir. Doktrinde bir görüşe göre “*Kişinin, vücudu için gerekli olan besin maddelerini almama şeklindeki özgür iradesinin kötü muamele, tehdit, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet kullanma ve bazı araçları tatbik etme gibi yöntemlerle ortadan kaldırılarak besleme yapılması zorla besleme kavramını oluşturur*”<sup>885</sup>. Söz konusu maddede ‘Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlüler’ ele alındığı için kanaatimizce kanun koyucunun bunun protesto amaçlı olduğunu vurgulamak amacıyla yapmış ve burada besleme faaliyetini gerçekleştirecek olan kişilerden kastedilenin de sağlık çalışanları yahut kamu görevlileri olduğu aktarılmaktadır. Aksi zorlama bir yorum olacaktır.

Ancak rızasız da olsa açlık grevinde olan kişilere tıbbi müdahalede bulunulabilir mi? Bu sorunun cevabı doktrinde farklı değerlendirilmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, Tıbbi müdahalelerin rızasız olamayacağı açıktır. Ancak acil tıbbi müdahalelerde rıza aranmayabilir. Bilinç yerinde değilse kişiye tıbbi

---

<sup>883</sup> 13.12.2004 Tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun; Maddenin başlığında açlık grevi yerine “beslenmenin reddedilmesi” terimi kullanılmıştır.

<sup>884</sup> “(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 fıkraya 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 fıkraya 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.”

<sup>885</sup> Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi” , s.233.

müdahalede bulunulabilir<sup>886</sup>. Doktrinde hekimin zorla tedavisini çeşitli hukuki normlara dayandırarak zorla beslenmeyi savunan görüşler de bulunmaktadır<sup>887</sup>. Kişilerin kendi kaderlerini tayin edebilme hakları bunu da kapsayıp kapsamayacağı bakımından konuyu ele almak gerektiği kanaatindeyim. Doktrinde bir görüşe göre, kişinin kendi bedensel bütünlüğü üzerinde kalıcı zararlar bırakması onun AY m.17 kapsamındaki maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına hizmet etmez<sup>888</sup>. Kişinin kendisini bu duruma aktif biçimde sokması sebebiyle bunun acaba bir intihar olarak düşünebilmesine imkan olup olmadığı da doktrinde önemli bir sorunsaldır<sup>889</sup>. İntihar olduğu kabul edilirse, intihar amaçlı bir kişiyi azmettiren, destekleyen, kararını kuvvetlendiren veya araç temin eden kişi TCK m. 84 uyarınca sorumlu olacaktır<sup>890</sup>. Cezaevlerinde zorla besleme konusunda, eğer kişinin bilinci açık ise bu kararı almış ise, tedaviyi red hakkı ve kişi özerkliği bakımından saygı gösterilmesi gerektiği ancak kişinin bilincinin kapandığı durumlarda müdahalede bulunulması ve bu müdahalelerin de insan onuruna saygı çerçevesinde yapılması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>891</sup>.

Doktrinde rızasız da olsa bu durumlarda kişilere tıbbi müdahale uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>892</sup>. Ülkemiz mevzuatında ise yaşamsal bir tehlikenin varlığı olmadan da beslenme öngörüldüğünü de vurgulamak gerekir. Yani rızasız da olsa kişiye müdahalede bulunulması yasal olarak düzenlenmiştir. Hekim veya sağlık görevlileri kişilerin bakım ve tedavisini zorla gerçekleştirilemeyeceğini savunanlar da mevcuttur. Ancak bu görüşte olanlar dahi hekimin günlük gözetimini muhakkak

---

<sup>886</sup> Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.219.

<sup>887</sup> Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, **AÜHFD**, C.43, S.1-4, 1993, s. 166; Doğan Soyaslan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, **Yargıtay Hukuk Dergisi**, Temmuz 1990, s.279, ve Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s.189 aktaran Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.219 dip not 397.

<sup>888</sup> Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, s.163.

<sup>889</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s. 104.

<sup>890</sup> Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi” ,s.249.

<sup>891</sup> Ünver, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,s.108-109.

<sup>892</sup> Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, **İnsan Hakları**, s.466.

yerine getirmesini gerektiğini savunmakta, ancak bu girişimlerin asla açlık grevlerini engelleyecek şekilde aktif bir davranış içermemesi gerektiği doğrultusundadır<sup>893</sup>.

Avrupa Konseyinin REC (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararına Ek tavsiye kararının *Doktorun Görevleri başlıklı 42.1 maddesinde* “Doktor veya ona rapor veren nitelikli bir hemşire, kuruma kabulünden sonra mümkün olabilen en kısa zamanda her mahpusu görmeli ve gereksiz olduğu açıkça görülmediği sürece onları muayene etmelidir.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır<sup>894</sup>. Avrupa Konseyinin R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek olarak aldığı kararın E bendinde de; “*Tedavinin Reddi Açlık Grevi*” düzenlenmiştir<sup>895</sup>. İkna edilemeyen tutuklu/hükümlülerin, beslenmesine yönelik olarak eğer ortada bir sağlık sorunu gerçekleşmiş ise zorla beslenmeye yönelik bir müdahalede bulunması doktrinde bir görüşe göre, bir tıbbi müdahalede bulunma gibi algılanmış ve metin bu şekilde düzenlenmiştir, ancak bu görüşe göre zorla beslenme herkes tarafından gerçekleştirilebilirken, tıbbi müdahale ancak sağlık personeli tarafından gerçekleştirilebilir<sup>896</sup>.

Kişiler kendilerinin beslenmemesi durumunda da hekimler tarafından izlenmeli, ayrıca sağlık durumları ve kendilerine uygulanabilecek tıbbi müdahaleler hatırlatılmalıdır. Bu konularda yeterli bilgilendirme yapıldıktan sonra, ancak cezaevi

---

<sup>893</sup> Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi” ,s.255, 243.

<sup>894</sup> Avrupa Konseyinin **REC (2006) 2 SAYILI TAVSİYE KARARINA EK** tavsiye kararı için bkz. (Çevrimiçi), [www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye_kararlari.doc) , 05.08.2016 .

<sup>895</sup> “*Tedavinin reddedilmesi durumunda, doktor bir tanığın mevcudiyetinde hastadan bu konuda bir yazılı belge imzalamasını isteyecektir. Doktor hastayı ilaçların muhtemel faydaları ile mümkün olan şifa verici alternatifleri hakkında tam bilgilendirecek, tedaviyi reddetmesiyle birlikte oluşacak riskler konusunda onu ikaz edecektir. Hastanın da içerisinde bulunduğu durumu tamamen anladığından emin olunacaktır. Eğer mahkûmun kullandığı dilden dolayı, anlaşma güçlükleri varsa uzman bir çevirmenin hizmetine başvurulmalıdır. Açlık grevinde olan kişinin herhangi bir psikiyatri servisine transfer edilmesini gerektirir ciddi mahiyette bir akli dengesizliği olmadığı sürece, klinik değerlendirmeleri kendisinin sözlü izniyle yerine getirilmelidir. Açlık grevindekiler, yapmakta oldukları hareketin kendi fiziki durumları üzerinde yol açacağı zararlı etkiler konusunda tarafsız bir anlatımla bilgilendirilmeli, bu suretle sürdürdükleri açlık grevinin tehlikelerini anlamalıdır. Eğer doktora göre açlık grevcinin durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibarıyla bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir. (Mesleki standartlar da dahil.)*” Avrupa Konseyinin R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek olarak aldığı karar (Çevrimiçi), [www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararasi/tavsiye_kararlari.doc) , 05.08.2016 .

<sup>896</sup> Ahmet Taşkın, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da Beslenmenin Reddi” , s.253.

hekiminin bu konudaki sorumluluğu ortadan kalkmış sayılabilir kanaatindeyim. Çünkü beslenmeyi reddetme sebebiyle sağlığı tehlikeye giren bir kişi, artık hastadır. Bu durumda da CGTHK m.82/2'de beslenmeye dair düzenleme yapılmıştır ve TCK'nin 298. Maddesi uyarınca gerçekleştirilen tedavinin reddine dair fiilin onaylanmasının hekim tarafından ceza sorumluluğunu gündeme getireceği de ulusal mevzuatımızda yer almaktadır<sup>897</sup>.

Sağlığı bozulan hastaya yönelik olarak gerçekleştirilen besleme fiili artık tedavi kapsamında değerlendirileceğinden, tıbbi müdahalenin şartlarının varlığı aranacaktır. Uluslararası düzenlemeler burada temel hak ve özgürlükler konusunda öncelikli uygulanacağından, bu durumda ulusal mevzuatın düzenlemesi aksi yönde dahi olsa rızasız bir tıbbi müdahalenin şartları var ise ancak hukuka uygun olabileceği yönünde değerlendirme yapmak da mümkündür. Ayrıca AY m. 17 uyarınca "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*", bu nedenle gerçekleştirilecek tedavi kapsamındaki zorla beslemenin de bu ilkeler doğrultusunda uygulanması gerekmektedir.

Önemli olan husus rızası ile beslenmeyi reddeden tutuklu/hükümlünün, ileride yaşayacağı sağlık sorunları konusunda aydınlatılması gerektiğidir<sup>898</sup>. Bilinci yerinde ise bir hasta istemiyor ise tedavi edilemez<sup>899</sup>, eğer bilinci yerinde değilse kişi bilinçli iken asla tedavi olmak istemediğini belirtmiş ise, bu noktada kişinin iradesi noktasında verilecek cevaplar değişecektir. Açık iradeye rağmen varsayılan rıza uygulanabilir mi sorusunun cevaplanması gerekir. Ayrıca hekimlerin tedavi etmeye zorlanması ve kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılarak bu konuda yeni bir düzenleme yapılması kanaatindeyiz.

---

<sup>897</sup> TCK m. 298/2'e göre; "*hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.*".

<sup>898</sup> Ahmet Taşkın, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi" ,s.255vd, s.250-251.

<sup>899</sup> Aynı görüşte aktaran Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.219.

## J. Sünnet Bakımından Değerlendirme

Tıbbi Müdahaleler arasında Türk toplumunun büyük çoğunluğunu ilgilendiren bir husus olan “sünnet” özellikle ayırt etme gücüne sahip çocukların otonomisinin ihlalini doğurup doğurmayacağı noktasında sorular barındıran bir alandır. Bütün tıbbi müdahalelerde olmazsa olmaz şartların gerçekleşmesi durumunda dahi ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından rızanın açıklanması noktasında ve özellikle de tıbbi müdahalenin endikasyon şartının yoksunluğu bakımından sünnet müdahalesinin hukuka uygunluğu tartışılmaktadır<sup>900</sup>. Erkek çocukların tıbbi endikasyon gerekçesiyle sünnet edilmesi konusunda zaten herhangi bir tartışma bulunmamaktadır<sup>901</sup>. Fakat Yahudi ve Müslüman toplulukları için sosyal bir önem arzeden “sünnet” konusunda tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı haller bakımından nasıl bir değerlendirme yapılmalıdır, doktrinde ve mahkeme kararlarında da tartışılmalıdır.

Öncelikle konuyu tıbbi müdahalenin şartları açısından ele almak gerekirse, Endikasyon her zaman için tıbbi olmak zorunda değildir. Aksi halde estetik operasyonların tamamı bakımından hukuka aykırılık gündeme gelecektir. “*Sosyal endikasyon*”<sup>902</sup> olarak da nitelendirilebilen durumlarda da fiil hukuka uygun sayılacaktır. Burada konu rızanın açıklanması noktasındadır, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin burada uygulanıp uygulanamayacağı noktasında da bir açıklık getirilmesi gerekmektedir.

Sünnetin nasıl yapılacağı ülkemiz gibi toplumlarda bir yasa ile düzenlenmiş olup, sünneti gerçekleştirecek olan kişinin tıbbi müdahalenin şartları da mevcutsa yapacağı fiil en azından kanuni düzenlemenin varlığı sebebiyle hakkın icrası olacak

---

<sup>900</sup> Hakeri endikasyonu dar olarak yorumlamamakta, sosyal ve psikolojik endikasyonun varlığı halinde de fiili hukuka uygun kabul etmektedir. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.433.

<sup>901</sup> Üzülmüş, s.38.

<sup>902</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.433; Üzülmüş sünnetin hem sosyal hem de psikolojik endikasyon gerekçesine dayandırılabilmesi kanaatindedir. Bkz. Üzülmüş, s.38

ve fiil hukuka uygun kabul edilecektir<sup>903</sup>. Hukukumuzda 1219 sayılı kanun düzenlemesinde sünneti gerçekleştirecek kişilere işaret etmiştir, böylelikle kanaatimizce de tıbbi müdahale olarak kabul edilen sünnet bakımından<sup>904</sup> rızanın ve diğer şartların varlığı ile fiil hukuka uygun olacaktır<sup>905</sup>. Bahsettiğimiz hususlar sadece erkek çocuklarının sünneti ile ilgili olup, kız çocuklarının sünneti hukuk düzeni tarafından yasaklanmıştır, hukuka aykırıdır<sup>906</sup>.

ÇHS'nin m.24/3 'de "Taraf Devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar."<sup>907</sup> Hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hüküm ve sünnete yönelik tartışmalar Almanya'da özellikle sünnet konusunda verilen bir kararla gündeme oturmuştur. *Erkek çocukların sünneti - knaben (zirkumzision)*; dini motifler içeren bir fiildir. Doktrinde *her türlü şüpheden uzak olarak* bunun Alm. CK 223. Madde bakımından tipik olduğunu düşünenler de mevcuttur. Ancak bu yazarlara göre; yasal temsilcilerinin veya vasilerinin rızası ile bu gerçekleştirilebilir<sup>908</sup>.

Köln Eyalet Mahkemesi (Landgericht) 1. Ceza Dairesi'nin (Strafkammer) 151 Ns 169/11 sayı ve 7.5.2012 tarihli kararıyla Müslüman ailenin 4. Yaşındaki çocuğunu sünnet ettirmesine dair rızasının, sosyal endikasyon –topluma uygunluk-gerekeşiyle kabul edilemeyeceği ve Alm. CK m. 223/1 uyarınca suç teşkil ettiğine karar vermişti. Yargılama sonucunda hekimin kaçınılmaz haksızlık yanılığından yararlandığı bu olay<sup>909</sup> geniş yankı uyandırmıştır. Karara göre, Ayırt etme gücüne

<sup>903</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.433; Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.204; Hakeri hakkın icrası kavramına örnek olarak kan ve organ nakli, kürtaj, deney ve kısırlaştırmayı da dahil etmektedir. Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.434.

<sup>904</sup> 1219 sayılı kanun madde 58 6514 sayılı kanun 26.madde ile mülga olmuştur.

<sup>905</sup> Aynı doğrultuda Üzülmüş, s.38; Mevzuatımızda buna izin veren özel düzenleme olmadığı görüşü ve sosyal hareket teorisi için bkz. Ayrıca yazar ailenin rızası ile diğer tıbbi müdahale şartlarına uygun gerçekleştirilen sünnet açısından ayrıca bir düzenlemeye gerek olmadığını savunmaktadır. Ayşe Nuhoğlu, "Sünnet ve Ceza Hukuku", Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFHAD, Yıl:2013, Cilt:19, S:2,Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.218-219.

<sup>906</sup> Aynı örüşte bkz. Nuhoğlu, s. 212.

<sup>907</sup> (Çevrimiçi), [http://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23a.html](http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23a.html), , 29.09.2014 .

<sup>908</sup> Wessels/ Beulke/ Satzger, AT<sup>45</sup>, §11 kn 556.

<sup>909</sup> Haksızlık yanılığısı hukukumuzda da TCK m.30/4'te yer almaktadır.

sahip olmayan bir küçüğün ailesinin rızası ile tıbbi müdahale şartlarının tamamının gerçekleşerek sünnet eden doktorun fiilinin Alm. CK m. 223/1 uyarınca kasten yaralama suçu olduğuna karar vermiştir<sup>910</sup>.

Kamuoyunda da tepkiler alan bu mahkeme kararının ardından; Alman Kanun koyucular tarafından 28.12.2012’de yürürlüğe girmiş olan BGB (Alman MK) m. 1631d/1 uyarınca sünnete dair düzenleme yapılmıştır<sup>911</sup>. İlgili sözleşme maddesinin ihlali niteliğine gelip gelmediği hususunda da doktrinde tartışmalar mevcuttur<sup>912</sup>. Almanya’da da ortaya çıkan bu olumlu gelişme sadece erkek çocukları ilgilendirmekte olup; kız çocuklarının sünnetinin her türü hukuka aykırı kabul edilmektedir<sup>913</sup>. Öte yandan, Alman MK m. 1631c çocukların kısırlaştırılması bakımından, rıza açıklanması yasaktır<sup>914</sup>.

Güney Afrika’da da önemli bir grup Musevî yahut müslümandır, bu sebeple erkek çocukları açısından sünnet noktasında Türkiye’de olduğu gibi bu alanda da ebeveyn rızasının, böylesine bedensel bir zararı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı

---

<sup>910</sup> Nuhuğlu,s.212; Özetle Köln Cumhuriyet Savcılığı tarafından düzenlenen iddianame ile sünneti gerçekleştiren doktor hakkında kasten yaralamanın nitelikli halinden açılan dava, Köln Sulh Ceza Mahkemesinin sanık doktorun fiilinin Müslüman bir topluma ait bir geleneğin uygulanması olduğu ve sünnetin yararları gerekçesiyle ailenin rızasıyla gerçekleştiğinden dolayı hukuka aykırı bulunmamıştır. Fakat Köln Eyalet Mahkemesine taşınan davada kasten yaralamanın basit halinin gerçekleştiği, küçüğün kendi kaderini belirleme ve vücut dokunulmazlığı haklarının ailenin dini eğitim verme hakkından daha öncelikli olduğu, çocuğun esenliğini ihlal ettiği ve hak sahibi küçüğün rızasının olmadığı olsa bile rıza açıklama yeterliliğinin olmadığı gerekçelerine dayanılmıştır. Sonucunda Müslüman olan doktorun ailenin dini gerekçelerle çocuklarını sünnet ettirmek istemelerini hukukten haklı olduğunu düşünerek kaçınılmaz bir haksızlık yanılığına düşmüş ve mahkeme de doktorun kaçınılmaz haksızlık yanılığısı sebebiyle Alman Ceza Kanununun 17/1 uyarınca kusursuz olduğuna karar vermiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. Nakleden Üzülmöz, s.34 vd.; Bkz. Nakleden Nuhuğlu, s.212vd; Karar için bkz. Yasemin Baba, “Köln Eyalet Mahkemesi’nin 151 NS 169/11\* Sayılı “Sünnet”Kararı”, **Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:7**, Ekim 2012, 93-97.

<sup>911</sup> Madde metninin çevirisi için bkz. Nuhuğlu, s.216;Üzülmöz Alman Medeni Kanunu’na eklenen yeni hükmün sakıncalı olduğunu savunmaktadır. Yazara göre sünnet, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir alanda yer almaktadır. Bkz. Üzülmöz, s.37.

<sup>912</sup> Christian Fahl, “Köln Eyalet Mahkemesi’nin “Sünnet Kararı” ve Ceza Hukukuna Etkisi”, 2012 Yılında Alman Ceza Hukukunda Öne Çıkan Yargı Kararları, **Ceza Hukuku Dergisi, Sayı:21, Nisan 2013**, Koordinatör:Hans Kudlich, Çev. İlker Tepe Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.225-226.

<sup>913</sup> Yazar söz konusu ayırım bakımından cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılığa yönelik anayasal korumanın ihlal edildiğini düşünmektedir. Bkz. Fahl, “Köln Eyalet Mahkemesi’nin “Sünnet Kararı” ve Ceza Hukukuna Etkisi”, s.225-226; Nuhuğlu, s.212.

<sup>914</sup> Frister, **AT**<sup>6</sup>, §15 kn.10.

tartışılmaktadır. 21. Yy'da başlayan çocukların yüksek yararı ilkesi, bu konuda daha uzun yıllar tartışmaların süreceğini göstermektedir. Geleneksel yahut dinsel Saiklerle açıklanan rıza, tıbbi endikasyon olmadığı gerekçesiyle reddedilir mi? Din özgürlüğü ve beden bütünlüğü haklarının yarıştığı bu durum nasıl çözümlenebilir<sup>915</sup>? İnceleme konumuz bakımından değerlendirecek olursak, ayırtım gücüne sahip olmayan küçük çocuklara yönelik bir tıbbi müdahaleye küçüğün rıza gösterme kapasitesinin olmadığı açıktır. Söz konusu hakkı kullanacak olan 1219 sayılı kanunun 70.maddesi ve Medeni Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca küçüğün anne-babası yoksa vasisidir. Ancak ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından da benzer bir durum ortaya çıktığında mümkün olduğunca çocukların da bu bedensel müdahale bakımından rıza açıklamaları sağlanmalıdır. Kanaatimizce çocukların ayırt etme gücünün olduğu durumlarda, sünnet olmak istememeleri durumunda ailenin dinsel bakış açısı gerekçesiyle müdahalede bulunulamaz. Bu nedenle rıza açıklayabilecek çocukların gerekli aydınlatmanın yapılmasından sonra, sünnet fiiline rıza göstermiyorsa çocuk zorla sünnet edilemez<sup>916</sup>. Çünkü sünnet fiilleri, kasten yaralama suçu bakımından tipik fiillerdir. Burada açıklanacak rıza, Hukuka Aykırılığı kaldıran rızadır ve fiilin hukuka aykırı oluşmasını engelleyecektir.

## **K. Önemsiz Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirme**

Günümüzde günlük karşımıza çıkan tıbbi müdahaleler de önemli bedensel etkiler doğurmaktadır. Bunların da riskleri olmadığını söylemek mümkün değildir<sup>917</sup>. Kanaatimizce önemsiz dahi olsa her zaman hastalardan aydınlatma sonrası rıza alınması gerekmektedir. Uygulamada da artık tedavi kapsamında vurulacak iğne yahut alınacak kan dahi olsa, aydınlatılmış onamın yazılı alındığı en azından özel sağlık kurumlarında görülmektedir. Ancak gerçekleştirilecek olan müdahaleye dair açıklamanın yapılmadığını, sadece bir kağıt israfından ibaret bir uygulamanın da

---

<sup>915</sup> Kemp/Walker/Palmer/Baqwa/Gevers/Leslie/Steinberg, s.115.

<sup>916</sup> Dini nedenlerle gerçekleştirilen sünnet, genellikle rıza açıklama yeteneği olmayan çocuklar üzerinde gerçekleştirilen müdahalelerdir. Ancak ayırt etme gücüne sahip çocuklar üzerinde gerçekleştirilecek ise, çocukların aydınlatıldıktan sonra açıkladıkları iradelerine saygı duyulması esastır. 16 yaşında bir çocuğun zorla sünnet ettirilmesi mümkün olmadığı kanaatindeyim.

<sup>917</sup> Odenwald,s.123.

bedensel bütünlüğe az ya da çok müdahalede bulunan fiili hukuka uygun kılmamaktadır. Sadece toplumsal hafızada bunlara dair yan etki görülmesi durumunda olay mahkemeye taşınmaktadır.

Genellikle önemsiz tıbbi müdahaleler fazla risk teşkil etmez. Bu tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onam alınmamaktadır. Gözardı edilebilen önemsiz riskler kapsamında görülmektedir<sup>918</sup>. Bu müdahalelerde esasında imzalanmış bir onam formu gerçekten rıza gösterilmesi için gerekli değildir. Formun yokluğunda dahi kişi rıza açıklamış olabildiği durumlar da vardır. Genellikle önemsiz tıbbi müdahaleler ve her gün karşılaşılan tıbbi girişimlerde sıklıkla karşılaşılır<sup>919</sup>. Önemsiz tıbbi müdahalelerde, eğer daha az risk varsa; rıza yazılı olmayabilir<sup>920</sup>. Yine de mukayeseli hukukta bir görüşe göre, ayakta tedavi olan hastalarda ve polikliniklerde, aydınlatılmış onamın varlığına büyük önem vermeye başlandığı da görülmektedir. Özellikle de hastalar ile belirli bir uzlaşma ve yardımlaşma sağlanmaya çalışılarak, hastalar daha fazla bilgilendirilmektedir<sup>921</sup>. Öte yandan kan alımı durumunda, bunun ne için alındığı ve uygulanacak prosedür hakkında mutlaka ilgiliye bilgi vermek gerekir<sup>922</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bazı hallerde toplum basit ihlallere rıza göstermiş de olabilir. Buna doktrinde “*Toplumsal uygunluk görüşü*” de adı verilmektedir<sup>923</sup>. Örneğin dikiş atılması gibi tıbbi uygulamalar, hastanın rızasıyla ve dolayısıyla cezalandırma olmaksızın her gün gerçekleşmektedir<sup>924</sup>. Bu durumda fiil Ceza Kanununa aykırıdır fakat hayatın olağan akışı bakımından kabul görülebilmektedir. Doktrinde izin verilen risk ve toplumsal uygunluk görüşü hukuka uygunluk sebebi olarak da kusurluluğu kaldıran hal olarak da değerlendirilebilmeye müsait olduğunu

---

<sup>918</sup> Parvizi/ChakravartyOg/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”,s.653.

<sup>919</sup> Stauch/Wheat/Tingle,s.79.

<sup>920</sup> Robinson, “Informed consent among people in a digital world”,s.188.

<sup>921</sup> Lurvey/Nager/Johnson, “Informed Consent: A Review”, s.195.

<sup>922</sup> Lackner/Kühl/Kühl StGB § 228 Rn. 15.

<sup>923</sup> Zafer,s.295.

<sup>924</sup> Kusch, “In Würde sterben - nur im Ausland?”, s.439.

savunan yazarlar da vardır<sup>925</sup>. Kanaatimizce ortada bir mazur görülme söz konusu olduğu durumlarda mazeret sebebi olarak kabul edilebileceği gibi, eğer bütün hukuk düzeni bakımından uygunluk yaratıyorlarsa her ne kadar ceza yaptırımı söz konusu olmasa da; eğer özel hukukta bir tazminata konu edilebiliyorsa o halde ortada hukuka uygunluk sebebi olamayacağından bunların bu ölçü baz alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.



---

<sup>925</sup> Zafer,s.296; Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **TBB Dergisi**, 69 (Mart-Nisan 2007), 55-95.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇU BAĞLAMINDA İLGİLİNİN RIZASI

#### I. Genel Olarak

Henüz yeterince denenip yeknesak bir uygulama kazanılmamış fakat kişilerin sağlığı açısından uygulanmasının kişiye fayda sağlayacağı tıbbi müdahaleler olduğu gibi; tıp bilimi de dahil olmak üzere bilimsel ilerleme kaydedebilmek amacıyla da araştırmalar yapılmaktadır. Bunlar tıbbi müdahale koşullarından olan tıp biliminin ulaştığı seviyenin daha ileriye götürülebilmesine yönelik olabileceği gibi; özellikle insan üzerinde deney açısından bilimsel nitelikte bir araştırmaya yönelik de olabilir.

Hukumumuzda TCK m.90 insan üzerinde deney ve deneme suçlarını düzenlemiştir. Sıkı şartlara bağlanan bu araştırmalar; mevzuat açısından şartları oluştuğu takdirde suç teşkil etmeyecektir. Bu gibi araştırmaların sonucunda da vücut bütünlüğüne bir müdahale gerçekleştirilmektedir. İlgilinin rızası alınırken aydınlatma kapsamının genişleyeceği bu müdahalelerde hekimin göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü de artmaktadır<sup>1</sup>.

Öte yandan da AY m.27’de bilimsel özgürlük güvence altına alınmıştır. Maddeye göre “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” Araştırmalardan beklenen fayda ile insanların yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakları arasında karşı karşıya gelmektedir. AY m.27 uyarınca herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bunun sınırlarının AY m17’de belirtildiği savunulmaktadır. Öte yandan

---

<sup>1</sup> Ayan, s.12; Taneri, s.211; Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”,s.10.

AY m. 27 ve 17’de rıza için başka şartların aranmadığı da savunulabilir. Ancak AY m.17’de temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından rıza dışında başka şartların da ele alınabileceği de doktrinde belirtilmektedir<sup>2</sup>. Özgürlük ortamı sağlanmadan bilimsel araştırmalar yapılsa da, bu sınırsız bir hak değildir. Burada toplumsal menfaat ve deney-denemeye tabi olacakların fayda-yarar dengesi gözetilmelidir. Buradaki menfaat çatışması sadece kişi otonomisi kavramı ile de çözülemez. Çünkü ilgilinin rızası her zaman gerçekleştirilecek deney ve deneme fiillerine hukuka uygunluk bahşetmez<sup>3</sup>. Kişi ölümü pahasına bir deneyde gönüllü olamaz. Deneyin sonucunda kişinin hayati fonksiyonları ciddi derecede etkilenecekse ilgilinin rızası hukuk tarafından tanınmaz. İlgilinin rızasının da bir sınırı vardır.

Tıbbi müdahalelerin geçerlilik şartlarından birisi, güncel tıbbın seviyesinde geçerli addedilen bir müdahaleyi gerçekleştirmektir; fakat tıp biliminin gelişebilmesi de yeni araştırmalarla olmaktadır<sup>4</sup>. Bu araştırmaları sıkı şartlara bağlı tutmak devletin insanlar üzerindeki sorumluluğunun bir yansıması olmakla birlikte, bunu hiç uygulanamaz hale de getirmesi gerekir. AY m.27’de yer alan hakkın, diğer temel hak ve özgürlükler lehine sınırlanabilmesinin hukuka uygun olduğu vurgulanmaktadır<sup>5</sup>.

İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinde, yeni yöntemlerin tıbbi bir standardın kapsamına girmesi için çaba sarf edilmektedir<sup>6</sup>. İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin çerçevesini çizebilmek için tıbbi müdahale kavramından bahsetmemiz gerekdir. Tıbbi müdahaleler; yaygın uygulanan prensiplere göre her hasta için bireyselleştirilerek uygulanırlar. Özünde hekim bir tıbbi müdahaleyi uygularken tıbbi bir deneye girişmektedir. Her tıbbi müdahale aslında bir deney

---

<sup>2</sup> Ersan şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.614-615.

<sup>3</sup> şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.475.

<sup>4</sup> “İster klinik araştırma, ister deney, ister deneme olsun, hepsinin ortak noktası, tıp alanında yeni olan bir hususun standart hale dönüşüp dönüşmeyeceğinin belirlenmesi çalışmasının yapılmasıdır.” Bkz. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.299; Bkz. Cin, “İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı”, s.168.

<sup>5</sup> şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, s.616.

<sup>6</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.299.

olarak kabul edilebilir<sup>7</sup>. Çünkü insan bedeni ne kadar keşfedilirse keşfedilsin; hâlihazırda bilinmeyenlerle doludur. Fakat her tıbbi müdahalenin deney olduğunu kabul edersek; her uygulamanın hukuka uygun addedilmesine sebep oluruz. Hukuk da bu şekilde belirsiz bir icraya izin vermez. Çünkü kişinin vücut dokunulmazlığı anayasal düzeyde korunan bir insan hakkıdır ve buna müdahalenin de sınırı AY m.17’de açıkça belirtilmiştir. İnsan üzerinde tıbbi deney ve denemeler ile tıbbi müdahale ayrımı kullanılan metotlara ve araçlara bakılarak yapılabilir. Çünkü tıbbi müdahalede yeknesak bir uygulama varken; bu tarafta belirsizlik arz eden bazı metotlar ve araçlar kullanılmaktadır<sup>8</sup>. Bazen tıbbi müdahaleler, uygulanışları sebebiyle adeta insan üzerinde deney veya denemeye dönüşebilirler. Örneğin hastaya binlerce kez ilaç verilmesi sonucunda, ortaya çıkan idiyosenkrazi<sup>9</sup> sebebiyle hastada beklenmeyen bir sonuç gerçekleştiğinde bu da bir deneyin sonucu mudur yoksa bir tıbbi müdahalenin yan etkisi midir?<sup>10</sup> Bunun belirlenmesi ile her somut olayda ilgilinin rızasının şartları ve bunun hukuki etkisi bakımından bizi farklı sonuçlara ulaştıracaktır.

Doktrinde bir görüşe göre; insan üzerinde deney ve deneme suçları bakımından yaralama suçu gerçekleşmeyecektir. Çünkü gerçekleştirilen fiile izin verilmiş olmasına yönelik değerlendirmeler, izin verilen risk düşüncesi sebebiyle suçun unsurları değerlendirilmesi yapıldıktan sonra yapılacaktır. Öte yandan “*izin verilen risk*” öğretide tartışmalı bir konudur. Hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi durumunda hukuka aykırılığı kaldıracak aksi halde ise objektif isnadiyeti kaldıracaktır<sup>11</sup>. TCK m.90’dan önceki mevzuat değerlendirildiğinde, çelişkili ifadeler barındırdığını hatta bazı düzenlemeler sebebiyle adeta bu araştırmaların hiç yapılamayacağı sonucuna da varılabilmekteydi. Fakat mevzuattaki bu değişiklik

---

<sup>7</sup> Marshall, s.55.

<sup>8</sup> Benzer görüşte bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.159.

<sup>9</sup> Özgün duyarlılık, rastlantısal tepki olarak nitelendirilir.

<sup>10</sup> Marshall, s.55.

<sup>11</sup> Değerlendirmeler için bkz. Zafer,s.295; Detaylı açıklamalar için bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.

sebebiyle sıkı şartlara bağlanmış olsa da, insan üzerinde deney ve deneme yapılabilmesine hukuk düzenimiz cevaz vermektedir.

## II. İlgili Kavramlar

### A. İnsan Üzerindeki Araştırmalar

#### 1. Klinik Araştırma

Yeni bir ilacın insanlar üzerinde uygulanarak çıkan sonuçlarla belirli standartlara varılması da bilimsel açıdan mümkündür. Klinik araştırma olarak tanımlanan bu fiiller, bir laboratuvar ortamında olabileceği gibi hekimin ilaç tavsiye etme yükümlülüğü kapsamında da uygulama alanı bulabilirler. İnsan üzerinde ilaç deney ve denemelerine klinik araştırma adı verilmektedir<sup>12</sup>.

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek 10.maddede insan üzerinde deney ve deneme terimlerini kapsar nitelikte klinik araştırma kavramı kullanılmaktadır. Ayrıca İBÜKHAY<sup>13</sup> m.2’de de klinik araştırma terimini kullanmaktadır. İBÜKHAY m.4/t uyarınca klinik araştırmalar tanımlanmıştır<sup>14</sup>. Sağlık Bakanlığının İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu m. 2.35<sup>15</sup> uyarınca da klinik araştırmalar tanımlanmıştır.

---

<sup>12</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.303.

<sup>13</sup> İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 13.04.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28617, Ayrıca bu yönetmeliğin adı “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik” iken 25/6/2014 tarihli ve 29042 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile metne işlendiği biçimde değiştirilmiştir.

<sup>14</sup> İBÜKAHY m. 4/t uyarına “Klinik araştırma: Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmalarını” kapsamaktadır.

<sup>15</sup> “2.39.Klinik Araştırma: Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak, advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek, güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmalarıdır.” (Çevrimiçi), <https://www.titck.gov.tr/PortalAdmin/Uploads/UnitPages/%C4%B0yi%20Klinik%20Uygulamalar%C4%B1%20K%C4%B1lavuzu.pdf> , 05.08.2016 .

Bilimsel deney kapsamında sadece tıbbi deneyler girmemektedir<sup>16</sup>. Bilimsel bir uzmanlık için uğraşta bulunulan araştırmalar da bu kapsamdadır<sup>17</sup>. Kaldı ki, zaten araştırmaların sınırları da İBÜKAHY ile çizilmektedir<sup>18</sup>. Bilimsel olmayan deneylere ilişkin de ayrı bir suç tipi de düzenlenmesi ile doktrindeki konuya dair eleştiriler giderilebilecektir<sup>19</sup>. Ancak bilimsel olmayan deneylerin mevzuatımız bakımından, failin kastına göre değerlendirme yapılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır<sup>20</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre insan üzerindeki araştırmalar araştırmalar; bilimsel araştırmalar, tıbbi araştırmalar ve tıbbi araştırmaların daha ileri boyutu olarak klinik araştırmalar olarak araştırmalar sınıflanabilir. Klinik araştırmalar da bilimsel amaç taşıyorlar ise deney, tedavi amacı taşıyorlar ise deneme olarak değerlendirilebilir<sup>21</sup>.

## 2. İnsan Üzerinde Deney

Deney; “*Bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübe*” anlamına gelmektedir<sup>22</sup>. Ayrıca “*standardın aşılması*”<sup>23</sup> anlamına da gelmektedir. TCK m.90 gerekçesinde ise insan üzerinde deney “*bilimsel çalışmanın ilk aşamaları*” olarak tanımlanmıştır<sup>24</sup>. İnsan üzerinde esasında deney yapmak suç teşkil etmektedir. Bu ancak belirli şartlar altında suç teşkil etmeyecektir<sup>25</sup>.

---

<sup>16</sup> Üzülmüş, s.120.

<sup>17</sup> Aysun Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **I. Ulusal Sağlık Hukuku “Klinik Araştırmalar Ve İlaç Hukuku” Sempozyumu**, Ed. Aysun Altuntaş/Hamide Tacir, 185-231, 2014. s.202.

<sup>18</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.81.

<sup>19</sup> Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, s.153.

<sup>20</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.251.

<sup>21</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.483.

<sup>22</sup> (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74db2bbb31.21363361](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74db2bbb31.21363361), 28.10.2014 .

<sup>23</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.299.

<sup>24</sup> (Çevrimiçi), [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/130.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/130.doc), 28.10.2014 .

<sup>25</sup> Özçetin/Balaban, s.103.

Bilimsel araştırma amacı taşıyan insan üzerinde gerçekleştirilen deneyler salt bilimsel bir amaç da taşıyabilir ve tıp bilimi dışında yahut tıbbi olarak da yapılabilirler<sup>26</sup>. Mevzuatımız buna izin vermektedir. Helsinki Deklarasyonunda bu gibi yeni tıbbi müdahalelere ilişkin “*tedaviye yönelik araştırma faaliyetleri*” ve “*deneyisel araştırma faaliyetleri*” olmak üzere ikili bir ayırım getirildiği görülmektedir<sup>27</sup>. Bu araştırmalar karşımıza ilaç araştırmaları olarak yahut genetik alanındaki araştırmalar olarak da çıkabilmektedir<sup>28</sup>. İnsan üzerinde gerçekleştirilen her türlü müdahale, eğer İBÜKAHY m.2 kapsamında ise insan üzerinde deney olarak değerlendirilebilir<sup>29</sup>. Terim kargaşası yaşamamak için sadece araştırma kavramının kullanılmasını da doktrinde öneren görüşler bulunmaktadır<sup>30</sup>. Özetle, deney bilimsel araştırmanın ilk aşamasıdır ve daha sonra da aktaracağımız üzere mutlaka ilgilinin rızası alınmalı ve etik kurul izni gerekmektedir<sup>31</sup>.

Deneyleri şöyle ayırabiliriz: 1- Bazı deneyler hem araştırmacını hem de gönüllünün hangi tedavinin kararlaştırıldığını bildiği açık deneylerdir. 2-tek-kör deneylerde ise sadece araştırmacılar hangi süjenin nasıl bir girişime maruz kaldığını bildiği deneylerdir.3- Çift kör deneylerde ise –ki bunlara doktrinde double-sahte (örn: Placebo) deneyler de denilir- hangi girişimin uygulandığını ne araştırmacı ne de süjeler bilirler. Genellikle de ilaç araştırmalarında kullanılmaktadır<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> Aksi görüşte bkz. Ayan, s.14; “..insan bedeni hekimin cerrahi tekniğini ispat edebilmesi için bir maharet alanı veya bilimin gelişebilmesi için bir deney aracı olarak hiçbir zaman ortaya konulamaz.” Sulhi Dönmezer, “Hastanı Hakları ve Doktorun Sorumlulukları”, Sempozyum notlarından aktaran Bkz.Bayraktar;s.161 dip not 76; Salt bilimsel amaçlı deneylerde iyileştirme amacı bulunmamaktadır. Fakat iyileştirme amacı taşıyan tıbbi deneyler de yapılabilir. Bkz. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.303; Deney türleri bakımından herhangi ayırım gözetmeksizin TCK bünyesinde yaptırım altına alınmıştır. Kanun koyucu eğer sadece tıbbi deneyleri kastetmiş olsaydı, buna yönelik bir madde formülüzasyonuna gidebilirdi. Fakat kanun koyucunun böyle bir ayırma gitmemiş olmasından bahisle bilimsel deneyleri hem salt bilimsel deney hem de tıbbi deney olarak yaptırıma bağladığı şeklinde anlamaktayız.

<sup>27</sup> Ayan, s.12 dip not 37.

<sup>28</sup> Bkz.Cin, “İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı”, s.168.

<sup>29</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.83; Gülsün Ayhan Aygörmez-Uğurlubay, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:1** Yıl 2015, s.192.

<sup>30</sup> Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”,s.167; Aygörmez-Uğurlubay,s.195.

<sup>31</sup> Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.78.

<sup>32</sup> Marcelo Shibata/Marcus Flather/Diego Perez de Arenaza, “Design issues in observational studies and randomized trials”, **Handbook of Clinical Trials**, Ed.Marcus Flather/Hazel Aston/Rod Stables, 1st Edition, London, ReMedia Publishing, 2001,s.10

Deneylerde beklenen yararlar ve riskler bir araştırma programının aksine, test edilmiş veya kanıtlanmış değildir. Ancak tıbbi müdahaleler, sözde tedavinin bilimsel geçerliliği değerlendirmek için verilerin sistematik incelemeyi ve veri toplanmasını gerektirmemektedir<sup>33</sup>. O halde, tedavi yapıldığında bunlara dair sistematize bir takım verilerin elde edilmesine yönelik bir amaç söz konusu ise artık tıbbi müdahaleden bahsedebilmemiz de mümkün olamayacaktır. Bu sebeptendir ki, kişilere yapılan tıbbi müdahalelere yönelik olarak eğer istatistiksel bir sonuç dahi çıkartılacak ise; bu verilerin toplanabilmesi için o tıbbi müdahalelere katılan kişilerin rızası alınarak yapılması gerekmektedir. Bunun için de muhakkak aydınlatma yapılması gerekmektedir.

### 3. İnsan Üzerinde Deneme

Deneme; sözlükte “*denemek işi, sınama, son biçimini bulmamış, taslak durumunda olan*”<sup>34</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme olarak da adlandırabileceğimiz insan üzerinde deneme; bir hastanın üzerinde uygulanacak olan tıp biliminin verilerine göre henüz kesin sonuçlar verilemeyen müdahalelerdir<sup>35</sup>. Ya da “*..önceden uygulanmayan ve insan vücudu üzerinde etkileri kesinlikle bilinmeyen ameliyelerin tedavi ... amacıyla uygulanması*” anlamında da kullanılabilir<sup>36</sup>. TCK m.90 gerekçesinde ise insan üzerinde deneme fiilleri; “*bilimsel amaçlı deney sonuçlarının henüz bir kesinliğe varmasa da, hastanın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemi*” olarak tanımlanmıştır<sup>37</sup>.

Hastanın, yeni ve daha önce denenerek yeknesaklık kazanmamış bir yöntemle iyileştirilmeye çalışılması durumunda insan üzerinde deneme fiili gerçekleştirilmiş

---

<sup>33</sup> Plomer,s.47.

<sup>34</sup>(Çevrimiçi),

[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74e1d6cda6.20874385](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74e1d6cda6.20874385); ,28.10.2014 .

<sup>35</sup> Özlem Yenerer Çakmut, ”Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2011, s.283; Özçetin/Balaban,s.103.

<sup>36</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.159.

<sup>37</sup> (Çevrimiçi), [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/130.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/130.doc),28.10.2014 .

olur. Yeni bir yöntemin hastaya uygulanabilmesi için yapılacak olan aydınlatmanın kapsamı da genişleyecektir. Çünkü hekimin bu uygulamayı neden gerçekleştirdiği ve bu uygulama ile varmak istediği sonuç da detaylı şekilde hastaya aktarılmalıdır. Alışlagelmiş tıp biliminin ulaştığı seviye hastanın tedavisine yanıt veremeyecek olması durumunda deneme gerçekleştirilebileceğinden; güncel tıp biliminin seviyesinde başka bir tedavi yöntemi uygulanabilir nitelikteyse artık insan üzerinde deneme fiili gerçekleştirilmemelidir. Ayrıca uygulanacak olan yöntemin hukuki ve ahlaki olması da zorunludur<sup>38</sup>.

Öte yandan insan üzerinde deneme bazen tıbbi açıdan da hekime uygulama zarureti getirebilir. Şöyle ki; hekim tıp biliminin vardığı güncel seviyeyi kendi ihtisas alanı açısından takip etmek zorundadır. Eğer yeni yöntem alışlagelmiş tıbbi uygulamada daha fazla iyileştirme imkanı taşıyorsa, hekimler hastalarının rızaları ve kanunda açıklanan şartlarının bulunması kaydıyla insan üzerinde tedavi amaçlı deneme fiili gerçekleştirebilirler<sup>39</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiilleri; hasta bir kişiye uygulanan, hastalığa dair varılmak istenen faydalara yönelik tıbbi anlamda kati sayılmayan uygulamalardır<sup>40</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; Helsinki standartlarına uygun olmayan muhtemel bir araştırma eğer yapılır ise, Helsinki standartlarına uymayan tüm araştırmaları yasaklanır ve birçok tıbbi araştırma denetiminden geçemez veya terk edilmesi gerekir<sup>41</sup>. İnsan üzerinde deneyden farklı olarak, denemelerin tedavi maksatlı olarak yapılması gerekmektedir<sup>42</sup>. Öte yandan TCK hükümleri değerlendirildiğinde ise; insan üzerinde deneme fiilinin hukuka uygun addedilebilmesi için bunu gerçekleştiren kişinin mutlaka uzman hekim olması ve insan üzerinde deneme fiillerinin de mutlaka hasta üzerinde gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna

---

<sup>38</sup> Ayan, s.13.

<sup>39</sup> Benzer görüşte Ayan,s.14.

<sup>40</sup> Üzülmez, s.119.

<sup>41</sup> Manson/O'Neill,s.9.

<sup>42</sup> Benzer görüşte bkz. Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.53; Aksi görüşte Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler**6, s.287; Mahmut Koca, "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk", **İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi 1.Sağlık Hukuku Sempozyumu**,s.334; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s.226.

varılmaktadır<sup>43</sup>. Tıbbi müdahale ve tıbbi araştırma arasındaki sınır da, ancak doktrinde bir görüşe göre; Helsinki Deklarasyonu m.28'de bir parça da olsa çizilmiştir<sup>44</sup>. Kanaatimizce Helsinki Deklarasyonu dahi, tıbbi araştırmayı tarif etmemekle birlikte, sadece belirli kurallarını aktarmaktadır.

## **B. Klinik Araştırma Dönemleri**

### **4. Klinik öncesi**

Klinik öncesi dönemde araştırma, insan üzerinde uygulanmamaktadır. Bu araştırma; ilaç etkinliği, toksisite ve farmakokinetik<sup>45</sup> bilgi için bir araştırmacı tarafından yapılmaktadır<sup>46</sup>. Her şeyden önce etken maddenin bulunması gerekmekte ve bulunduktan sonra çeşitli testler geliştirilmektedir<sup>47</sup>.

### **5. Faz 0**

Klinik araştırmanın bu döneminde ilacın yarı ömrünün saptanması hedeflenmektedir<sup>48</sup>. “*Farmakolojik testler, hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen farmakokinetik incelemeler, toksisite deneyleri, kimyasal ve farmasötik geliştirme evresi*”<sup>49</sup> bu döneme ilişkindir.

### **6. Faz 1**

**Faz 1; İBÜKAHY m.10/1a bendinde** “*Araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesinin ve vücut fonksiyonlarına etkisinin tespit edilebilmesi için, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda*

---

<sup>43</sup> Üzülmöz, s.123.

<sup>44</sup> Plomer, s.46-47.

<sup>45</sup> İlaçların vücuda alınma ve vücuttan atılma sürelerini inceler. Farmakoloji biliminin, ilaçların vücutta emilimi, dağılımı, dönüşümü ve atılması gibi süreçleri matematiksel modeller kurarak inceleyen bir alt dalıdır.

<sup>46</sup> (Çevrimiçi), [https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017.

<sup>47</sup> Seda Kara Kılıçarslan, “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3**, s.294.

<sup>48</sup> (Çevrimiçi), [https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017.

<sup>49</sup> Kılıçarslan, s.294.

*sağlıklı gönüllüye veya sağlıklı gönüllülerde çalışılmasına imkân olmayan durumlarda hasta gönüllülere uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir. Yeni geliştirilen bir araştırma ürününün, klinik öncesi farmakolojik, toksikolojik ve benzeri araştırmaları tam ve uygun deneysel yöntemler kullanılarak yapılmadan Faz I veya I. Dönem klinik araştırmalarına geçilemez.” Şeklinde düzenlenmiştir.*

Faz 1’in amacı insanlara içine araştırma yeni ilacın ilk uygulaması ile güvenlik ve tolerebilitenin tahmini<sup>50</sup> ve hatta “güvenilirlik”tir<sup>51</sup>. Genelde sağlıklı olan 20-100 arası gönüllü üzerinde yapılan çalışmalardır. En iyi doz saptanmaya çalışılmaktadır. Bazı faz 1 çalışmalarının hasta gönüllüler üzerinde yapıldığı da görülmektedir. Örneğin kanser ilaç araştırmaları ya da HIV araştırmalarında rastlanılır<sup>52</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre ““araştırma ürününün farmakokinetik özelliklerinin, toksisitesin”den çok, “vücut fonksiyonlarına etkisi” araştırılıyor bu da somut hastalıkta bir tedavi amacı taşıyorsa” , insan üzerinde deneme olarak değerlendirilebilecektir<sup>53</sup>.

## **7. Faz 2**

**Faz 2; İBÜKAHY m.10/1b bendinde** “*Araştırma ürününün terapötik doz sınırlarının, klinik etkililiğinin ve emniyetinin araştırılması amacıyla, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanmak suretiyle denendiği klinik araştırma dönemidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

---

<sup>50</sup> Kannan, s.410.

<sup>51</sup> Alper B. İskit, ”Klinik İlaç Araştırmaları”, **Hacettepe Tıp Dergisi** 2006; C.2, S.37, s. 78 (Çevrimiçi), [http://www.tip.hacettepe.edu.tr/actamedica/2006/sayi\\_2/baslik3.pdf](http://www.tip.hacettepe.edu.tr/actamedica/2006/sayi_2/baslik3.pdf) , 16.09.2016 .

<sup>52</sup>İskit, s.78; (Çevrimiçi), [https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017 ; Step 3: Clinical Research (Çevrimiçi), <http://www.fda.gov/ForPatients/Approvals/Drugs/ucm405622.htm>, 16.09.2016 .

<sup>53</sup> Aygörmez-Uğurlubay,s.200.

Amaç “*etkinlik*” ve “*yan etkileri belirlemek*”tir. Faz 1’e göre daha fazla - birkaç yüzlerce-katılımcı ve dahakısa bir zamanda yapılır<sup>54</sup>.Faz 2 çalışmaları bazen Faz 2a –doz gereksinimlerini değerlendirmek- ve Faz 2b – reçete edilen ilaçların etkinliğini incelemek- süreçleri olarak da ayrılır<sup>55</sup>. Faz 2 çalışmalar araştırmacılara ek güvenlik verileri sağlamaktadır. Araştırmacılar bu verileri araştırmalarına dair sorularını ve araştırma yöntemleri geliştirmek için kullanmaktadır. Buradaki veriler, Faz 3 için çoğu zaman bir hazırlık sağlamaktadır<sup>56</sup>. İkinci aşamada yapılan çalışmalar, nispeten homojen ve dar kriterlere göre seçilen bir grup hasta üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.Bu aşama için önemli bir hedef, üçüncü aşamasında denemeleri için dozu ve uygulanacak rejimi belirlemektir. İkinci aşamada kullanılan dozlar genellikle, Aşama 1 'de kullanılan en yüksek dozlarda daha (her zaman değil) daha azdır<sup>57</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; bu aşamada insan üzerinde deneme söz konusudur<sup>58</sup>, ancak karşı görüşe göre ise, hastalar üzerinde de gerçekleştirilse dahi amaç tedavi olmadığından hâlihazırda araştırma devam ettiğinden, insan üzerinde deney kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>59</sup>. Bu aşama bakımından, bizim de katıldığımız bir görüşe göre; hastalar üzerinde yapılan çalışmalar olduğundan dolayı; araştırma eğer tedavi amacı güdüyorsa deneme fiilinin şartları mı oluşmuş yoksa salt bilimsel araştırma mı söz konusu olduğu somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup>İskit, s.79; Step 3: Clinical Research (Çevrimiçi), <http://www.fda.gov/ForPatients/Approvals/Drugs/ucm405622.htm>, 16.09.2016 .

<sup>55</sup> (Çevrimiçi), [https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017.

<sup>56</sup> Step 3: Clinical Research (Çevrimiçi), <http://www.fda.gov/ForPatients/Approvals/Drugs/ucm405622.htm>, 16.09.2016 .

<sup>57</sup> Kannan, s.410.

<sup>58</sup> Hakeri, İnsan Üzerinde Deney, s. 306.

<sup>59</sup> Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, s.205.

<sup>60</sup> Aygörmez-Uğurlubay, s.201.

## 8. Faz 3

**Faz 3; İBÜKAHY m.10/1c bendinde** “ *Faz I ve Faz II dönemlerinden geçmiş araştırma ürününün, araştırmanın niteliğine ve mahiyetine göre seçilmiş, yeterli sayıda gönüllü hastaya uygulanarak, etkililiği, emniyeti, yeni bir endikasyon araştırması, farklı dozları, yeni veriliş yolları ve yöntemleri, yeni bir hasta popülasyonu ve yeni farmasötik şekiller yönünden denendiği klinik araştırma dönemidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

İlaç için resmi başvuru yapılmadan önce, daha çok hasta üzerinde denenmektedir<sup>61</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; ilacın tedavi sürecindeki etkinliği, hangi dozda tedavi için uygun olabileceği bu aşamada saptanmaktadır<sup>62</sup>. Önceki çalışmalarda, daha az görülen yan etkiler fark edilmeden ortadan kalkmış olabilir. Bu çalışmalar daha büyük ve daha uzun süre içinde olduğundan, sonuçları çalışmacılara, uzun süreli veya ender görülen yan etkileri gösterme şansına sahiptir<sup>63</sup>. Aslında her tedavi, deneysel -yahut deneme niteliğinde de denilebilir- olarak kabul edilebilir. Tanı konulduktan sonraki süreçlerde esasında her hasta bir sonraki için bir birikim oluşturmaktadır<sup>64</sup>. Özellikle Faz 3 sırasında hastalar artık umudunu kaybetmiş durumdadır<sup>65</sup>. Bir hasta, muayene için gönderildiği zaman genel tedavi ile ilgili olduğu da düşünülebilir. Kaldı ki; ıza bazen sadece, çevreleyen koşullara göre anlaşılabilir<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> “Türkiye’de yeni araştırma ilacı ile ilgili klinik çalışma ve ruhsat onayları T.C. Sağlık Bakanlığı İlaç Eczacılık Genel Müdürlüğü tarafından verilmektedir. Avrupa Birliği’nde “European Medicines Evaluation Agency (EMA)”ye, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde “Food and Drug Administration (FDA)”a, “New Drug Application (NDA)” başvurusu yapılması gerekir.” İskit, s.79.

<sup>62</sup> İskit,s.79.

<sup>63</sup> Step3: Clinical Research (Çevrimiçi), <http://www.fda.gov/ForPatients/Approvals/Drugs/ucm405622.htm> , 16.09.2016 .

<sup>64</sup> Hastaların bir sonraki hastalar açısından, sadece bir birikim aracı olarak görüldükleri ve hekimlerin de mesleki öngörülerine dayanarak bazı çıkarımlarda bulunmaları gerektiği açısından eleştiriler için bkz. Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”,s.242.

<sup>65</sup> İskit, s.83.

<sup>66</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.475.

Doktrinde bu aşamada artık tamamen tedavi amacı ön plana çıktığı için; insan üzerinde deneme fiilleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde baskın görüş mevcuttur<sup>67</sup>. Kanaatimizce somut olaya göre değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Araştırma devam ediyor ise, bu aşamada da insan üzerinde deney söz konusu olabilir.

Faz 3 aşamasındaki çalışmalar daha çok, doz-tepki ilişkilerini (kan ve klinik yanıt doz arasındaki ilişkileri ilaç konsantrasyonunu), hastalığı veya diğer ilaçlar ile kombinasyon halinde bir ilaç güvenliği ve etkinliği gibi bunların farklı aşamalardaki bağlantıyı (örneğin uyuşturucu kullanımının olup olmadığını) keşfetmek için yapılmaktadır<sup>68</sup>.

## 9. Faz 4

**Faz 4; İBÜKAHY m.10/1ç bendinde** “ *Türkiye’de ruhsat almış ürünlerin onaylanmış endikasyonları, pozoloji ve uygulama şekilleri, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımlarına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda gönüllü hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma dönemidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bir ilaç ruhsatlandırıldıktan sonra ona dair yapılan araştırmalar örneğin nadir rastlanan yan etkilerin incelenmesine dair çalışmalar, bu gruba girmektedir<sup>69</sup>. Bir ilacın piyasaya çıktıktan sonra toplatılmasına, yahut kısıtlı satılmasına sebep olan durumların tespit edildiği aşamadır<sup>70</sup>. Faz 4 denemeleri içine; ek bir ilaç-ilaç etkileşimi, onaylı endikasyonları altında kullanımını desteklemek için tasarlanmış doz-yanıt veya güvenlik çalışmaları ve denemeleri, örneğin, mortalite-morbidite

---

<sup>67</sup> Hakeri, İnsan Üzerinde Deney, s. 306; Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları” , s.205-206.

<sup>68</sup> Kannan, s.410.

<sup>69</sup> İskit,s.79.

<sup>70</sup> (Çevrimiçi), [https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017.

çalışmaları, epidemiyolojik çalışmalar dahil edilebilir<sup>71</sup>. Bu aşamada da insan üzerinde deneme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler<sup>72</sup> mevcutsa da; kanaatimizce somut olaya göre değerlendirilme yapılması gerekmektedir.

### III. İnsan Üzerinde Deney

#### A. Tarihsel Gelişim

İnsan üzerinde deney bahsi yüzyıllardır var olan insanlık tarihi kadar eski bir kurumdur. İnsanlar çeşitli bitkilerle şifalandırma için uğraşmışlar ve bu faaliyetler sonucunda da tıp bilimi ilerlemiştir. Aulus Cornelius Celsus yazdığı, *De Medicina* adlı eserinde insanlar üzerinde deneylerin fayda ve zararlarına yer vermiş olup tıp alanında Floransa’da ilk basılan kitaptır<sup>73</sup>.

İnsan üzerinde yapılan deneyler konusunu, çeşitli zamanlardaki ve özellikle 2. Dünya Savaşı sırasındaki toplama kamplarındaki istismara değinmeksizin ele almak doğru değildir<sup>74</sup>. Nazi hekimlerinin gerçekleştirmiş olduğu rızasız insan üzerinde deney fiilleri Nürnberg Ceza Mahkemelerinde suç olarak kabul edilmiştir. Sonrasında **Nürnberg Kodu** olarak bilinen metinde; insan üzerinde deneylerde muhakkak “*gönüllü rıza (Voluntary consent)*” aranması gerektiği kaleme alınmıştır. O dönemde gerçekleştirilen deneylerde, savaş koşullarında haklarında ölüm kararı verilmiş olan bireyler olduğu gerekçe gösterilerek, rıza almaya dahi gerek görülmeden, üzerlerinde birçok deney yapılmıştır<sup>75</sup>. Hem hukuki hem de etik bir konu olarak ele alınabilecek<sup>76</sup> son yüzyıldaki **Nürnberg davalarında** savaş suçu

---

<sup>71</sup> Kannan, s.411.

<sup>72</sup> Hakeri, İnsan Üzerinde Deney, s. 306; Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, s.206.

<sup>73</sup> (Çevrimiçi), <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/texts/celsus/home.html>, 22.09.2017.

<sup>74</sup> Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII G.

<sup>75</sup> Konuya dair detaylı açıklamalar için bkz. Tacir, s.22-23.

<sup>76</sup> Dennis, “The Origin and Nature of Informed Consent: Experiences Among Vulnerable Groups”, s.282.

olarak değerlendirilen süreçte; Yahudiler, Çingenerler, homoseksüeller ve toplumdaki diğer korunması az gruplar üzerindeki deneyler serbest rızanın önemini hatırlatmıştır<sup>77</sup>. İlgilinin rızası, 2. Dünya savaşından sonra Nürnberg davalarında oldukça önemli hale gelmiştir. Ki, doktrinde bir görüşe göre, bu davalar doktorların nasıl birer katile dönüştüğünü anlamak için de önem arz eden bir süreçtir.

Esasında Nürnberg öncesinde de ilgilinin rızasına ilişkin hukuka aykırı durumlar söz konusu olmuştur. 1902’de Filipinler Manila’da Bilibid Cezaevinde tutuklular üzerinde yapılan kolera aşısı deneylerinde de katılımcılardan aydınlatılmış rıza alınmamıştır. Deney sonucunda bazıları da hayatlarını kaybetmiştir<sup>78</sup>. Araştırmalarda bulunulabilmesi için gönüllü olarak aydınlatılmış rıza verilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>. Gönüllü rıza, insan üzerinde deneyler açısından mutlak bir gereklilik arz eder. Bundan kastedilen, insanın rıza açıklama kapasitesine sahip olması ve her türlü irade fesadı hallerinden uzak şekilde açıklanması ile ortaya konulabilir. Çünkü kişinin bilgi sahibi olması ile karar verebilmesi mümkün hale gelir<sup>80</sup>. Doktrinde bir görüş; rıza gönüllü olmayı da içerisinde barındırdığı için gönüllü rıza kavramını kabul etmemektedir<sup>81</sup>. Kanaatimizce rıza **gönüllü** olmalıdır. Gönüllü olmaktan kastedilen ise, kişinin rızasını açıklarken iradesini etkileyecek her şeyden bağımsız seçimini yapabilmesidir<sup>82</sup>.

Nürnberg Kodu; özellikle bilimsel deneylere yönelik düzenlendiği ve sadece Nazi Hekimlerine yönelik hazırlandığı izlenimi yarattığı için doktrinde eleştirilse

---

<sup>77</sup> Julien H. Meyer, Jr, “Informed consent, informed refusal, and informed choices”, **Am J Obstet Gynecol**, August,189: 319-26, MosbyInc. 2003, s.320.

<sup>78</sup> Perihan Elif Ekmekçi, “Seçilmiş vakalarla araştırma etiğinin kısa tarihçesi”, Pamukkale Tıp Dergisi 2017;10(1), s.102.

<sup>79</sup> Hazel Aston/Jean Booth/Marriane Stuteville, “Regulatory and ethical issues in clinical trials”, **Handbook of Clinical Trials**, Ed. Marcus Flather/Hazel Aston/Rod Stables, 1st Edition, London, ReMedia Publishing,2001, s.50.

<sup>80</sup> Nelson-Marten Rich, “A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research”,s.84-85; Robinson, “Informed consent among people in a digital world”,s.188.

<sup>81</sup> Yazar çalışmasında salt rıza kavramını kullanmayı tercih ettiğini söylemektedir. Tacir, s.23 dip not 43.

<sup>82</sup> Aynı görüşte bkz.Hershey/Miller, s.57; Herhangi bir kuvvet unsurunun müdahalesi olmaksızın, özgür bir iradeyle seçebilmelidir. Bkz. Drane,s.x.

de<sup>83</sup>; kanaatimizce söz konusu metin deneyin gönüllü rızaya dayanması gerekliliği, insan onuruna yapılan vurgu ve aydınlatılmış rıza bakımından önemli düzenlemelere sahiptir. Ancak sadece yetişkinlere yönelik olarak düzenlenen bir metindir. Çocuklara ilişkin düzenlemeler, Nürnberg Kodu'nda yer almamıştır<sup>84</sup>. Zaten **Nürnberg Kodu**, yeterli bilgisi olan ve anlama kapasitesine sahip olan kişilerin rıza gösterebileceğinden bahsetmektedir. Ancak bu özelliklere sahip kişiler kendilerine sunulan aydınlatmayı anlayıp karar verme sürecine dahil olabileceği<sup>85</sup> görüşü de doktrinde savunulmaktadır. Esasında Nürnberg kodunun temeli, *volenti non fit iniuria* yani eğer kişi istemiyorsa, ona bedensel müdahalede bulunamayacağı prensibine dayanmaktadır<sup>86</sup>. Bu gerekçeler ile, **Nürnberg** kodunun kapsamına, araştırma yapılacak her insan girmektedir kanaatindeyiz.

1964 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından kaleme alınan Helsinki Bildirgesi, insan üzerinde deneyler bakımından klinik-tedavi amaçlı ve klinik olmayan- tedaviye ilişkin olmayan olmak üzere ayrımlar getirmesi bakımından önem arz etmektedir. Nürnberg Kodundan daha detaylı düzenlemeleri olan bildirmede, özellikle rıza gösteremeyecek olan kişilerin yasal temsilcileri tarafından rıza açıklanabileceği m.22-24 arası belirtilmiştir. Sadece deney yapılırken değil, bunların devamında da bu etik ilkelerin geçerli olacağı m.28'de belirtilmiştir. Zamanla birçok kez gözden geçirilmiş olan bildirge Nürnberg Kodu ile birlikte Biyo-tıp sözleşmesinin hazırlanmasına önayak olmuştur<sup>87</sup>.

İlgilinin gönüllü rızasının bulunması mukayeseli hukukta da davalara konu olmuştur. 1914'te istenmeyen bir operasyon ile tümör alınmış ve bu dava aydınlatılmış onam, ABD 'de tartışılır kılınmıştır<sup>88</sup>. Başka bir davada 22 hastaya

---

<sup>83</sup> Tacir, s. 28.

<sup>84</sup> Dennis, "The Origin and Nature of Informed Consent: Experiences Among Vulnerable Groups",s.282.

<sup>85</sup> Manson/O'Neill,s.7.

<sup>86</sup> Manson/O'Neill,s. 3.

<sup>87</sup>Tacir,s. 29-33.

<sup>88</sup> Meyer, Jr, "Informed consent, informed refusal, and informed choices", s.320.

yönelik olarak gerçekleştirilen bir deneyde etik komiteye hiçbir şekilde haber verilmeksizin, kişilere kanser hücreleri enjekte edilerek bilgi ve rızaları dışında denek haline getirilmiştir<sup>89</sup>. ABD’de konuya ilişkin ilk davalarda, rızanın kapsamı bakımından ilk olarak hastaya rızası ile mi müdahale edilip edildiği ya da hekimin hastanın rızası dışında kasten ağırlaştırılmış yaralama suçu mu işlediği konusunda değerlendirme yapmışlardır<sup>90</sup>. Yine tarihten bir başka olumsuz örnek de Porton Down deneyleri açısından verilebilir. Bu deneylerde, gönüllülerden Ronald George Maddison, 20 yaşındayken koluna birkaç damla sarın gazı damladığı için hayatını kaybetmiştir. 1990ların sonuna gelindiğinde ise, birkaç yüz askerde ciddi hastalıklar ortaya çıkmıştır. Bay Maddison’un bir soğuk algınlığı araştırmasına dair teste katıldığını iddia edilmiş ve baskı altında buna katıldığını belirtilmiştir<sup>91</sup>.

## **B. İnsan Üzerinde Deney Yapılabilmesinin Şartları**

### **1. Genel Olarak**

Ülkemizde ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen bir yenilik olan insan üzerinde deney ve deneme suçu, kanunda çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Öte yandan Almanya Federal Mahkemesinin Hukuk Komisyonuna yansımış bir davada hekim savunmasında insanların bilim adına kurban verilebileceğini belirtmiştir<sup>92</sup>. Bu savunma bize *insanın kobay gibi kullanılması tehlikesini* açıkça

---

<sup>89</sup> Nelson-Marten Rich, “A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research”,s.85.

<sup>90</sup> Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.37.

<sup>91</sup> Porton Down; kimyasal silah test etmek için, Royal Engineers Deney İstasyonu gibi 1916 yılında açılmış ve laboratuvarın Birinci Dünya Savaşı’nda İngiliz silahlı kuvvetleri tarafından klor, hardal gazı ve fosgeni kimyasal silahta kullanımına dair ilgili araştırma ve geliştirme çalışmaları olmuş bir alandır. Detaylı açıklamalar için bkz. Ulf Schmidt, “Cold War at Porton Down: Informed Consent in Britain’s Biological and Chemical Warfare Experiments”, **Camb Q Healthc Ethics**, 2006 Fall; 15(4): 366–380; Plomer,s.45.

<sup>92</sup> Hans-Ludwig Schreiber, ”İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk Tartımı”, Çev. Veli Özer Özbek, **Tıp ve Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004,s.82.

yansıtmaktadır. Bu nedenle TCK m.90'da insan üzerinde deneyin sıkı şartlara tabi tutulması oldukça yerinde olmuştur<sup>93</sup>.

Deney, esasında ilk olarak doğa bilimlerinde uygulanmaktaydı. Cansız objeler üzerinde uygulandığı için de etik tartışmalara konu olmamaktaydı. Ancak hissedebilen objeler üzerinde uygulanmaya başladığında, özellikle de tıp bilimlerindeki uygulamalar etik tartışmaları da beraberinde getirmiştir<sup>94</sup>. İster salt bilimsel ister tıbbi amaçlı olsun insan üzerinde deney *“Yalnızca tıbbi bir ürünün veya cihazın, etki ve yan etkilerinin tespitine yönelik olan ve araştırmaya katılan kişiyi tedavi amacı olmaksızın, insanlar üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar”* olarak tanımlanmaktadır<sup>95</sup>. Genellikle araştırmalarda hukuken geçerli bir rızanın, üç unsuru vardır. Bunlar; rıza verme kapasitesi, gönüllülük ve bilgi sahibi olma olarak belirtilebilir. Her birinin varlığı, sırasıyla hem terapötik (tedavi amaçlı) hem de non-terapötik (tedavi amaçlı olmayan-salt bilimsel) araştırmalarda dikkatle ele alınmaktadır<sup>96</sup>. İnsan üzerinde deneyler bakımından insan onuru ve kişinin dokunulmazlığı sorunsalları bakımından da durumun netleştirilmesi gerekmektedir<sup>97</sup>.

## 2. İnsan Üzerinde Deney Fiiline Rızanın Yöneleceği Kişi

### a. Genel Olarak

TCK m. 90/1 'de insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi hakkında detaylı bilgi verilmemiştir. Fakat maddenin düzenlenişi itibariyle bilimsel deney yapabilecek kişi ancak insan üzerinde deney fiillerini gerçekleştirebilecektir. Bu kişinin deney

---

<sup>93</sup> İnsan üzerinde deneylerde, üzerinde araştırma yapılan kişinin iyileştirilmesi amacı güdülmendiğinden çok sıkı şartlar öngörülmüştür. Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.483.

<sup>94</sup> Hans Jonas, "Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects", **Human Experimentation and Research**, Ed.George F. Tomossy/David N. Weisstub, Wiltshire, Ashgate-Dartmouth, 2003,s.220.

<sup>95</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk",s.483.

<sup>96</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.475.

<sup>97</sup> Jonas, "Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects",s.220; Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII G.

yapmaya yetkili olmaması durumunda insan üzerinde deney fiilleri değil; kasten yaralama suçunun tipe uygun hareketleri gerçekleşmiş olacaktır<sup>98</sup>.

## **b. Araştırmacı**

TCK m.90/1; bilimsel araştırma için yetkili kişiler tarafından işlenebilecektir. Bu nedenle de özgü suç olduğu kanaatindeyiz<sup>99</sup>. Doktrinde özgü suç olmadığı görüşünde olanlar da, madde metninde “*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi*” ifadesi kullanılmasını gerekçe olarak göstermektedir<sup>100</sup>. İBÜKAHY m.4/1y’de yer alan “*Sorumlu araştırmacı: Araştırma konusu ile ilgili dalda uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya dış hekim*” olarak ifade edilmiştir. Bilimsel araştırmayı yapacak kişiler de yönetmelikte belirtildiğinden dolayı, maddenin özgü suç olduğu açıktır. Bu araştırmada örneğin hasta bakıcı olarak yer alan kişiler, TCK m.40/2 uyarınca şerik olarak suça katkıda bulunabilir<sup>101</sup>. Aydınlatmanın bizzat deneyi gerçekleştiren araştırmacı tarafından yapılması gerekir. Bunun devredilmemesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır. Çünkü rızanın niteliğini saptama görevi ve sorumluluğu, deneyi başlatan, yönlendiren veya deney yapan her kişiye aittir<sup>102</sup>.

Bazı araştırmalar gerçekten çok karmaşık yapıya sahiptir. Bunun ne kadarının katılımcıya açıklanması gerektiği sorunu şöyle dursun, bunun açıklanması durumunda ifşa edilebilmesi sorunu da gizlilik bağlamında ele alınması gerekmektedir. Katılımcılar, sağlıkları gibi konular hakkında 24 saat iletişimde olabilecekleri bir kişinin de görevlendirilmesi, kişinin kendi geleceğini tayin hakkı bakımından yerinde bir düzenlemedir<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.54.

<sup>99</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.54; Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, s.198.

<sup>100</sup> Doğan, “İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları”, s.96.

<sup>101</sup> Aygörmez-Uğurlubay, s.180.

<sup>102</sup> Drane, s.x.

<sup>103</sup> Pervin Somer/Elif Vatanoglu, “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Ortaya Çıkabilecek Yasal ve Etik Sorunlar”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.394.

Unutulmaması gereken araştırmacılara esasında uluslar arası ve ulusal düzenlemeler ile ciddi bir aydınlatma yükü verildiğidir. Birçok araştırmacı, muhtemel araştırma modeli ortak özelliklerini anlamakta hataya düşmektedir. Özellikle de bu sorunlar RCT ve Placebolarda görölmektedir<sup>104</sup>. Bu gibi durumlarda dahi, araştırmacı neyi araştırdığını bilmeli, buna dair açıklamaları yapabilmek için tabiri caizse, “dersini iyi çalışmış olmalıdır”.

Terapötik araştırmalar bakımından ise; ACHRE’ye göre de Terapötik olmayan araştırmalara benzer durumlar olsa da, en azından tedaviye dair bir umut vaadedilmiştir. Araştırmaların risklerinin büyük olduğu yahut başka alternatif olduğu durumlarda, araştırmacıların sorumluluğu daha fazladır. Rıza almamaları durumunda ise sorumlulukları artacaktır<sup>105</sup>. Belirtilmesi gereken bir nokta da; bu araştırmacılara düşen sorumluluklardır. Bilindiği üzere kamu yahut özel kliniklerde çalışan araştırmacılar kişilere belirli bir süreklilikte fiillerde bulunmaktadır. Deneye katılanlar bu fiillere rıza gösterebilirler dahi, konunun mahiyetini bilmeyen kişiler açısından Ceza Hukuku bakımından işkence ve eziyet suçuna dair sorumluluklar da gündeme gelebilir kanaatindeyiz.

### c. Destekleyen

Araştırmalarda destekleyen de önem arzeder. İBÜKHAY m. 19<sup>106</sup> uyarınca gerçekleştirilen araştırma sırasında ortaya çıkan ölümle neticelenmiş veya hayatı

---

<sup>104</sup> Manson/O’Neill,s.9.

<sup>105</sup> Plomer,s.32.

<sup>106</sup> “ (1) Destekleyici, araştırma sırasında ortaya çıkan ölümle neticelenmiş veya hayatı tehdit edici şüpheli beklenmeyen ciddi advers reaksiyonlar hakkında, söz konusu bilgilerin kendisine ulaşmasından itibaren yedi günü geçmeyecek şekilde etik kurul ve Kurumu bilgilendirir. Bu vakalar hakkındaki ek bilgileri içeren izleme raporlarını, kendisine ulaşmasından itibaren sekiz gün içerisinde etik kurula ve Kuruma iletir.

(2) Diğer şüpheli beklenmeyen ciddi advers reaksiyonların tamamı, etik kurula ve Kuruma destekleyici tarafından, ilk bilginin edinilmesini takiben en geç on beş gün içerisinde bildirilir.

(3) Destekleyici, ayrıca tüm araştırmacıları ve sorumlu araştırmacıyı bilgilendirir.

(4) Destekleyici, araştırma süresince görölen şüpheli ciddi advers reaksiyonların tamamının listesini, gönüllü güvenliği ile ilgili bilgileri de içerecek biçimde, yılda bir kez, Kurumca yayımlanacak ilgili

tehdit edici şüpheli beklenmeyen ciddi advers reaksiyonları, etik kurula ve kuruma bilgilendirmekle yükümlüdür. Ayrıca bu kişiler araştırmacıları da bilgilendireceklerdir.

İnsan üzerinde deney, bir gerçek kişi yahut tüzel kişilik tarafından desteklenmiş de olabilir. Söz konusu insan üzerinde deneyin hukuka aykırı olduğunu bilen gerçek kişiler yahut tüzel kişilerin organları da iştirak hükümleri gereğince sorumlu tutulabilirler.

### 3. İlgilinin Rıza Açıklayacağı Deney Fiillerinin Amacı

#### a. Genel Olarak

İnsan üzerinde deney salt bilimsel amaç taşıyabileceği gibi tıbbi bir amaç da taşıyabilir. Doktrinde uzun yıllar insan üzerinde salt bilimsel amaç taşıyan deneylerin yapılamayacağı savunulmuştur. 2005 tarihli mevzuat değişikliğine kadar da insan üzerinde bilimsel deneye cevaz veren bir kanun metni yer almamaktaydı. Fakat detaylı olarak da açıklayacağımız üzere, insan üzerinde salt bilimsel amaçlı deney gerçekleştirilebilecektir. Kısacası İnsan üzerinde deney ikiye ayrılmaktadır. Sadece bilimsel amaç taşıyan deney ve tedavi amacı taşıyan deney<sup>107</sup>.

Doktrinde insan üzerinde salt bilimsel amaçlı deneylerin gerçekleştirilmesine karşı çıkan yazarlar olduğu gibi, savunanlar da olmuştur. Karşı çıkanlar açısından en önemli gerekçe; kişi, “sonuçları bilinmeyen bir müdahaleye tabi kılınmaktadır”<sup>108</sup>. Bu görüştekiler tıp biliminin ilerlemek için deneylere ihtiyacı olmadığını, güncel bilgilerin yeterli olduğu ölçüde deneylerin yapılmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Eğer yetersiz kalıyorsa bu durumda sağlıkta ilerleme için tedavi

---

*kılavuzlarda yer alan ara rapor formu ile birlikte etik kurula ve Kuruma bildirir. Kurum gerekli gördüğü durumlarda veya kısa süreli araştırmalarda daha kısa sürede de rapor isteyebilir.”*

<sup>107</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.201.

<sup>108</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**,s.163.

amaçlı denemelerin kabul edilebileceğini vurgularlar<sup>109</sup>. Aydınlatma sürecinde deneyin amacının da belirtilmesi gerekmektedir. Deneyi uygulayacak araştırmacıların bilimsel bir deney yapma kastında olmaları yeterlidir. Özel olarak bu kişilerin bilimsel deney amacı taşımaları aranmamıştır<sup>110</sup>. Çünkü insan üzerinde araştırmalar, bilimsel olarak geçerli ve etik olarak hukuka uygun olmalıdır<sup>111</sup>. Kanaatimizce de hukuki olarak da, insanın onurlu özgürlüğü ve özerkliğine dokunmadan gerçekleştirilmelidir. Zaten Helsinki deklarasyonu belirli standartları sağlamıştır. Bunlar referans alınarak, sadece iç hukuka uygunluk bahanesinden uzaklaşarak, insanların sömürülmesinin önüne geçilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

## **b. Yetişkinler Bakımından Değerlendirme**

### **(1) Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunun İnsan Üzerinde de Yapılmasının Gerekliliği**

İnsanı hiçe sayan ve sınırları olmayan araştırmalar elbette ki kabul edilemez<sup>112</sup>. Hukuk düzeni bu tip uygulamalara cevaz vermez. Çünkü insan, kobay olarak kullanılamaz. İnsan üzerinde deney fiilleri gereklilik yoksa yapılamaz. TCK'da aranan bu ölçütün bir benzerini Biyotıp Sözleşmesi madde 16/i ve Ek protokol madde 5'te de görmekteyiz. Eğer zaten hâlihazırda araştırmacılar insan üzerinde deney gerçekleştirilmeden de insan dışı deney ortamında yahut hayvanlar üzerindeki deneylerde araştırmalarını tamamlamışlarsa, belirli sonuçlara ulaşımlarsa bu halde insan üzerinde deney yapılamaz. Aksi halde araştırmacılar bakımından cezai sorumluluk gündeme gelecektir<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Tıbbi denemelerin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği hususunda bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.163.

<sup>110</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.123.

<sup>111</sup> Nwabueze, s.87

<sup>112</sup> Erwin Deutsch; "Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu"; çev. İrfan Yazman; s.178 (Çevrimiçi), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2894.pdf> ;,20.12.2014.

<sup>113</sup> Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII G; Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.493.

## (2) Amacın, Kişiy e Yükleği Külfet ve Kişinin Sağlığı Üzerindeki Tehlikeye Göre Ağrlığı

Fayda-zarar dengesi olarak adlandırdığımız, muhtemel fayda-risklerin bildirilmesi zarar vermeme ilkesi ile bağlantılıdır. Buna yönelik tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir<sup>114</sup>. Fakat önemli olan fayda ve zararın dengeli olması değil; gönüllüler açısından olası zararın düşük olmasıdır<sup>115</sup>. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m. 10/3'de, “*bu araştırmalarda, bireyin hakları ve sağlığının korunması her şeyin üstünde tutulur.*”<sup>116</sup> denilmekle bu şart düzenlenmiştir.

Bu amacın aranmasının sebeplerinden birisi de; insan üzerindeki araştırmada herhangi bir tedavi yönteminin yetersizliği yahut hekim hatalarından kaynaklanan bir durumun kamufle edilmesinin önüne geçmek de olabilir<sup>117</sup>. Çünkü klasik yöntemlerin uygulanmasında yapılacak bir hata da yahut olası tedavinin yetersizliğini göz ardı edilmesi ve bunun uygulandıktan sonra, müdahalenin başarısızlığı sorumluluğundan kurtulmak için; bunun deney olduğunun iddia edilmesi de gündeme gelebilir. Bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. En nihayetinde uygulayıcılar deneye tabi tutulananın insan haklarını göz ardı etmemelidirler.

Risk tartışması yapılırken, rızaya yapılan vurgu her zaman onun karakterindeki belirsizliği azaltmaktadır. Her zaman riski aza indirmek ve rızaya daha çok önem vermek zorundayız. Rızayı tanımlarken; hekimin tedavi ayrıcalığının, maksimal veya güvenilir biçimde olmasına ve bir risk varsayımına dayanması

---

<sup>114</sup> Bilge Aydın Temiz, “İlaç Klinik Araştırmaları”, **Adli Bilimciler III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, Ed. İ.Hamit Hancı/Yener Ünver, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.259.

<sup>115</sup>Şahin,”Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”,s.494; Burada risk terimi yerine zarar terimini tercih etmemizin sebebi ise şöyle açıklanabilir. Her halde insan üzerinde deney fiilleri sonucunda kişiler üzerinde vücut bütünlüğüne bir zarar meydana gelmektedir.Bu sebeple zarar kelimesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

<sup>116</sup> Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, **Resmi Gazete Tarihi:** 15.05.1987 **Sayısı:** 19461.

<sup>117</sup> Deutsch,”Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, s.178.

gerektiğinin altını çizmek gerekmektedir<sup>118</sup>. Eğer katılımcılar fazla zarara uğrayacak ve araştırmadan bu denli fayda sağlanmayacak ise, bu araştırmanın yapılması mümkün değildir. Bilimsel bir hizmet için, kişiler aşırı zarara uğratılamaz<sup>119</sup>.

Bu hususta Türk Ceza Kanununa getirilen bir eleştiri de hastanın faydasına olmayan deneylere ilişkindir<sup>120</sup>. Kanaatimizce kanunun cevaz verdiği her şey Ceza Sorumluluğu bakımından bir sonuç doğurmayacaktır; fakat elbette ki, bunun sınırı da hem uluslararası hem de ulusal mevzuattır. Ayrıca hastanın faydası kısmını da dikkate aldığımızda, zaten bilimsel araştırmaların bir de göz önünde tutulması gereken etik boyutları vardır. Kimsenin kendi vücut bütünlüğünü ve sağlığını bozacak bu tür fiillere rıza gösterme ehliyeti yoktur. Her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı da olsa, bu tip müdahalelere hukuk izin vermeyecektir. Her şeyden önce bir kurul denetiminden geçerek izin alınan böylesine sıkı şartları olan bir müdahalenin salt tıbbi amaçlı yapılması gerekmemektedir. Çünkü insan üzerinde deney bilimsel olmak kaydıyla tıbbi amaçlı da başka bir bilimsel amaçla da yapılabilecektir. Fakat elbette bu sınırsız değildir. Hastanın faydasına olmasa da deney yapılabilir. İlla böyle direkt bir fayda aranmamalıdır. Çünkü sağlık kişiler üzerinde de araştırma yapılmaktadır.

İnsan onuruyla bağdaşmayan acı verici yöntemlerin, insan üzerinde deney gerçekleştirilirken uygulaması kriteri tarihi bir gelişim sonucudur. Fayda ve risk dengesi doğru kurulmalı, insan üzerinde ne pahasına olursa olsun deney yapılması arzu edilmemelidir. Kanun koyucu bu kriteri aramakla bunun önüne geçmiş ve insana insan olduğundan dolayı sahip olduğu hakların zarar görmesini önlemek için böyle bir koşul aramıştır<sup>121</sup>. *Tuskegee Sifiliz çalışmaları*, siyahilere kötü kanları için penisilin verileceğine dair bilgi verilerek gerçekleştirilmiştir<sup>122</sup>. Bu araştırmalarda

---

<sup>118</sup> Jonas, "Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects", s.241.

<sup>119</sup> Kılıçarslan, s.296.

<sup>120</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.206.

<sup>121</sup> Benzer düşüncede Deutsch/Spickhoff, nakleden Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.207.

<sup>122</sup> Meyer, Jr, "Informed consent, informed refusal, and informed choices", s.320; Nelson-Marten Rich, "A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research", s.85-86.

beyaz ve siyahlar arasında sifiliz hastalığının seyrini tespit etmek amaçlanmıştır. Ancak hasta olmayan 200 kişiye de bu hastalık bulaştırılmıştır. Kişilerden aldatma ile alınan rızalarının<sup>123</sup> ve böyle bir aydınlatmanın hukukiliği dahi tartışılmaz. Çünkü katılımcılardan kendilerine nasıl bir fayda ya da zarar sağlayacağını bilmeden, insan onuruna aykırı şekilde açıklamalar yapılarak sözde aydınlatılmış onamları alınmıştır. Oysaki aydınlatılmış onam; interaktif bir araştırmacı- gönüllü ilişkisinin varlığını mecbur kılar. Çünkü araştırmaya rıza gösterirken, gönüllülerin kendilerine yarar sağlamayacağını dahi bilmeleri gerekir<sup>124</sup>.

Salt bilimsel deneyler bakımından, yarar-zarar dengesinin nasıl ölçüleceği konusunda net bir ölçüt bulunmamaktadır<sup>125</sup>. Fakat bu denge uluslararası metinler ile giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin Seul-2008 Bildirgesi m. 18’de fayda-zarar dengesinin önemszenmesi gerekliliğine atıf yapmıştır. Biyotıp Sözleşmesi m.16/ii bakımından da orantısız yarar sağlayan araştırmalar yasaklanmıştır.

AZT placebo-Kontrol deneyi, bazı Afrika ülkelerindeki yerel halk üzerinde zidovudine (AZT) denenmesine dair yapılmıştır. HIV transmission konulu araştırmalar için açılan davada, gelişmiş ve gelişen ülkelerdeki standartların benzer uygulanması hukuki bir konu olarak tartışılmıştır. Bu kişilerde meydana gelen hastalıklar için de gerçek anlamda bir tedavi sunulmadığı saptanmıştır<sup>126</sup>.

*Vodapest v Mac Gregor* davasında, araştırma safhalarında yaralanma olasılığı varsa deneyin yapılmaması gerektiği FDA kuralları uyarınca belirtilmesine rağmen, kontrol grubu da içeren bir araştırmada yüksek rakımlarda solunuma dair veri toplanmış ve kişilerde beyin ödemi ve araştırma sonucunda da beyinde hasarı gerçekleşmiştir. Kamusal bir zarar olmamasına karşın, eğer deneye katılan kişide araştırmacılardan kaynaklanan ihmalkâr bir davranış ile yaralanma söz konusu ise

---

<sup>123</sup> Ekmekçi, s.106-107.

<sup>124</sup> Meyer, Jr, “Informed consent, informed refusal, and informed choices”, s.321.

<sup>125</sup> Deutsch/Spickhoff, nakleden Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.207vd.

<sup>126</sup> Nwabueze,s.37-39

bunun FDA kurallarına uygun olmadığı tespit edilmiştir<sup>127</sup>. Eğer yaratacağı riskler söz konusu ise, deneyin icra edilmemesi gerekmektedir.

### **c. Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar**

#### **(1) Doğrudan ve Gerçek Yarar Ölçütü (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Bakımından)**

TCK bakımından hasta ve çocuk ayırımına gidilmeden bir düzenleme yapılmıştır. İç hukuk metnimiz olan sözleşmelerde bunlara ilişkin ek şartlar da dikkate alınmalıdır. Fakat ceza sorumluluğu açısından kanunilik ilkesi gereği TCK madde 90/3 hükümlerini dikkate alacağımız açıktır. Biyotıp Sözleşmesi madde 17/2i<sup>128</sup>, de ve Ek protokol madde 15/1i<sup>129</sup> bu konuya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Belirtmek gerekir ki TCK bakımından çocuk üzerinde deney açısından mutlaka çocuğun doğrudan ve gerçek yararına olması aranmamıştır<sup>130</sup>.

#### **(2) Gereklik Ölçütü (TCK Bakımından)**

TCK m. 90/3 a bendinde insan üzerinde yapılan deneylerle ulaşılan verilerin varılmak istenen hedefe ulaşılmak için çocuklar üzerinde yapılmasının gerekli kılması aranmıştır. Bu şart esasında çocuk bedeni ile yetişkinlerin bedenlerinin birbirinden farklı olmasıyla alakalıdır. Birçok hastalık yetişkinde ve çocukta benzerdir. Fakat çocukların da kendisine has hastalıkları vardır. Bu sebeple deneyler sonucunda elde edilen verilerin yetişkinlere has olması; çocuklara gerçek anlamda

---

<sup>127</sup> Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.45-46.

<sup>128</sup> Biyotıp Sözleşmesi m.17/2i'ye göre; "araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılmaması amacıyla;" halinde izin verilir.

<sup>129</sup> Biyotıp Sözleşmesi ek protokol m.15/1i "araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması" düzenlemesiyle doğrudan yarar ölçütüne atf yapmıştır.

<sup>130</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.497; Detaylı açıklamalar için bkz. Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.46vd.

uygun olmayabilir<sup>131</sup>. Çocukların, AY m.10 uyarınca ayrıca korunması için devletin önlemler alması eşitlik ilkesine aykırı sayılmamaktadır. Bu sebeple de ayrıca yetişkinlerden daha sıkı şartlar aranması Anayasamıza uygundur.

Eğer deneyle ulaşılabilecek olan sonuç zaten eldeki verilerle anlaşılabilirse; o halde çocuklar üzerinde deney yapılması durumunda hukuka aykırılık oluşacaktır.

#### **4. İlgilinin Rıza Açıklayacağı Deney Fiillerinin Sınırı**

##### **a. Yetişkinler Bakımından Aranılan Şartlar**

##### **(1) Yetkili Kurul ve Makamlardan Gerekli İzin Alınmış Olması**

Yetkili Kurul veya makamlardan izin alınması şartı, Biyotıp Sözleşmesi m. 16/iii maddesinde de yer almaktadır. Helsinki Bildirgesi m.7 de koşullar benzerdir. Öncelikle etik kurullara başvurulacak ve bir denetimden geçecektir. İBÜKAHY m.12 ve devamında da izin şartına yönelik düzenlemeler görülmektedir. Ayrıca Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m.10/7<sup>132</sup>,de yer almaktadır. Burada sorun yönetmeliğin Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa aykırı bir düzenlemesi olduğu yönünde ortaya çıkmaktadır<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.495.

<sup>132</sup> Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m.10/7 „Sağlık Bakanlığı, araştırmanın yürütülmesi sırasında araştırmaya izin verilirken mevcut şartlardan birinin ortadan kalktığını tespit ederse klinik araştırmayı derhal durdurur. Bu şartların belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin mümkün olmadığına anlaşılması veyahut gönüllü sağlığının tehlikeye girmesi hallerinde doğrudan araştırma sonlandırılır.“

<sup>133</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.91; 13.07.2015 tarihli 29747 sayılı RG ile ilgili Yönetmelik m.12/3 “Çok merkezli klinik araştırmalarda tek etik kurul kararının bulunması yeterlidir. Söz konusu etik kurul kararının koordinatör merkezin bulunduğu yerdeki etik kuruldan alınması, burada etik kurul bulunmuyorsa çalışmaya dahil olan merkezlerden koordinatör merkeze en yakın yerdeki ilgili etik kuruldan karar alınması gerekmektedir. Tek merkezli klinik araştırmalarda ise araştırmanın yürütüldüğü merkezin bulunduğu yerdeki etik kuruldan karar alınması, etik kurul bulunmadığı takdirde araştırma merkezine en yakın yerdeki ilgili etik kuruldan karar alınması gerekmektedir. ” şeklinde değiştirilmiştir.

Yapılan araştırmalarda katılımcıların haklarının dengede tutulması gerekmektedir. İşte etik kurulların bu noktada rolü çok önemlidir. Söz konusu yönetmelik m.16 ile değişik 26. Maddesi uyarınca “*Etik kurullar gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunması amacıyla araştırma ile ilgili diğer konuların yanı sıra gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olurlar hakkında bilimsel ve etik yönden değerlendirme yapmak amacıyla*” oluşturulan yapılardır. Etik kurullar, fayda-risk dengesini iyi gözetmek ve bunun denetimini başarılı bir şekilde yapmak zorundadır. Ancak bu kurul üyelerinin var olan etik kurallarını “*içselleştirmiş*” olmaları çok önemlidir<sup>134</sup>.

Tez konumuz bakımından kurulların önemi, kişilerin vermiş oldukları onamları da hukuki olup olmadıklarını şartlara uygun verilip verilmediğini denetlemektedirler. Burada verilen onamlara ilişkin denetim yapılmaktadır. Etik kurullar; tıbbi, hukuki ve etik denetimleri yapmakla yükümlüdür<sup>135</sup>. Çünkü bilimsel olmayan bir araştırma, hâlihazırda etik de olmayacaktır<sup>136</sup>. Helsinki bildirgesi de dahil olmak üzere, Biyotıp Sözleşmesi m.16/iii ve TCK m.90 bakımından da etik kurul izni bir şart olarak yer almıştır<sup>137</sup>. Denekler tarafından onam verilse de; eğer deney hukuka aykırı ise ve bunu kasten gerçekleştirecek kişiler hakkında cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Bu denli ciddi bir denetim mekanizması öngörölmüştür. Bu sebeplerle kurulların denetimi önem arz etmektedir.

Katılımcıların açıkladığı rıza, bilgilendirilmiş onam formuna yansımıştır. Bunların denetimini ilgili İBÜKAHY m. 26/10-e uyarınca, etik kurullarda sağlık mesleği mensubu olmayan kişi yapmaktadır. Burada yapılan inceleme sonucunda “*eğitim seviyesi ne olursa olsun herkesin rahatça anlayabileceği*” bir onam formu

---

<sup>134</sup> Somer/Vatanoğlu,s.383, 396.

<sup>135</sup> Deutsch, “Ethik Kommissionen”,s.33.

<sup>136</sup> Somer/Vatanoğlu,s.385.

<sup>137</sup> Kılıçarslan,s.297.

hazırlanması hedeflenmektedir<sup>138</sup>. Bu mümkün müdür? Bu konuda gerçekten emin olamadığımızı belirtmek zorundayız.

Etik kurul onaylı aydınlatılmış onamların çoğunda şunlar da bulunmaktadır: “Araştırmanın neden yürütüldüğüne dair arka plandaki bilgiler, araştırma prosedürleri ve deneysel ilaç / cihazları, tıbbi standart bakımından ayıran bir açıklama, riskleri aza indirmek için güvenceler, çalışma süjesinin kişisel bilgilerine dair sır saklama hükümleri, gönüllünün erişimini koruyan gizlilik hükümleri, herhangi bir önyargı olmaksızın çalışmadan çekilebilme hakkına dair bilgi, hem zaman ve para yönünden araştırmanın gönüllüye maliyetine dair veriler, tazminat tutarları, bu çalışmadan kaynaklanan yaralanma durumunda tedavi hakları ve güvence bilgisi”<sup>139</sup>. Ancak etik kurulun bilgisinin olması, gönüllülerin bu konulara dair bilgilendirilmemesini sonuçlamaz. Etik kurulun onay vermesi, aydınlatılmış onamda yer alan açıklamalara dair gönüllünün bilgilendirildiğine ilişkin bir “karine” teşkil etmektedir<sup>140</sup>. Ancak araştırmacıları etik kurula karşı sorumluluğundan kurtaracak olan, aydınlatılmış onam değildir. Onların protokole uygun ve etik davranma yükümlülükleri devam eder<sup>141</sup>.

Hukuka aykırı verilmiş izne dayalı deney söz konusu ise; eğer araştırmacılar bu iznin hukuka aykırı verildiğini bilmelerine rağmen uygulamaya devam ederlerse insan üzerinde deney suçundan sorumlu olacaklardır. Ayrıca kurul üyeleri bakımından da iştirak hükümleri uyarınca azmettiren yahut yardım eden sıfatları sebebiyle ceza sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>142</sup>.

Etik kurulların en güncel etik standartları değerlendirerek denetim yapmaları gerekmektedir. Örneğin Uganda’da HIV 1 aşısı hakkında yapılan biyomedikal araştırma da bir skandal olarak tarihe geçmiştir. Bu konudaki tartışmaların odak

---

<sup>138</sup> Somer/Vatanoğlu,s.393.

<sup>139</sup> Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.38.

<sup>140</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.94.

<sup>141</sup> Parvizi/Chakravarty Og/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”,s.653.

<sup>142</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.157.

noktası, ABD’de etik dışı sayılan bir araştırmanın Uganda’da etik dışı kabul edilip edilemeyeceği olmuştur<sup>143</sup>. Gerçekten de insanlar eşit kabul edilmedikçe; birçok araştırma gelişmiş ülkelerdeki etik standartardan dolayı yapılamadığı için gelişmekte olan ülkelere kaymıştır. Bu ülkelerdeki insanlar hedef alınarak sömürülmesine dek gidebilecek süreçte, özellikle de rızaya ilişkin etik standartların evrensel uygulanması gerekmektedir. Ayrıca yerel etik komitelerin de uluslar arası standartları göz önünde bulundurulması, iç hukukun izin verdiği gayri insani uygulamalara göz kırpmaması gerekmektedir. Kaldı ki; herhangi bir deklarasyona imza atmamış olmak belirli bir standardı görmezden gelmek olarak değerlendirilmemelidir. Bazı değerler evrenselidir. Öte yandan tıbbi müdahaleler bakımından tıbbin en güncel seviyesinde müdahalede bulunmak kriteri, neden daha belirsizlikler içeren klinik araştırmalarda uygulamaya de facto olarak konulamamaktadır? Bu sorular hala cevapsız iken, etik komitelerin önemi bir kere daha ortaya çıkmaktadır. Etik Kurulların bir başka görevi de deneylerde gerçekleştirilen sahtekârlıkları araştırma noktasında ortaya çıkar<sup>144</sup>. Kanaatimce bu kurullar aydınlatılmış onamların ve gönüllülerin halihazırda rızalarının devamı için gereken 7/24 ulaşılabilecek kişilerin olup olmadığını da kontrol etmelidir. Bilimsel özgürlük her Anayasal özgürlük gibi sınırları olan bir haktır. Bu hakkı da kullanırken, insan onuru ve kişinin kendi kaderini tayin hakkı, kanaatimizce yeni veriler elde etmek adına küçümsenmemelidir. Çünkü insan üzerindeki araştırmalar sonucunda, özellikle de denemelerde insanlar kendilerine direkt faydası olmayan bazı uygulamalara tabi olur. Bu denli iyi niyetli –ülkemizde maddi karşılığı olarak buna gönüllü olunamayacağından dolayı–sadece manevi yararları için araştırmalara katılan kişilerin anayasal hakları, araştırmadan daha önemlidir. Çünkü araştırmacılar, maddi ve manevi varlığını geliştirmek hakkına sahip olan özgür bireylerin rızaları ile ancak çalışmalarına devam edebilirler.

---

<sup>143</sup>Nwabueze,s.40-41

<sup>144</sup> Peter Brock, “A Pharmaceutical company’s approach to the threat of research fraud”, **Fraud And Misconduct In Medical Research** , Ed. Stephen Lock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996, s.61.

Konuya ilişkin mukayeseli hukuktan başka bir olumsuz örnek de Danimarka'dan verilebilir. 1992'de çalışmaya başlayan Danimarka Bilimsel Sahtekârlık ve İyi Bilimsel Uygulamalar Komitesi (DCSD) tarafından, örnek olaylar yayınlanmıştır. Bunlardan örnek 8'e göre, Afrika'da çocuklar üzerinde uzun vadeli kızamık aşısı çalışması yapan bir Danimarkalı araştırmacı, Afrika'daki çalışmalara ilişkin letarjik durum ortaya çıktığı için Kuzey Afrikalı bir çalışmacı tarafından itham edilmişti. Büyük riskler içerdiği halde bu büyük aşısı kampanyası Afrikalı yetkililerin onaylamamasına rağmen yürütülmüştü. İddiaya göre gerçeğe dayanmayan veriler, hasta çocukların ailesi bilgilendirilmediği için çocukların tedavi olmalarını da engellemiştir. Sonucunda ise dört suçlama da, bilimsel bir sahtekârlık olmadığı için geri çevrilmiştir. Çünkü kişiler, kabul edilebilir bir tıbbi çalışmada olması gereken standartları yakaladıklarına karar verilmiştir<sup>145</sup>.

## (2) İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması

1964 Helsinki deklarasyonu ve bunun revize edilmiş halleri olan, Tokyo-1975, Venedik- 1983, Hong Kong-1989 ve Güney Afrika-1996 metinlerinin tamamında, insan üzerinde deneyin bir bölümünde muhakkak hayvanlar üzerinde çalışılmış olmanın gerekliliğinden bahsedilmektedir. İnsan üzerinde deneye başlanabilmesi için öncelikle insan dışı ortamda yahut yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmesi gerekmektedir. Doktrinde çeşitli gerekçelerle her ikisinin de birlikte gerçekleşmesini arayanlar olsa da kanun koyucu bu konuda ikili bir tercihte bulunmuştur<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Christopher Hodges, "Investigating, reporting, and peruing fraud in clinical research: legal aspects and options in England and Wales", **Fraud And Miscoconduct In Medical Research** , Ed. Stephen Lock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996,s.125-126.

<sup>146</sup> Yazara göre deneyin önkoşulu olarak mutlaka hayvan üzerinde yapılması gerekirdi. Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.205; Yazar bunu daha az masraf etmek ve sürenin kısaltılması için ikisinden birini tercihe cevaz verdiği için üstü kapalı eleştirmektedir. Bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s.206.

TCK m.90/4'te; insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması aranmıştır. “veya” bağlayıcı olması sebebiyle yeterli sayıda hayvan üzerinde gerçekleştirilmiş olmaması durumunda dahi insan üzerinde direkt deney uygulanabilecektir. Kanun koyucu deneylerin öncelikle hayvanlar üzerinde yapılması gerekliliğini aramamıştır. Bu durum bütün deneylerin öncelikle yeterli sayıda hayvan üzerinde uygulanmasının gerektiği gerekçe gösterilerek doktrinde eleştirilmektedir<sup>147</sup>. Böylelikle İnsan üzerinde deney fiili gerçekleştirilmeden; insan dışı deney ortamında yapılmış olması yeterli sayılmıştır. Bu görüş uyarınca; madde bakımından değişikliğe gidilmesi gerekmektedir ve “veya” bağlacı yerinde “ve” bağlacı kullanılarak her ikisinin de birlikte uygulanmasına dair bir düzenleme insan üzerinde deneyin sonuçlarının belirsizliği ve riskleri sebebiyle daha yerinde olacaktır. Öte yandan insanların faydası için kullanılacak olan ilaçların elde edilmesinde, insan dışındaki canlıların feda edilebilmesi de düşündürücüdür. Hayvan Koruma Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile, sahipsiz hayvanlara kasten zarar veren fiillerin de suç olarak kanunlaşması durumunda; TCK m.90 bakımından düzenlemeye gidilmesi gerekecektir. Hayvanlar üzerinde yapılacak olan deney veya denemelerin – kanaatimizce yasaklanması- herhalde belirli şartlara bağlanması gerekmektedir.

Özetle İnsan üzerinde deney “*ultima ratio*” dur. TCK m.90, Biyotıp Sözleşmesi madde 16/i ve Ek protokol madde 5 birlikte okunduğunda bu anlam çıkmaktadır. İnsan dışı deney ortamında yahut yeterli sayıda hayvan üzerinde deney yapıldığında elde edilen sonuçlar, insan üzerinde deney gerçekleştirmesini zorunlu kılıyorsa ancak insan üzerinde deney yapılabilecektir<sup>148</sup>. Konu Biyotıp Sözleşmesi madde 16/i 'de düzenlenmiştir.

---

<sup>147</sup> Yazar hem insan dışı ortamda hem de yeterli sayıda hayvan üzerinde uygulandıktan sonra deneye başlanması gerektiğini savunmaktadır. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.309.

<sup>148</sup> Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.206.

Hukuka uygun insan üzerinde deney için, yetkili makamlardan izin alınmalıdır. Aynı husus Biyotıp Sözleşmesi m. 16/iii'de de yer almaktadır. Ayrıca deney daha önce insan dışı ortamda veya hayvanlar üzerinde yapılmış olmalıdır. Deney, kalıcı zararlı etkiler bırakmamalıdır<sup>149</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, yaşamı tehdit eden bir deneyin yasaklanmadığı bunun da madde metninde yazılması gerektiği savunulmaktadır<sup>150</sup>. Eğer yapılacak olan araştırmada gönüllülerin uğrayabileceği olası zararlar tespit edilmemiş ise, rıza da bulunsa araştırma yapılmaması gerekir<sup>151</sup>. Kurallara uygun bilimsel araştırma yapılabilmesi için TCK m.90 ile koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Kanunlarla belirtilen şartlara uygun olarak bilim yapma özgürlüğü vardır. Bu AY m.27/1 uyarınca hâlihazırda Anayasal hak olarak da düzenlenmiştir<sup>152</sup>.

Tıbbi deneyler bakımından da daha önceden uygulanmamış bir ilaç yahut cerrahi bir müdahalenin tıp biliminde ve tıp bilimine yakın bilimlerde uygulanmış olması gerekmektedir<sup>153</sup>.

### (3) İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Etki Bırakmaması

İnsan üzerinde deney yapılabilmesinin koşullarından birisi etik kurul iznidir. Etik kurul değerlendirme yaparken muhakkak bu husus açısından ciddi bir değerlendirme yapmalıdır. Çünkü insanın bir obje haline getirilmemesi gerektiği TCK m.90 gerekçesinde de vurgulanmıştır<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> Doktrinde bütün deneylerin öncelikle hayvanlar üzerinde yapılması gerektiği de yazar tarafından savunulmaktadır. Bkz. Hakeri, "İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu", s. 309; Ancak gelişen dünyada insanlar dışında diğer canlıların da insanlar kadar önem arz ettiğini vurgulamak isteriz.

<sup>150</sup> Yener Ünver, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Soru", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, 2005, s.101.

<sup>151</sup> Hakeri, "İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu", s.301.

<sup>152</sup> Aygörmez-Uğurlubay,s.170.

<sup>153</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.167.

<sup>154</sup> Adem Sözüer, Selman Dursun, Serdar Talas, **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, 4.Baskı, İstanbul, AlfaYayımları, 2017, s.215.

İnsan üzerinde deneyin gerçekleştirilebilme koşullarından bir diğeri de, öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki yaratmamasıdır. Burada zararlı etkinin kalıcı olmaması durumunda hukuka uygun kabul edilecektir. Öngörülemez bir zararlı ve kalıcı sonuç gerçekleşmesi durumunda da yine fiil hukuka uygun olmaktadır. Doktrinde bu husus, zararlı ve kalıcı etkinin olması durumunda fiilin cezasız kalacağı endişesiyle eleştirilmektedir<sup>155</sup>. Zararlı ve kalıcı etki doğurmasının öngörülemez olması durumunda bunu uygulayan bilim insanının bir sorumluluğu doğmayacaktır. Öngörülemez bir husustan dolayı kişileri sorumlu tutmak Ceza Hukukunun mantığına aykırıdır. Normu eleştirebiliriz, fakat öngörülemez bir sonuçtan dolayı da sorumlu tutulabilmesi kanunun bu düzenlemesiyle mümkün görülmemektedir.

Ayrıca madde metni uyarınca ,öngörülebilir kalıcı olmayan zararlar bakımından da cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir<sup>156</sup>. Ceza hukukunun yasaklamadığı alanlarda deney yapılabilecektir.

Doktrinde deneyle elde edilecek yarar-zarar dengesinin gözetilerek; insan üzerinde deney fiili gerçekleştirilirken amaçlanandan faydadan daha fazla bir zararın denekler üzerinde gerçekleştirilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bilindiği üzere insan üzerinde deneyler etik kurul onayından geçmektedir. Etik kurula sunulan bir fayda-zarar ölçütünde kriter kesinlikle olasılık yönü ağır basan bir menfaat olmamalıdır. Aksi halde insan denekler; deneyle varılmak istenen amaç ne kadar faydalı olursa olsun insan kriterleri hiçe sayılarak çeşitli uygulamalara tabi tutulurlar. Örneğin tıbbi deneylerde rıza açıklayan kişinin salt psikolojik faydasının olduğu bir deneye tabi tutulmasına etik kurul tarafından izin verilmemesi gerekir<sup>157</sup>.

İBÜKHAY değişik m.18/1’de “*Sorumlu araştırmacı veya görevlendireceği bir araştırmacı, protokolde veya araştırma broşüründe hemen rapor edilmesi gerekli*

---

<sup>155</sup> Ünver, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun” ,s.101.

<sup>156</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.494.

<sup>157</sup> Schreiber, ”İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk Tartımı”,s.82.

*görülmeyişi belirtilenler hariç ciddi advers olayların tamamını derhal destekleyiciye bildirir. Bu acil raporu, ayrıntılı yazılı bir rapor izler. Acil raporda ve bunu izleyen diğler raporlarda çalışmaya iştirak eden gönüllüler için tek bir kod numarası kullanılır.*"<sup>158</sup> şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, advers olayların bildirilmesi konusunda gönüllülerin cesaretlendirilmesi gerekir. Çünkü ilaçlar piyasaya sürülmeden önce özellikle faz 1 ve 2'de yan etkiler gözlemlenmelidir. Bu ilaç üreticilerinin ahlaksal ve ihlali sonucunda ceza sorumluluğu doğurabilecek bir yükümlülüğüdür. Doktrinde bir görüşe göre, gönüllülerin bu etkileri bildirmelerinin engellendiği savunulmaktadır<sup>159</sup>. Çünkü ilaçların piyasaya erken sürülebilmesi, ilacı üretenler açısından önemli menfaatler doğurmaktadır. Kanaatimizce gelişen olumsuz olayları bildirmeye korkan bir kişi artık gönüllü değil, denektir. Ve bu durumda da ortada bilgilendirilmiş zorlama söz konusu olmaktadır. Fayda ve zarar denetimi, ilgilinin rızası kavramı ile de yakından bağlantılıdır. Deneğin aydınlatılmış rızası sonucunda gerçekleştirilmesi durumunda ancak geçerli bir deney söz konusudur. Deneklere fayda ve zararlar açıkça belirtilmelidir. Aksi halde denekler rıza gösterdikleri deneyin zararlarından haberdar olmadıkça verdikleri rıza da fesada uğramış kabul edilecektir. Çünkü özellikle insan üzerinde deney fiillerine rıza, kapsamlı bir aydınlatma sonucunda verilmişse hukuken geçerli addedilebilir. Fakat fayda-zarar denetimi sadece aydınlatma kapsamında kalmamalı, deneyin de hukuki şartları arasında yer almalıdır<sup>160</sup>.

Rızanın yokluğu özellikle de deney ve deneme fiilleri bakımından, tipikliğe ait bir unsura işaret ettiği için, bu gibi fesada uğramış rıza insan üzerinde deneyin hukuka aykırılığının bir karinesi kabul edilebilir.

---

<sup>158</sup> 13.07.2015 tarihli 29747 sayılı RG ile ilgili Yönetmelikte değişiklik yapılmıştır.

<sup>159</sup> Hosie, "Fraud in general practice research: intention to cheat", s.43.

<sup>160</sup> Schreiber, "İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk Tartımı", s.88.

## b. Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar

TCK m.90/3'ün 31.03.2005 tarihli değişikliğinden önceki halinde çocuklar üzerinde bilimsel deneye hiçbir şekilde izin verilmemişti. Fakat değişiklikten sonra şartların bulunması durumunda çocuklar üzerinde de deney gerçekleştirilebilecektir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi olarak da *“bu hükmün uygulamada çocuk sağlığı ve biliminin gelişmesini engelleyeceği yönünde endişe ve tereddütler ortaya çıkardığı”*<sup>161</sup> belirtilmiştir.

Uzun zamandır deneye tabi tutulsalar dahi; çocuklar ve ergenler üzerindeki hukuki koruma son yıllarda ortaya çıkmıştır. Klinik araştırmalar bakımından; çocuk, ergen ve yetişkin, araştırmacı ile belirgin bir iletişimde olmaya ihtiyaç duymaktadır<sup>162</sup>. ABD’de 1973 yılından itibaren Federal düzenlemelerde, araştırmalarda ebeveynlerin ve küçüklerin aydınlatılması gerektiği dikkate alınmıştır<sup>163</sup>. Özellikle acil durumlarda, yasal temsilciler veya aile bireyleri ile iletişime geçilmesi gerekmektedir<sup>164</sup>.

US Advisory Committee on Human Radiation Experiments (ACHRE,1996) kişi özerkliği hakkını önemsemektedir. Şunu belirtmekte fayda var ki; eğer bir araştırmacı ACHRE düzenlemelerine dikkat ederek davranmaz ise sorumlu olacaktır. Somut bir olayda, çocukların kasıtlı olarak ebeveynleri veya velileriyle yeterli rıza elde edilmiş olmadan zararlı radyasyona maruz kalmıştır. Bu davalarda ACHRE tarafından, zararın kasıtlı yapıldığı aileler bilgilendirilmediği ve sağlıklı bireylerden alınan rıza prosedürünün aynı şekilde çocuklara ve akıl hastalarına uygulanmadığı saptanmıştır<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Sözüer/Dursun/Talas, s.216.

<sup>162</sup> Dorn/ Susman/ Fletcher, “Informed Consent in Children and Adolescents: Age, Maturation and Psychological State”, s.189.

<sup>163</sup> Dorn/ Susman/ Fletcher, “Informed Consent in Children and Adolescents: Age, Maturation and Psychological State”, s.185.

<sup>164</sup> Parvizi/Chakravarty Og/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”,s.653.

<sup>165</sup> Plomer, s. 30-31.

Bu nedenle çocuklara ilişkin deneye ilgili izin verecek yetkili kurullarda Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanının bulunması gerektiği de doktrinde savunulmaktadır<sup>166</sup>. Çünkü ebeveynler de gerçekleştirilen araştırmaların çocuklara etkisi bakımından bilgi sahibi olsalar da, bunların tespit edilmesi için süreklilik arz edecek şekilde izlenmesi gerekir. Bu da ancak hekim marifetiyle gerçekleştirilebilir. Benzer gerekçelerle çocukların sağlığına etkilerinin tespiti için, etik kurulların bünyesinde çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

## 5. İnsan Üzerinde Deneye Gösterilecek Rızanın Özellikleri

### a. Genel Olarak

İster bilimsel ister tıbbi bir deney olsun, insan üzerinde deney kanunda aranan şartların gerçekleşmesi durumunda yetişkin veya çocuklar üzerinde uygulanabilecektir. Kadavra üzerinde gerçekleştirilen deney ve embriyon üzerinde yapılan deneyler de bu kapsamda değerlendirilmeyecektir<sup>167</sup>. Tüp bebeğin naklinde, TCK m.91 hükümleri uygulanabilir ancak nakil gerçekleştirildikten sonra TCK m.90'daki şartlara tabi olabilecektir.

İnsan üzerinde deney ister yetişkin ister çocuk olsun ciddi riskler taşıyan uygulamalardır. Bu nedenle ilgililerin rızası açısından sıkı koşullara tabi tutulmuştur. Özellikle ABD'de mahkemeler, klinik araştırmaya dair aydınlatma yapıp yapılmadığını yargılamak; hastalar ve hekimler/araştırmacılar arasındaki bilgiye dayalı dengesizliğin varlığını ve güvenlik açığı durumlarını çok ciddiye almaktadır<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.90.

<sup>167</sup> Hakeri, "İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu",s.325.

<sup>168</sup> Tereskerz, **Clinical Research And The Law**, s.37-38; Harris, **Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics**, s.37.

İlgilinin rızası kişinin iradesi fesada uğratılmadan alınmak zorundadır. Rızanın alınmasına yönelik tıbbi müdahalelerde yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Ancak bazı ek şartlar da bulunmaktadır. Biz deney bakımından öncelikle yetişkinler sonrasında da çocuklar bakımından, genel anlamda rızanın dışındaki şartlara değineceğiz.

## **b. Yetişkinler Bakımından Aranılan Şartlar**

### **(1) Genel Olarak**

Bilimsel araştırmaların ilk aşamaları deney olarak nitelendirildiğinden<sup>169</sup> bahisle, insan üzerinde deneyin bilimsel amaçlı olarak yapılması gerekmektedir. AY m. 17/2'de ilgilinin rızası olmadan yapılacak bilimsel ve tıbbi deneyler yasaklanmıştır. TCK m.90 bu hükmün bir güvencesidir<sup>170</sup>. Yani rızanın temel dayanağını AY m.17/2 oluşturmaktadır.

İlgilinin rızası yoksa, gerçekleştirilen fiil her ne kadar bilimsel bir amaç da taşısa, bunun ile insanlık dünyasında çığır dahi açılsa; insan üzerinde deney suçunu oluşturma tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktır<sup>171</sup>. Rıza dışı tıbbi deneyler de insanlık dışı muamele olarak kabul edilmektedir<sup>172</sup>. Rızanın tek başına insan üzerinde deney ve denemelerin tipikliğini kaldırmak için yeterli olup olmadığı da doktrinde tartışılmıştır<sup>173</sup>. İnsan üzerinde deney fiillerinin suç teşkil etmemesi için, tek başına rıza yeterli değildir; muhakkak diğer şartlar da oluşmalıdır<sup>174</sup>. Kanunda bazı ek şartlar da aranmıştır. Burada vurgulanması gereken husus, ilgilinin rızası tipikliğin

---

<sup>169</sup> Üzülmez, s.119.

<sup>170</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s.203.

<sup>171</sup> Üzülmez, s.120.

<sup>172</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley,s.103

<sup>173</sup> Grahlmann, s.28.

<sup>174</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.255.

kaldıran rıza olduğudur<sup>175</sup>. Hakkın icrası ve ilgilinin rızası ile ancak fiilin hukuka uygun olabileceği de doktrinde belirtilmektedir<sup>176</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiillerinin gerçekleştirilebilmesi için, ergin olmayan kişiler bakımından ebeveynler veya vasinin yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Ergin kişinin evli olması durumunda ise eşin rızasına başvurulacağından bahsedilmemiştir. Doktrinde bu husus eleştirilmektedir<sup>177</sup>. İlgililere rıza hakkında bilgilendirme yapılırken deneye dair metotlar da, onam formunda yer alması gereken hususlardandır.

## (2) Deneyin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirilme

İnsan üzerinde deneylerde verilecek rıza, klasik bir tıbbi müdahaleye verilecek olan rızadan farklıdır. Mutlaka insan üzerinde deney açısından, aydınlatılmış onam olmalıdır<sup>178</sup>. Rıza açıklamadan önce mutlaka sùjeler, araştırmada bulunmanın yararları ve içerdığı riskleri konusunda aydınlatılmalıdır<sup>179</sup>. Bir kimsenin özgür iradesi ve gönüllülüğü ile klinik araştırmaya katılması gerekmektedir. Ancak kişinin mutlaka araştırmanın amacı, süreci, anlamı vb konularda aydınlatıldıktan sonra açıkladığı rıza geçerlidir<sup>180</sup>. Rıza, tek başına deney/denemeyi hukuka uygun hale getirmeye yetmez<sup>181</sup>. Çünkü TCK m. 90'da yeterli bir bilgilendirmeye işaret etmektedir. Burada aydınlatmanın kapsamının genişleyeceği açıktır. İlgililer deneye dair kafalarında en ufak bir řùphe kalmayacak şekilde aydınlatılmalıdırlar. Deneye dair olası fayda ve zararlar hakkında da kişiler bilgilendirilmelidir. Deneklere, bu

---

<sup>175</sup> Üzülmöz, s.122; Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.228.

<sup>176</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.255.

<sup>177</sup> Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", s.102.

<sup>178</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.255.

<sup>179</sup> Aston/ Booth/ Stuteville, s.50

<sup>180</sup> Karşılaştırınız m.3.21 norm ve tavsiyeler için bkz. Petra Roos- Pfeuffer, **Klinische Prüfung von Medizinprodukten, Ein Kommentar zur DIN EN ISO 14155**, 2nd Auflage, Berlin-Wien-Zürich, Beuth Verlag, 2014,s.15-16

<sup>181</sup> Nwabueze,s.83

deneye onam verilme sürecinde makul bir karar verme süresi tanınmalıdır. Soracakları sorulara cevap verilmelidir<sup>182</sup>. Bu husus İBÜKAHY madde 5/11’ da “1) Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir” şeklinde belirtilmiştir.

Aydınlatma olmaksızın verilen rızaya dair mukayeseli hukuktan önemli bazı davaları da, konunun aydınlanması bakımından aktarmamız gerekmektedir. *Slater v. Baker ve Stapleton* davasında kırık bacağa uygulanan tedavi sonucunda açılmıştır. Bu davada kabul edilen tıbbi uygulama dışında bir yöntemin uygulandığı, şikâyetçinin neden bandajı çıkartmak yerine başka bir aygıt koyduğunu anlayamadığı, bununla bir insan üzerinde deney yapıldığına ve hükmetmiştir. Ve bir ameliyat yapılacağı zaman hasta kendisini ameliyata hazırlayabilmesi için, hastaya ne yapılacağı söylenmesi gerektiğine hükmedilmiştir<sup>183</sup>. *Moore v The Regents of The University of California*<sup>184</sup> davasında ise, lösemi hastası olan Moore’un aydınlatılmış rızası bulunmamasına rağmen; ondan alınan hücreler üzerinde tıbbi deney yapılmıştır. Hekim, deney gerçekleşmeden önce açıklama yapmaksızın hücreler üzerinde deney gerçekleştirmiştir. Patent aldıkları hücre dizisi, Moore’un hücreleri ile gerçekleştirilmiş olmasına karşın, telif hakları dahi Üniversite adına alınmıştır. Bu hücreleri saklama yükümlülüğü ve aydınlatılmış rıza konusunda gerekli sorumluluğu yerine getirilmediği tespit edilen hekimler hakkında, ekonomik sebepler doğrultusunda hareket ettikleri, hastaya tıbbi girişimin risk ve yararları konusunda

---

<sup>182</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.119.

<sup>183</sup> Nathan Hershey/Robert Miller, **Human Experiment and The Law, Maryland**, An Aspen Publication,1976, s.3.

<sup>184</sup> 51Cal3d 120, 271 Cal Rptr 146, 793 P2d 479 (1990) aktaran Tereskerz, **Clinical Research and the Law**,s.40.

bilgi vermeyip seçim hakkı tanımadıkları için mahkumiyet kararı verilmiştir<sup>185</sup>. 19. yy`da New York`ta *Carpenter v. Blake* davası da deney bakımından malpraktis örneği sayılan başka bir davadır. *Slater v. Baker ve Stapleton* davasına oranla daha kesin bir görüşün ortaya konduğu bu davada, yenilikçi tedavi uygulayan bir kişi, uygulama sonucunda hastada meydana gelen bütün zararlardan sorumlu tutulmuştur<sup>186</sup>.

RCT içeren deneyler de ilgilinin rızası bakımından, ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Çünkü çoğu araştırmada kontrol grupları da yer almaktadır. Hatta bu kişiler, bazı araştırmalarda placebo uygulamasına tabi tutulmaktadır. Denekler seçilirken random seçilmektedirler. Helsinki Deklarasyonu rıza almadan da gerçekleştirilebilecek durumları belirtse de, Helsinki Bildirgesi'nin 2008 versiyonunda dahi RCT 'ye dair kesin ve açıkça bir düzenleme bulunmadığı da gözden kaçırılmamalıdır<sup>187</sup>. RCT'ler bakımından rıza ilginç bir noktaya ulaşmaktadır. Katılımcı gerçekten gönüllü olabilir ancak eğer RCT'lerde tam olarak ne olduğu konusunda bilgi sahibi değilse yani bu noktada aydınlatılmamış ise açıkladığı rızanın geçerli olmadığı, bizimle aynı görüşte olanlar tarafından doktrinde de savunulmaktadır<sup>188</sup>. Özellikle Placebo uygulamasına tabi tutulacak kişiler bilgilendirilme sürecinde, kendilerine placebo madde verildiğini deneyin kendisi itibariyle bilmemektedirler. Bu gibi durumlar bilgilendirilmiş rıza bakımından sorun teşkil etmektedir. Placebo etkisi itibariyle deneklere placebo madde verildiğinin açıklanması durumunda, deney tehlikeye düşecektir. Varılmak istenen sonuçlar açısından hata oluşabilecektir. Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol madde 23/3 uyarınca

---

<sup>185</sup> Tereskerz, **Clinical Research and the Law**, s.40-42; Talbot,s.351.

<sup>186</sup> Hershey/Miller, s.3.

<sup>187</sup> Random kontrollü deneme (veya randomize kontrol deneme; RCT) yeni bir tıbbi müdahalenin denenmesi safhasında oluşabilecek önyargıyı azaltmayı hedefleyen bilimsel (genellikle tıbbi) bir deney türüdür. Katılımcılar rastgele yani şans eseri seçildikleri için bu isim verilmiştir. Ne araştırmacılar ne de katılımcılar grupları belirleyebilmektedir. Deneme aşamasındaki bir tıbbi müdahalenin uygulandığı kişiler gruplara ayrılmaktadır. Bazı katılımcılara placebo etkisini görmek için şeker verilebilir. Genellikle RCT çeşitli tıbbi müdahalelerin etkinliğini test etmek için kullanılmaktadır. Yan etkiler özellikle de ilaç reaksiyonları hakkında bilgi sağlayabilir. Detaylı bilgi için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmedhealth/PMHT0025811/>, 22.09.2017; (Çevrimiçi), <http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=39532>, 22.09.2017.

<sup>188</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.477.

placebo uygulanacak olan deneylerde kişilere gruplardan bazılarında placebo ilaç da verilebileceği hususunda bilgilendirme yapılması gereklidir. Fakat placebo etkisinin izleneceği grupta mı olacağı yoksa diğer grupta mı olacağı hususunda kişilere bilgi verilmemelidir<sup>189</sup>. Alman doktrinde bir görüşe göre; ahlak ve adaba uygun bedensel bir müdahaleye rıza ancak hukukten geçerli addedilebiliyorsa da, sonucunda ölüm riski olabilen bir müdahaleye ilişkin aydınlatma sonucunda açıklanan rızanın hukukiliği tartışmalı olacaktır<sup>190</sup>. Bunun için insanlar “sömürülmeden” tam bir rıza açıklaması ile hukuka uygun deney/denemeden söz edilebilir. RCT’lerde de kanaatimizce eksik olan husus budur<sup>191</sup>.

Araştırmalarda hastaların, bedensel bütünlüğü hatta hayatı risk taşımaktadır. Bu nedenle gönüllülerin aydınlatılma zorunluluğu, tıbbi müdahalelere oranla oldukça fazladır. Aydınlatma gerçekleştirildikten sonra, kişiler açıkladıkları rızanın önemini farkında olarak vermeleri gerekmektedir. Ayrıca TMK m.23/2 uyarınca, rızanın şartları da değerlendirilmelidir. Katılımcıların kişisel özellikleri de muhakkak kayıt altına alınmalıdır<sup>192</sup>. Çünkü bazı veriler ancak bu şekilde netleşip gözden geçirilebilir. Alman Hukuku bakımından ise bir taraftan, Alm CK m.216’nin yasağı ve diğer tarafta da Alm. CK m.226a (şimdiki 228) ‘deki rıza özgürlüğü bulunmaktadır. Kişilerin özerkliğine dair sınırlar kanunda yer almaktadır. Hastanın rızasının ilgili ceza hukukunun fiilinin temelini zaten dışlayan veya haklılaştırıcı etkisi olup olmadığı sorusu, ancak, rıza gösterilme sorusu olumlu cevaplandırılırsa; yani ilgilinin yasal hakları üzerindeki özerk hakimiyeti varsa kabul edilebilir<sup>193</sup>.

Katılımcıların sigortalanıp sigortalanmayacakları aydınlatma kapsamındaki bilgilerdendir. Örneğin Alman İlaç Kanunu m.40 uyarınca denemeye katılan gönüllülere sigorta yapılacağı düzenlenmiştir<sup>194</sup>. Ülkemizde de İBÜKHAY m.5/1-1

---

<sup>189</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s. 123-125.

<sup>190</sup> Grahlmann, s.29.

<sup>191</sup> Nwabueze, s.83

<sup>192</sup> Kılıçarslan, s. 298, 300.

<sup>193</sup> Grahlmann, s.28.

<sup>194</sup> Kılıçarslan, s.307.

**(Değişik:RG-25/6/2014-29041)** “Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen Faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur”. Söz konusu hükmün yönetmelikle düzenlenmesi ayrı bir eleştiri konusu olmakla birlikte, kanaatimizce bütün aşamalarda sigortanın zorunlu tutulması gerekmektedir.

### **(3) Yazılılık**

Rızanın yazılı olarak verilmiş olması gerekmektedir. Kanun koyucu bu şartın varlığını maddede düzenlemesi sebebiyle bunun özel bir hukuka uygunluk sebebi mi olduğu konusunda doktrinde görüşler mevcuttur. Deney öncesinde mutlaka rıza açıklayacak ilgili aydınlatılmalıdır. Bu da ayrıntılı olmak zorundadır. Ancak yazılı rıza alınması durumunda geçerli olacaktır<sup>195</sup>. Ayrıca açıklanan rıza yazılı olarak belgelenmelidir<sup>196</sup>.

Klinik araştırmaların uygulamasında, bilgilendirilmiş onam gereksinimlerinin son derece sorunlu olduğu etikçiler tarafından kanıtlanmıştır. Doktrinde de savunulduğu üzere, bilgilendirilmiş onam “*tutarlı bir gereksinimdir*”, çünkü Nürnberg Kodu araştırma bilgilendirilmiş rızası olmadan yapılamayacağını düzenlemektedir<sup>197</sup>. Aydınlatılmış onamın yazılı olarak verilmesinin sebebi, çalışmaya katılanların olası riskleri sınırlamak için sıkı yasal gereksinimlere ihtiyaç duymasıdır. Kasıtsız durumları kapsayan bir sağlık sigortası bu gereksinimlere örnek olarak verilebilir<sup>198</sup>. Benzer şekilde, Helsinki 2004 Bildirgesinde de, araştırmacılara; araştırmaya katılacak olan gönüllülerin açık, yazılı ve belgelendirilmiş aydınlatılmış

---

<sup>195</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.311.

<sup>196</sup> Aston/ Booth/ Stuteville, s.50

<sup>197</sup> Manson/O’Neill,s.5.

<sup>198</sup> Meili, s.133.

onamlarının alınması görevi yüklenmiştir<sup>199</sup>. Araştırmaya dair aydınlatma Helsinki Deklarasyonu çerçevesindeki haklar dikkate alınarak yapılmalıdır<sup>200</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi m. 16/v uyarınca da rıza açıkça verilmelidir. Verilen rıza da her zaman geri alınabilir. BSMHS m. 7 de kişilerin serbest iradeleri olmaksızın deneye tabi tutulamayacağına vurgu yapmaktadır. AY m. 17/2 hükmü uyarınca da, rızasız olarak insan üzerinde deney yapılamaz. Belirttiğimiz üzere yazılılık teriminin olup olmadığının dışında, rıza aynı zamanda da ispat aracı olduğundan dolayı araştırmacılar bakımından önem taşımaktadır.

Bir görüşe göre özel bir şekil şartına bağlanmış genel bir hukuka uygunluk sebebi burada mevcuttur<sup>201</sup>. Fakat mevcut durumda aydınlatılmış şekilde rızanın nasıl yapılması gerektiği eski KAHY m4/1g,5/1c maddelerinde belirtilmişti<sup>202</sup>. Ancak aydınlatılmış onam, İBÜKAHY m.4/h uyarınca “*Bilgilendirilmiş gönüllü olur formu: Araştırma hakkında ayrıntılı ve anlaşılır bilgiler verilerek alınan rızayı yazılı şekilde ispatlayan belgeyi,*” ifade etmektedir. Bunun nasıl yapılacağı esasında net değildir. Mukayeseli hukukta eş zamanlı aydınlatma yapıldığı da görülmektedir. Doktrinde savunulduğu üzere, eş zamanlı aydınlatma girişimleri, süreci daha da zorlaştırmakta ve hatta iflas ettirebilmektedir<sup>203</sup>. Araştırmaya katılanların gönüllü

---

<sup>199</sup> Manson/O’Neill,s.8.

<sup>200</sup> Aston/ Booth/ Stuteville, s.50

<sup>201</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**,s.102.

<sup>202</sup>“**MADDE 4 – (1)** Bu Yönetmelikte geçen; g) Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu: Araştırmaya iştirak edecek gönüllüye veya gerekli durumlarda yasal temsilcisine, araştırmaya ait her türlü bilgi, uygulama ve riskin insan sağlığı açısından önemi hakkında bilgi verildikten sonra, gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya iştirak etmeye karar verdiğini gösteren, taraflarca imzalanmış ve tarih düşülmüş yazılı belgeyi veya gönüllünün veya yasal temsilcisinin okuma-yazması yoksa veyahut gönüllü görme özürlüğüyle araştırmadan bağımsız en az bir tanığın huzurunda ve tanığın imzası alınmak suretiyle gönüllünün sözlü olurluğunu gösteren belgeyi,”**MADDE 5 – (1)** Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkipleri, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için, Sağlık Bakanlığından izin alınmasının yanında aşağıdaki hususlar aranır: c) Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya yasal temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmacının amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmacının yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma ekibinden bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.”

<sup>203</sup> Manson/O’Neill,s.10.

olması gerektiği<sup>204</sup> kuralına uygun bir düzenlemedir. Ancak uygulamada bu kurala aykırılığın TCK bakımından tipik bir fiil teşkil edeceği gözardı edilmemesi gereken bir gerçektir.

Mukayeseli hukukta insan üzerindeki araştırmalarda aydınlatılmış rızayı daha güçlü kılabilmek için açık rızaya başvurulması gerektiği savunulmaktadır. Uygun bir aydınlatma her zaman genel geçer bir aydınlatmadan da iyi olduğu da doktrinde ayrıca savunulan bir görüştür<sup>205</sup>.

Yeni düzenlemede de; İBÜKAHY m. 4/o “Gönüllü: *Bu Yönetmelik hükümleri ve ilgili mevzuat uyarınca, bizzat kendisinin veya kanunî temsilcisinin yazılı oluru alınmak suretiyle klinik araştırmaya iştirak edecek hasta veya sağlıklı kişi*” ifade eder. Gönüllü olmaktan kastedilen ise, kişinin rızasını açıklarken iradesini etkileyecek her şeyden bağımsız seçimini yapabilmesidir<sup>206</sup>. Yani yetkili bilgilendirme sonucunda rıza açıklayacak ve deneye katılacak kişilerdir.

Esasında insanların denemelere gönüllü olmalarının bir sebebi de hiç umudu olmayan kişilere bir umut olması, adeta tünelin sonundaki ışık olarak görülebilmesidir<sup>207</sup>. Hasta potansiyel bir bedensel yaralanmaya veya hatta öldürmeye razı olabilir<sup>208</sup>. Burada bir sorun da rızanın ne zaman alınması gerektiğidir. İlgilinin rızası genel hükümler çerçevesinde en azından fiil sona erene dek alınması gerektiğinden, rızanın fiil sona ermeden alınması gerekmektedir. Yetkili Kurullardan onay gelmediği takdirde, alınan rıza geçerli olmayacaktır. Çünkü makamın izin vermediği bir deney hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı bir deneye alınacak rızanın zaten hukuken etkisi yoktur.

İster açık ister dolaylı rıza tercih edilsin bunların arasında ciddi farklar olduğunu da vurgulamamız gerekmektedir. Explicit (açık) rıza ve implied ( ima edilerek, dolaylı) rıza her zaman birbirine zıttır. Açık rızada kişiye süreç hakkında

---

<sup>204</sup> Parvizi/ChakravartyOg/Rodriguez-Paez, “Informed consent: Is it always necessary?”,s.653.

<sup>205</sup> Manson/O’Neill,s.10.

<sup>206</sup> Kişilerin; kuvvet, hile, aldatma, baskı ya da kısıtlaması veya diğer baskı çeşidi olmaksızın, özgür iradesiyle serbest şekilde kararlarını vermeye uygun olarak araştırmalarda bulunması gerektiğine dair bakış açısıyla, bizimle aynı görüşte bkz. Hershey/Miller, s.57.

<sup>207</sup> Cohen,s.456-457.

<sup>208</sup> Grahlmann, s.29.

detaylı bilgi verilir, ve bunu onaylaması beklenir. Hatta çoğunlukla belgeler kullanılarak, imza edilerek ve daha ciddi aşamalar ile geçer. Uygun prosedürün takip edildiğine dair kanıt da sağlamaktadır. Çünkü açıkça rıza gösterildiğinde, kişiler araştırma hakkında bilgi sahibi olmadıklarına dair dava edemeyecekleri kadar yasal bir kanıt teşkil eder<sup>209</sup>. *Implied rıza* bakımından ise, kişilerin hareketlerine bir anlam yüklenerek bir sonuca varılmaktadır. Örneğin kişinin kolunu uzatmasının, kan alınması için rıza gösterildiği anlamı çıkması gibi<sup>210</sup>.

Aslında insanlığın yeni bilimsel keşiflerin ve skolastik bilginin genişletilmesi gibi ortak amaçlarına hizmet eden bilimsel gelişmeler, ilgilinin rızası konusunda bazen katılımcıların aldatılması sonucunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmektedir<sup>211</sup>. İrade sakatlıkları da açıklanan bir rızada olmaması gereken hususlardandır. Korsanlık, intihal ve sahtecilik (*piracy, plagiarism ve forgery*); araştırmacıların başvurmaması gereken rıza alma yöntemlerindedir. Bu hukuka aykırı araştırmacıların başlangıcı olarak doktrinde 1974 yılı esas alınır. William Summerlin adlı araştırmacı , *Siyah bir fareden beyaza* başarılı bir cilt nakli yaptığı duyurulmuşken, zamanla bunun için keçe uçlu kalem kullanıldığı kamuoyuna duyurulmuştur. Kişi organ nakli sonuçlarında hile yapmıştır. Beyaz fareleri keçeli kalem ile boyayarak ve insan korneasını tavşana başarılı olarak naklettiğini belirtmiştir<sup>212</sup>. Örneğin bilimsel kötü davranış olarak addedilmiş bir davada da, Avusturyalı bir araştırmacı 1981 yılında doğum kontrol haplarına ait verileri unutmıştır<sup>213</sup>. Ayrıca doktrinde “2. *Nesil sahtekârlık*” olarak adlandırılan durumlar da vardır. Örneğin bir idrar numunesini ilgilinin rızası olmaksızın 2 veya 3 kez çalışmak yahut hastadan daha fazla kan alınması ve durumun izah edilmemesi

---

<sup>209</sup> Manson/O’Neill,s.11; Burada açıkça belirtmek isteriz ki; gerçekleştirilen deney ve denemeler bakımından muhtemel bedensel etkiler de belirtilmektedir. Burada aydınlatılma süreci çok detaylıdır. Hatta kişilerin kapasitelerine göre değerlendirme yapılarak verilmektedir.

<sup>210</sup> Manson/O’Neill,s.11.

<sup>211</sup> Michael Cheng-Tek Tai, “Deception and informed consent in social, behavioral, and educational research (SBER)”, **Tzu Chi Medical Journal** Volume 24, Issue 4, December 2012, s.218.

<sup>212</sup> Stephan Lock, “Research misconduct: a resume of recent events”, **Fraud And Miscoduct In Medical Research** , Ed. Stephen Lock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996,s.14,19.

<sup>213</sup> Lock, “Research misconduct: a resume of recent events”,s.16.

bilimsel sahtekârlık anlamına gelir<sup>214</sup>. Araştırmacıların neden sahtekârlığa yöneldiği konusunda da doktrinde tartışılmıştır. Öncelikle unvan almak adına ardı ardında yayın yapmak zorundadır. Bir şekilde kendisini ispatlamış olan “iyi araştırmacı” daha da fazlasını yapması için desteklenmektedir. Bazı durumlarda akademik acele sebebiyle çalışılacak konu fazla anlaşılmadan başlanılan çalışmalar da sahtekârlığa giden başka bir yoldur<sup>215</sup> hata olasılığı fazladır. Çünkü insan üzerinde yapılan araştırmalarda, kişilerin aydınlatılabilmesi önemlidir ve bunun üzerine verilecek rıza sonucunda ancak suç oluşmaz. Bu noktada önemli bir sorunu aktarmak gerekir. İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinde, rıza o kadar büyük önem arz etmektedir ki; yokluğunda tipik fiil söz konusu olacaktır. Eğer araştırdığı konu üzerinde detaylıca bilgisinin bulunmadığı bir araştırmacının, araştırmaya katılacak olan kişileri gerçekten aydınlatması da mümkün olamaz. Bu nedenle bilgi eksikliği sonucunda verilen sözde aydınlatılmış rızalar –kâğıt üzerindeki onamlar- hukuken geçerliliği olmayacağından; araştırmacı insan üzerinde deney veya deneme suçundan sorumlu olabilecektir.

Kişi özerkliğinin bir gereği olarak, gönüllü araştırmaya katılabileceğini beyan etse de, sonrasında bundan vazgeçebilme hakkına da sahiptir<sup>216</sup>. İlgili açıkladığı rızayı her zaman geri alabilme imkanına sahip olmalıdır. Bu hususta herhangi bir gerekçe göstermek zorunda da değildir. Rızanın geri alınması herhangi bir şarta tabi tutulamayacağı gibi, herhangi bir şekilde ilgiliye maddi ya da manevi yaptırım da uygulanamaz. Rızasını geri alan kişiye herhangi bir sorumluluk yüklenemez<sup>217</sup>. Vazgeçme durumlarını düzenleyen İBÜKAHY m.5/k uyarınca “Gönüllü, gerekçeli veya gerekçesiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan ayrılabilir ve bundan dolayı sonraki tıbbi takibi ve tedavisi sırasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılamaz.” Kanaatimizce deneyin seyrinde de rıza gösteren kişi bilgilendirilmelidir ki bu imkânı elinden alınmasın. Ayrıca yazılı onamda asla deneyi

---

<sup>214</sup> Hosie, “Fraud in general practice research: intention to cheat”,s.45.

<sup>215</sup> Araştırmacıları sahtekârlığa iten sebepler için bkz. Brock, “A Pharmaceutical company’s approach to the threat of research fraud”,s.48.

<sup>216</sup> Temiz, s.259; Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII G.

<sup>217</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.492.

uygulayanların ceza sorumluluğunu bütünüyle kaldıran ifadeler yer almamalıdır. Yer alması durumunda da bu ibareler hukuken yok hükmünde olacaktır. Çünkü sorumsuzluk anlaşması olarak adlandırabileceğimiz bu gibi ifadeler kişinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ayrıca aydınlatılmış rızanın bir kopyası da mutlaka araştırmaya katılan süjeye verilmelidir<sup>218</sup>.

#### (4) Menfaat Teminine Olmaksızın Verilmesi

İnsan üzerinde deneyin gerçekleştirilebilmesi için herhangi bir menfaat karşılığı yapılmış olmaması gerekmektedir. Bu hüküm doktrinde eleştirilmektedir ve ceza kanunundan bu normun çıkartılması gerektiği savunulmaktadır<sup>219</sup>. Ayrıca gönüllüler de herhangi bir menfaat talep edemezler. Ancak doktrinde bir görüşe göre, yasak olmasına rağmen gönüllülere maddi yardımda bulunulmaktadır<sup>220</sup>.

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek madde 10/1e bu hususa ilişkindir<sup>221</sup>. Aynı kanunun madde 10/5<sup>222</sup> da menfaat şartına yöneliktir. İBÜKAHY m.5/i ‘de rızaya yönelik olarak; *“Gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum (i) bendinde yer alan bilgilendirmeye yönelik hususları kapsayan Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir.”* Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

---

<sup>218</sup> Aston/ Booth/ Stuteville, s.50

<sup>219</sup> Ünver; “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihi Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Soru”, **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, 2005, s.101; Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.211.

<sup>220</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.313.

<sup>221</sup> **EK MADDE 10- (Ek madde: Resmi Gazete 26.04.2011-27916; 6225 s.K. m.8)** “Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkipleri, geleneksel bitkisel tıbbi ürünler ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için, Sağlık Bakanlığından izin alınmasının yanında; e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması” gerekir.

<sup>222</sup> **EK MADDE 10/5** “Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybindan doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.”

Doktrinde bir görüşe göre; ölmek üzere olan bir kişinin yeni deneylere veya denemelere rıza açıklaması, %50 hayatta kalım şansı yakalamak fikrine dayandığı için ne derece gönüllü sayılabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir<sup>223</sup>. Kişilerin maddi menfaat temini söz konusu olmasa da, bu gibi manevi menfaatlerin yasak olmadığı kanaatindeyiz. Ancak kişilere umut verici araştırmaların çok sıkı denetlenmesi, boş vaatler ile kişilerin rızalarının fesada uğratılmaması önem arz etmektedir.

### **c. Çocuklar Bakımından Aranılan Ek Şartlar**

#### **(1) Rıza Açıklayabilen Çocuklar Bakımından Değerlendirme**

Çocuğun rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin alınmış olması gerekmektedir. Çocuklar üzerinde deney yapılması ilk TCK düzenlemesi bakımından mümkün değilken, sonra 31.03.2005 tarih ve 5328 sayılı kanunun m.7 sayesinde buna imkân tanınmıştır. Doktrinde bir görüşe göre Biyotıp Sözleşmesi ve Helsinki Bildirgesi çocuklar üzerinde deneye müsaade etmiştir<sup>224</sup>, diğer bir görüş de etmediğini savunmaktadır<sup>225</sup>. Kanaatimizce Helsinki Bildirgesinin 24. Maddesinde sağlığın geliştirilmesinden bahsedildiği için sağlıksız çocukların da sağlıkları geliştirilebileceğinden sağlıksız çocuklar hakkında dahi araştırma yapılabilir. Ayrıca Biyotıp Sözleşmesi m. 17/2 aynı hastalığa veya rahatsızlığa yakalanmış çocuklara fayda sağlayabileceği için sağlıksız çocuklar üzerinde araştırma yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Çocuklar üzerinde deney uluslararası metinler bakımından da tanınmıştır, hatta belirli şartlar ile hasta çocuklar üzerinde de yapılabilecektir.

Çocuk üzerinde deney yapılabilmesi için çocuğun yaşı ne olursa olsun rızasının yanı sıra ebeveynlerinin de yazılı muvafakatini almak gerekmektedir. Çocuğun aydınlatılma sonucunda kendisine söylenenleri anlayabilme yeteneğine

---

<sup>223</sup> Mark S.Stein&Julian Savulescu, Welfare Versus Autonomy in Human Subjects, 38 FLA.St. U.L.Rev,303(2011)'den aktaran Cohen,s.457.

<sup>224</sup> Hakeri, "İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu",s.314.

<sup>225</sup> M. Onursal Cin, " Yerel ve Uluslar arası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney", KHUKA, 2, 2005, 1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı, s.200.

sahip olması durumunda dahi rızası yeterli addedilmemiştir, çünkü rıza açıklama için ehliyeti olması gerekir. TCK m. 90/3 bakımından da, çocuk tek başına rıza açıklayamaz<sup>226</sup>.

Esasında kanun koyucu zımni olarak bu düzenlemesiyle insan üzerinde deney fiillerinin hukuka uygun sayılabilmesi için rıza açıklama yaşı olarak 18 yaş sınırı öngörmüştür<sup>227</sup>. Biyotıp Sözleşmesi m. 17/1-iv<sup>228</sup>,deki düzenlemeleri ile birlikte ele alınmalıdır.

Çocuklara ilişkin İBÜKAHY m.6/ b ‘de “Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır.” Şeklinde TCK’ye uyumlu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca çocuk da ebeveyn de her zaman açıkladığı rızasını geri alabilir. Herhangi bir gerekçe göstermek zorunda değildir.

## (2) Rıza Açıklayamayan Çocuklar Bakımından Değerlendirme

Çocukların rıza açıklayabilme yeteneklerinin olmaması durumunda ebeveynlerinin rızası alınacaktır. Eğer çocuk, aydınlatmayı anlayabilecek algılama gücüne sahip değilse gönüllü olarak kabul edilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bu durumda “denek” olarak değerlendirilebilir<sup>229</sup>.

Rıza açıklayamayan çocuk bakımından ebeveynlerinin veya vasisinin yazılı rızası aranacaktır. Biyotıp Sözleşmesi m.17/1-iv ve Helsinki Bildirgesi m.24 uyarınca da aydınlatma gerçekleştirilmelidir. Ancak TCK bakımından çocuğun itirazının da bulunmaması gerektiği de göz ardı edilmemelidir. TCK, Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu bir düzenleme yapmıştır<sup>230</sup>. Öte yandan maddenin düzenlenişi

---

<sup>226</sup> Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**,s.393.

<sup>227</sup> Şahin,“Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”,s.498.

<sup>228</sup> Madde 17 – Araştırmaya Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması 1 5’inci maddede şart koşulduğu şekilde muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir: iv Madde 6’da şart koşulan gerekli iznin özel ve yazılı olarak verilmiş bulunması ...”

<sup>229</sup> Somer/ Vatanoğlu, s.466-467.

<sup>230</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.317.

bakımından rıza açıklayamayan çocuklar açısından veli/vasi rızasıyla deneyin yapılamayacağı da doktrinde savunulmaktadır<sup>231</sup>.

Klinik araştırmalardaki objektif veri tartışmalarını aktarabilmek için, buna katılmaya rıza göstermek isteyen Çocukların yetkinlik kapasitelerini ölçebilmek son çalışmalarda mümkün olmaya başlamıştır. Appelbaum ve Grisso tarafından geliştirilen Klinik araştırmalar için Mac Arthur yetkinlik değerlendirme aracı (Mac Arthur competence assesment tool for clinical research- MacCAT-CR) sayesinde, yarı yapılandırılmış mülakat biçiminde çoğu yargı yetkinlik standartları yansıtan karar verme kapasiteleri dört açıdan ölçen bir tekniğin geliştirdiği doktrinde savunulmaktadır<sup>232</sup>. Ancak öte yandan çocuklar bakımından herhangi bir yararı olmayacak deneyler bakımından çocukların bunlara bir kere katılmaları durumunda rıza açıklama ehliyetlerinin zaten karar merci olarak yer almadıkları bir yerde önemi olup olmadığı konusunda da sabit bir yaşın bulunmasına dair görüşler de bulunmaktadır<sup>233</sup>.

#### **d. Gönüllüler Bakımından Özellik Arz Eden Durumlar Bakımından Değerlendirme**

##### **(1) Genel Olarak**

Her ne kadar Biyotıp Sözleşmesi ve eki protokol özellik arz eden gönüllüler açısından bazı düzenlemeler öngörmekteyse de; Türk Ceza Kanunu bu kişilere yönelik özel bir düzenleme öngörmediğinden mağdurun özellikleri ceza sorumluluğu açısından nazara alınmayacaktır. Fakat başkaca hukuk alanları bakımından yaptırım uygulanmasına yahut tazminat talep edilmesine engel değildir. Çünkü Biyotıp Sözleşmesi iç hukuk metni sayılmaktadır.

---

<sup>231</sup> şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, s.626.

<sup>232</sup> Hein/De Vries/Troost/Meynen/Van Goudoever/Lindauer, s.3.

<sup>233</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. Wendler D, Shah S.,Should children decide whether they are enrolled in nonbeneficial research?, **Am J Bioeth.** 2003 Autumn;3(4):1-7.

Ayrıca önemli hususlardan biri de, araştırmaların sonuçları hakkında katılan gönüllülere de bilgi verilmesi hususudur<sup>234</sup>. Aydınlatmanın kapsamı bu nedenle geniş olan araştırmalarda, kişilere katılım sağladıkları hususlar bakımından da yardımcı olmak gerekmektedir. Çünkü İnsan üzerinde deneylerde, kişilerden karşılaştırılmaz aşırı bir fedakârlık veya öngörülebilir bir risk talep edilmektedir<sup>235</sup>.

Çocuklar gibi, gebe kişiler üzerinde araştırma şartları da zorlaştırılmıştır. Ancak gerekli olması durumunda bu kişilerden de onam alınmak kaydıyla, araştırmaya katılabileceklerdir. Burada da yine etik kurul onayı ve Bakanlık tarafından izin verilmesi gerekmektedir<sup>236</sup>. İBÜKHAY m.6, 7, 8 ve 9 düzenlemeleri durumu özellik arz eden gönüllülere yöneliktir. Bu düzenlemelerde yazılı rıza, aydınlatma, teşvik edici maddi vaadlerin bulunamayacağı, karar verme kapasiteleri varsa bunların rıza sürecine dahil edilmeleri önemlidir. Bir diğer ortak nokta da, “bilinen herhangi bir risk” doğurmayan araştırmaya tabi olabileceklerdir. Araştırmanın riskli olduğuna dair genel bir tıbbi kanaat varsa, bu araştırmaya katılamayacaklardır. Yeni yönetmeliğin düzenlemelerini olumlu bulmaktayız. Öte yandan konuya ilişkin kanuni düzenlemelerin olması gerektiğini, temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda yönetmelik ile düzenleme yapılmaması gerektiğini savunuyoruz.

## (2) Hükümlüler Bakımından Değerlendirme

Kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı ile özgürlük kısıtlaması ile bir infaz kurumunda olan hükümlülerin gönüllü olmaları dâhilinde de deneylere tabi tutulmaları ciddi sorunlar barındırmaktadır. Geçmişte Nürnberg Askeri Mahkemesi hükümlüler üzerinde deney yapılmasını tümüyle yasaklamamış; eğer deneyin boyutunun ciddi önem arz ettiği durumlarda sıkı bir onam şartı aranması gerektiğini kabul etmiştir<sup>237</sup>. Biyotıp Sözleşmesi m. 20 de bu hususa ilişkin olarak zımni bir izin

---

<sup>234</sup> Somer/Vatanoğlu,s.465.

<sup>235</sup> Jonas, “PhilosophicalReflections on ExperimentingWith Human Subjects”,s.226.

<sup>236</sup> Somer/Vatanoğlu,s.394; Kılıçarslan,s.298.

<sup>237</sup> Deutsch,”Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, s.183.

vermektedir<sup>238</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; hükümlüler üzerinde araştırmalar eğer ki rıza; tazminat, maaş hafifletme, erken serbest bırakma gibi vaatlerle ilişkilendirilmişse hukuka aykırı olacaktır ve gerçekleştirilen mşdahale artık suç teşkil edecektir. Çünkü rıza iradi olmaktan çıkıp, zorunlu hissederek verildiği için geçersiz olacaktır<sup>239</sup>.

5275 sayılı CGTİHK m. 78 uyarınca rızası bulunmayan hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz. Kanaatimizce iç hukuk tarafından yapılmış bir düzenleme yine başka bir iç hukuk metni haline gelmiş bir sözleşme ile çelişiyorsa Anayasanın 90/5 maddesi uyarınca çözüme gitmemiz; özgürlükler bakımından ciddi bir sorun teşkil edecektir. Sözleşmede hükümlüler üzerinde deneye izin verilse de; i hukukumuzda daha ileri bir düzenleme mevcuttur<sup>240</sup>. Özetle, CGTİHK m. 78/2 de hükümlüler üzerinde deneyi yasaklamıştır. Rıza dahi olsa, mevzuatımız uyarınca hükümlüler üzerinde deney yapılamaz.

---

<sup>238</sup> “Madde 20 – Organ Alınmasına Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması  
1 5’inci Maddeye göre muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz.  
2 İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörölmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi koşuluyla izin verilebilir: (\*)  
i Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması,  
ii Alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;  
iii Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;  
iv 6’ncı Maddenin 2’nci ve 3’üncü paragraflarında şart koşulan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması;  
v Muhtemel vericinin itirazda bulunmaması.  
Bölüm VII – İnsan Vücutundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf ve Ticarî Kazanç Yasağı”

<sup>239</sup> Arbab-Zadeh/ Prokop/ Reimann, A 3 3 VIII G.

<sup>240</sup> Bu konuda kanunun sözleşmeye uyarlanması gerektiği hususundaki görüşü için bkz. Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**,s.147.

### (3) Gebeler Bakımından Değerlendirme

Eski KAHY m.8 'de gebelere ilişkin düzenlemeler bulunmaktaydı. Ancak İBÜKAHY m.7'de<sup>241</sup> Gebeler, lohusalar ve emziren kadınların araştırmaya iştirak etmeleri düzenlemektedir.

İBÜKHAY gebe kadın üzerinden fetüse fayda sağlamayan deneylerin gerçekleştirilmesini yasaklarken; Biyotıp Sözleşmesi ek protokol, zararsız deneylere izin vermektedir. Yönetmeliğin bahsi geçen maddesi Sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle yapılacak bir kanuni düzenleme ile, kanun koyucunun fetüse fayda sağlamayan deneyin yapılamayacağına dair görüşünü kanunlaştırmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Doktrinde eski KAHY m.8, fetüs hakkında herhangi bir risk faktörünü değerlendirmede için eleştirilmekteydi<sup>242</sup>. Ancak İBÜKHAY ile getirdiği mevcut düzenlemede, *araştırma gönüllü ile fetüs veya bebek sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyorsa* ibaresi ile bu kaygılar da giderilmiştir. Bu sebeple olumlu bir düzenleme olup, NPHK ile cenine dair koruma

---

<sup>241</sup> Buna göre; "(1) Araştırma konusunun doğrudan gebe, lohusa veya emziren kadınları ilgilendirmesi ya da sadece gebe, lohusa veya emziren kadınlarda incelenebilir klinik bir durum olması hâlinde, araştırma gönüllü ile fetüs veya bebek sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyorsa 5 inci maddede belirtilen hususlar ile birlikte aşağıda belirtilenler çerçevesinde gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

a) Araştırılacak ürünün ve uygulamanın gebeler, lohusalar, emziren kadınlar ve fetüs veya bebek üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.

b) Gebe, lohusa veya emziren kadınların, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı oluru alınır.

c) Gebe, lohusa veya emziren kadınların, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmeleri veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda araştırmadan çıkarılır.

ç) Etik kurul, özellikle fetüs veya bebek sağlığı yönünden, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.

d) Gebe, lohusa veya emziren kadınlarda yapılacak klinik araştırmalar için bunların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz."

<sup>242</sup> Somer/ Vatanoğlu, s.466.

eğilimi bu yeni yönetmeliğe de yansıtılmıştır. Yönetmelik salt gebe kadının rızasını değil, lohusalar, emziren kadınların da deneye tabi olabileceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce bu düzenlemeler bakımından da, uluslararası sözleşmeler ve TCK ile uyumlu bir kanun yapılması zaruridir.

#### (4) Kısıtlılar Bakımından Değerlendirme

Kısıtlılar bakımından TCK'da ve Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda da ayrıca bir düzenleme mevcut değildir. Rıza ehliyeti olmayan kısıtlılara ilişkin olarak Biyotıp Sözleşmesi m. 17 ile çocuklara ilişkin hükümleri kısıtlılara da uygulanabileceğini düzenlemiştir<sup>243</sup>. Rıza ehliyeti bulunmayan kısıtlılılar bakımından TCK aranan başkaca şart bulunmamaktadır. Fakat eski KAHY madde 4/1 v'de kısıtlıların kim olduğu düzenlenmişti<sup>244</sup> ve Eski KAHY m. 9 da bu hususa ilişkindi<sup>245</sup>. Ancak Kısıtlılar bakımından İBÜKAHY m.8/ b'ye göre; “Rızasını

---

<sup>243</sup>“Madde 17 – Araştırmaya Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması

1 5'inci maddede şart koşulduğu şekilde muvafakatını açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

i Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların yerine getirilmesi;

ii Araştırma sonuçlarının, ilgilinin sağlığına gerçekten ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;

iii Muvafakat verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde, karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın yapılamaması;

iv Madde 6'da şart koşulan gerekli izin özel ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve

v İlgili kişinin itirazda bulunmaması.

2 İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, araştırmanın ilgili kişinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, sözkonusu araştırmaya, yukarıda 1'inci paragraf ve alt paragraf (i), (iii), (iv) ve (v)'dekilerin yerine getirilmesi ve aşağıdaki ek şartların da bulunması halinde izin verilebilir:

i Araştırmanın, kişinin durumu, hastalığı ve rahatsızlığı hakkında kaydedeğer bilimsel bilgi sağlayarak, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kişilere faydalı olacak sonuçlara ulaşılmasına katkı amacını taşıması;

ii Araştırmanın, ilgili kişi için sadece asgarî düzeyde tehlike ve asgarî bir külfet getirmesi.”

<sup>244</sup>**MADDE 4 – (1)** Bu Yönetmelikte geçen; v) Kısıtlı: Yoğun bakımdaki hastalar, askeri görevini yapan er ve erbaşlar dahil olmak üzere 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 405 ila 408 inci maddelerinde tanımlanan kısıtlılık halleri kapsamındaki kişileri,

<sup>245</sup>**“MADDE 9 – (1)** Kısıtlılar üzerinde araştırma yapılamaz. Ancak araştırma konusunun doğrudan kısıtlıları ilgilendiren ya da sadece kısıtlılarda incelenebilir bir durum olması halinde veya kısıtlının hastalığıyla ilgili mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, araştırma kısıtlı sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ve araştırmanın kısıtlılara doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise 5 inci maddede belirtilen hususlar da dikkate alınmak suretiyle, aşağıdaki hususlar çerçevesinde kısıtlılar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir:

*açıklayabilecek yetiye sahip ise kısıtlının rızası ile birlikte vasisinin 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olurları alınır.”* Şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan kısıtlılar bakımından İBÜKHAY m. 8/1ç uyarınca uzman bir hekim ve bir psikiyatr hekimin etik kurulda bulunması da yerinde bir düzenlemedir. Kısıtlılar, İBÜKHAY m. 8/1c uyarınca eğer deneye katılıp katılamayacakları bakımından kanaate varabilecek kapasitedeyse, araştırmadan her zaman kendi talepleri ile çekilebilecekler yahut araştırmayı reddedebileceklerdir. Ayrıca kısıtlılara maddi kazanç da sağlanmıyor olması, rızanın geçerliliği bakımından önemlidir.

Yönetmeliğin eski maddelerinde, mevcut tedavi yöntemlerinin tamamen tüketilmesi durumunda kısıtlılar üzerinde deneye izin verilmişti. Kaldı ki; temel hak ve özgürlüklere ilişkin hususlar kanunla düzenlenebilecektir. Bu sebeple yönetmelik TCK’da bulunmayan bir hususu bünyesinde bulundurmaktaydı. Bu sebeple tedavi yöntemlerinin tamamı tüketilmese de deney yapılabilirken<sup>246</sup> bu husus eski KAHY’de engellenmişti.

## (5) Klinik Açıdan Durumu Acil Kişiler Bakımından Değerlendirme

TCK ve Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu düzenlemelerine göre deney öncesinde yazılı şekilde verilmeyen rıza; deneyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 19 burada dikkate alınmalıdır. Bu açıdan sorun

---

*a) Kısıtlı ve/veya yasal temsilcisi 5 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yasal temsilcisinin yazılı oluru alınır.*

*b) Kısıtlı, kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yaparak bu konuda kanaate varabilme kapasitesine sahip ise araştırmaya iştirak etmeyi reddetmesi durumu veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilme yönündeki isteği dikkate alınarak araştırmadan derhal çıkarılır.*

*c) Araştırılacak ürünün kısıtlılar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbi bir kanaatin bulunması gerekir.*

*ç) İlgili etik kurul, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim ile psikiyatri uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir.*

*d) Kısıtlılarda yapılacak klinik araştırmalar için kısıtlıların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik ve/veya mali teklifte bulunulamaz.”*

<sup>246</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.147.

teşkil etmektedir. Biyotıp Sözleşmesi ek protokol ve kanun hükümleri arasında bir çatışma mevcuttur. İç hukuk metinlerimiz daha koruyucu niteliktedir<sup>247</sup>.

Aydınlatmanın ispatı bakımından ciddi sorunlar yaşanabileceği bir nokta da tanıkların ispatın Eski KAHY’de düzenlenmesine rağmen , *İBÜKAHY*’de tanıklar belirtilmemiştir. Söz konusu düzenleme bu bağlamda eksiklik arz eder.

*İBÜKAHY* m. 9/ b “*Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin varsa kanunî temsilcileri yoksa yakınları, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirilir ve yazılı olurları alınır.*” *Ve İBÜKAHY 9/2“ Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin kanunî temsilcilerine ya da yakınlarına ulaşılamaması ve yazılı olurlarının alınamaması durumlarında, birinci fıkra hükümleriyle beraber aşağıdaki şartların varlığı halinde, sorumlu araştırmacı veya hekim olan bir araştırmacının sorumluluğunda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler araştırmaya dâhil edilebilir:” düzenlemeleri önemlidir. Bu düzenlemeler uyarınca “Kardiyak arrest, kafa travması, santral sinir sistemi enfeksiyonları, beyin içi kanamaları gibi ani gelişip hekimin hemen müdahale etmesi gereken ve mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilere araştırmanın doğrudan bir fayda sağlayacağına yönelik genel tıbbi bir kanaatin bulunması” şartıyla, bu kişiler üzerinde deney yapılabilecektir. Kanaatimizce bu durumlar yönetmelik ile düzenlendiğinden hakkın icrası kapsamında değerlendirilemez ancak burada varsayılan rıza kurumu devreye girebilir.*

## **6. İnsan Üzerinde Deneyin Uygulanacağı Yer Bakımından Şartları**

İnsan üzerinde deneyin uygulanacağı yer Türk Ceza Kanunumuzda belirtilmemiştir. Öte yandan *İBÜKHAY* m. 11’de klinik araştırmanın yapılabileceği yerler ve asgari olarak bulunması gerekli hususlar düzenlenmiştir. İnsan üzerinde deneyin mahiyeti itibariyle uygulanabileceği yerlerde uygulanmaması durumunda, TCK m. 90 bağlamında verilecek olan cezanın arttırılmasına sebep olabilir. TCK m.

---

<sup>247</sup> Kanunların Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmesi gerektiği hususunda bkz.Eşitli, s.148.

61 uyarınca cezanın bireyselleştirilmesi sürecinde deneyin uygulanacağı yerin deneyin bilimsel çerçevede yapılması gerektiği örneğin bir hastane, klinik gibi yerlerde yapılmamış olması somut cezanın arttırılmasına sebep olabilecektir kanaatindeyiz<sup>248</sup>.

## **7. Gönüllünün Hukuken Geçerli Rızasının Bulunmamasının Sonuçları**

Gönüllü kişilerin deney yapılmasına ilişkin geçerli rızaları bulunmuyorsa söz konusu deney fiilleri TCK m. 90 uyarınca cezalandırılacaktır. Gönüllünün TCK m. 90 bünyesinde aranan şartlar mevcut olduğu halde, ilgili sözleşme, kanunlar ve yönetmeliklerdeki rızaya ilişkin koşulların bulunmaması halinde idari yaptırımlar uygulanabilir yahut özel hukuk anlamında tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Fakat ceza sorumluluğu kanunilik ilkesi uyarınca mevcut olmayacaktır.

İnsan üzerinde deneye başlanılmadan önce neden ve hangi amaçlarla deney yapılacağı ayrıca yöntem hakkında da bilgi verilmesi gerekmektedir. Örneğin ilgilinin alınmasına rıza gösterdiği materyallerin alınma sebebi veyahut kullanımı konusunda hatalı bilgilendirmeden araştırmacı sorumlu olacaktır. Çünkü ortada yazılı da olsa aydınlatılmış bir irade yoktur. Fesada uğramış bir rıza söz konusudur. Bu durumda m. 90 yaptırımı söz konusu olacaktır<sup>249</sup>. Kanunda aranan şartların gerçekleşmemesi durumunda uygulayıcıların insan üzerinde deney suçu bağlamında sorumluluğu olacaktır<sup>250</sup>.

Suçun konusu canlı bir insandır. Bu sebeple fetüs, ölümler yahut embriyo üzerinde gerçekleştirilen deneyler bu kapsamda değerlendirilemez. Doktrinde bir görüşe göre; İBÜKAHY m. 2/1 „*biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları dâhil, ruhsat veya izin alınmış olsa dahi insanlar üzerinde yapılacak olan ilaç, tıbbi ve biyolojik ürünler ile bitkisel ürünlerin klinik araştırmaları*“ tanımını yaparak, klinik araştırmaların kapsamını TCK düzenlemesinden farklı olarak genişletmiştir.

---

<sup>248</sup> Aynı görüşte Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.162.

<sup>249</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.488.

<sup>250</sup> Konuya ilişkin bölümlerde detaylı açıklamalar yaptığımız için sadece suça ilişkin olarak birkaç nitelendirmede bulunacağız.

Cezai sorumluluk açısından yönetmelik düzenlemesinin normlar hiyerarşisi ve kanunilik ilkesi bakımından dikkate alınması mümkün değildir. İnsanlar üzerinde deney fiilleri yaptırma bağlanmıştır. İnsandan sadır olsa dahi; artık insandan ayrılan kan, idrar gibi biyolojik örnekler üzerindeki deneyler bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceği de eski yönetmelik bakımından savunulmaktaydı<sup>251</sup>. İnsan üzerinde deney, insana dair biyolojik örnekleri de kapsamaktadır. İnsan üzerinde araştırma yapılabilmesi için insana ait örneklerin alınması, insandan uzaklaştırılması gerekir. Kanaatimizce ayrı bir kanun ile insan üzerinde deneyin şartları belirlenebilir ve TCK m.90'da "*insan üzerinde veya insana ait biyolojik ürünler üzerinde deney*" ibaresi konulabilir. Böylelikle doktrinde konuya ilişkin eleştiriler de ortadan kalkacaktır.

İnsan üzerinde deney suçu bakımından; öncelikle aynı maddede insan üzerinde deneme ile insan üzerinde deney suçunu birbirinden ayıran en önemli kriter tedavi etmek maksadıdır. Bu sebeple salt bilimsel deney ve tıbbi deney de bilimsel deney kapsamında değerlendirilecektir. İnsan üzerinde deney suçu açısından maddede aranan saik bulunmadığından sadece kişinin bilimsel deney yapmak kastıyla ve bilinciyle hareket etmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Aksi halde somut olaya göre kasten yaralama veya eziyet suçları gündeme gelebilecektir.

Ayrıca burada değerlendirilmesi gereken bir başka husus da TCK madde 90/5'tir. Hukuka aykırı insan üzerinde gerçekleştirilen deney sonucunda mağdur yaralanmış yahut ölmüş olabilir. Bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç tipi düzenlendiğinden failin en azından taksirle hareket etmesi gerektiği aranacaktır. İnsan üzerinde gerçekleştirilen hukuka uygun deney fiilleri sebebiyle kişi yaralanır yahut ölürse taksirli sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>252</sup>. TCK m.90 düzenlemesi, doktrinde amaca uygun düzenlenmediği için eleştirilmektedir<sup>253</sup>.

Araştırmacının ilgilinin rızasını almadan deneye başlamaması gerekir. Daha sonra rızasını alması suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır. İnsan

---

<sup>251</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.488.

<sup>252</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.150; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.229.

<sup>253</sup> Ünver, "TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler", s.97.

üzerinde deney suçu sırf hareket suçudur. Fiillerin yapılmasıyla suç tamamlanmış olacaktır. İnsan üzerinde deney suçu bir tehlike suçudur. Bu nedenle herhangi bir zarar meydana gelmesine gerek yoktur<sup>254</sup>. İnsan üzerinde deney bir tehlike suçudur<sup>255</sup>. Doktrinde bir görüşe göre; TCK m.90/2 ve 3 uyarınca *tipik hareket, beden bütünlüğü bakımından* genel ve soyut tehlike yarattığı için, söz konusu suç bir soyut tehlike suçu olarak kabul edilebilir<sup>256</sup>. Kanunun düzenlediği şartlara riayet etmeksizin deneyi gerçekleştiren araştırmacının, bu suçun bir tehlike suçu olmasından bahisle cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Doktrinde bir görüşe göre klinik araştırmalarda hata kaçınılmazdır. Hastaların bazı takip etmesi gereken prosedürleri unutulabilir. Hatta ilaçların karıştığı, hasta katılımcılarının isimlerinin yazılmadığı gibi durumlar da görülmektedir<sup>257</sup>. Bu durumlarda hataya ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Ancak rızaya ilişkin bir hata söz konusu ise, ilgilinin rızasını tipikliğin bir unsuru olarak kabul ettiğimiz için<sup>258</sup>, burada tipikliği kaldıran rızaya ilişkin hata yani bir unsur hatası TCK m.30/1 gündeme gelebilecektir.

## IV. İnsan Üzerinde Deneme

### A. Tarihsel Gelişim

Amerika Birleşik Devletlerinde insan üzerinde deneme fiili gerçekleştiren bir hekim hakkında; klasik tıbbi yöntemlerin dışına çıktığı için oluşabilecek zararlardan sorumlu tutulacağına hükmedilmiştir. Fakat 20. Yy başlarından itibaren verilen kararlarda hekimin eğer hastanın rızası varsa uygulanacak metodun bir deneme teşkil

---

<sup>254</sup> Üzülmöz, s.120.

<sup>255</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.324.

<sup>256</sup> Altunkaş, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları” ,s.203-204; Netice veya somut bir tehlike de öngörülmediğinden, tipikliğin alanında bir genişleme sorunu ortaya çıkmıştır. Bunun da temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmaması için kanunilik ilkesi gözönünde bulundurularak yorumlanması gerekmektedir. Açıklamalar için bkz. Aygörmez-Uğurlubay,s.173-174; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.255.

<sup>257</sup> Hosie, “Fraud in general practice research: intention to cheat”,s.41.

<sup>258</sup> Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.228.

ettiği ve hastanın da rıza gösterdiği takdirde oluşabilecek zararlardan hekim sorumlu tutulmamaktadır<sup>259</sup>.

## **B. İnsan Üzerinde Deneme Fiilleri Bakımından Rıza**

### **1. Genel Olarak**

İlgili bölümlerde de bahsettiğimiz üzere insan üzerinde deneme fiillerinin şartlarının ne olacağına ilişkin hukuki düzenleme 2005 yılı öncesinde mevcut değildi. Sadece AY m.17/2’de insanların rıza dışı denemelere tabi olamayacağına dair hüküm yer almaktaydı. TDN m. 11/2 irdelendiğinde de insan üzerinde denemeye izin verildiği görülmektedir<sup>260</sup>. 5237 sayılı TCK m.90/4 uyarınca ile ülkemizde insan üzerinde deneme fiillerinin hukuka uygunluk şartlarına dair bir düzenleme bulunmadığından, ilk kez iç hukukumuzda bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmış ve konuya ilişkin şartlar yasal bir zemine taşınmış böylelikle de belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Madde düzenlemesi dikkate alındığında insan üzerinde deneme fiilinin hukuka uygunluk şartları belirtilmiş ve böylelikle de söz konusu şartların oluşmaması durumunda suç teşkil edeceği yaptırıma bağlanmıştır. Kanun koyucunun böylesine sıkı koşullara tabi bir düzenleme yapmasının altında yatan sebeplerden birisi de bir standardizasyon yakalamaktır. Zaten maddenin formüle edilmesinden de düzenleyici bir norm olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>261</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiilleri bakımından sıkı koşulların aranması mantığa uygundur. Çünkü ortada klasik tıp bilimin ulaştığı güncel uygulamaların dışında denenmemiş yeni bir yöntem mevcuttur<sup>262</sup>.

Ayrıca şartlar arasında yer almayan ve insan üzerinde deneyden farklı olarak etik kurul izni insan üzerinde denemeler bakımından mevcut değildir<sup>263</sup>. Ayrıca insan

---

<sup>259</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.300.

<sup>260</sup> Benzer görüşte Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.317; Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Ceza Sorumluluk”,s.478.

<sup>261</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.307-308.

<sup>262</sup> Ayan, s.14;Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.317.

<sup>263</sup> Benzer uygulama Almanya’da da mevcuttur. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.319.

üzerinde deneme fillerinde öncelikli amaç bilgi elde etmek değil, insan hayatının kurtarılmasıdır<sup>264</sup>. Kanaatimizce kişi özerkliği açısından ivedi bir tedavi amacı taşıyan vücut bütünlüğüne böyle bir müdahalenin önünde yavaşlatıcı bir prosedür konulmak istenilmemesinden ötürüdür. Çünkü insan üzerinde deneme hasta bir kişiye yönelik olarak tedavi bazlı bazı araştırmaların uygulanmasıdır. İnsan üzerinde deney ise insanlık geneline yönelik bazı araştırmaların uygulanmasıdır. İkisi bakımından varılmak istenen amaç farklıdır.

Esasında insan üzerinde denemenin şartları: 1- İlgilinin rızası 2- bilinen tıbbi yöntemlerin sonuç vermeyeceği durumların bulunması 3- Uzman hekim tarafından müdahalenin gerçekleştirilmesi 4- Müdahalenin hastane ortamında yapılması<sup>265</sup> 5- denemeye tabi tutulacak kişinin hasta olması sayılabilir.

İnsanlar üzerindeki yeni girişimler, insan üzerinde deneme olarak adlandırılır ve esasında *“insan üzerinde deney ve insanlar üzerindeki girişimler arasında bir tampon bölgede yer alır”*<sup>266</sup> ve sonuç olarak insan üzerinde deneme; *“Daha önceden insanlar üzerinde yeterince denenmediği için, etkileri ve yan etkileri bütünüyle bilinmeyen yeni bir tıbbi ürünün, cihazın veya yöntemin hastanın iyileştirilmesi amacıyla kullanılması”*<sup>267</sup> dır.

## **2. İnsan Üzerinde Deneme Fiiline Rızanın Yöneleceği Kişi (Uzman Hekim veya Diş Hekimi Olma Şartı)**

Mevzuatımız açısından hasta insan üzerinde deneme fiili ancak bir uzman hekim tarafından gerçekleştirilebilir. Türk Ceza Kanunu madde 90.maddesinin 4.fıkrasında sayılan şartlar arasında açıkça yer almasa da; kanun metninde tıbbi müdahale terimi geçtiği için tıbbi müdahaleyi yapabilecek kişinin de hekim olduğu 1219 sayılı kanun ve Türk Tabipler Birliği Kanununda açıkça zikredildiğinden;

---

<sup>264</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.484.

<sup>265</sup> Hakeri, “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, s.79.

<sup>266</sup> Grahlmann, s.3.

<sup>267</sup> Şahin, “Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.483.

hekim dışında bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>268</sup>. Hekim olmayan bir kişinin fiili, hastanın rızası dahi olsa, suç teşkil edecektir<sup>269</sup>. Fakat mevzuatımız insan üzerinde denemenin şartları bakımından düzenleyici bir norm olması sebebiyle, TCK m. 90/4 uyarınca uygulayıcının uzman sıfatını taşıması gerektiğine vurgu yapmıştır.

Doktrinde insan üzerinde deneme suçunun özgü suç olduğu savunulmaktadır<sup>270</sup>. Doktrinde TCK m.90 bakımından özgü suç olup olmadığı konusunda, maddenin düzenleniş amacı değerlendirilerek bulunabileceği şeklinde yorumlar da yapılmıştır<sup>271</sup>. Doktrinde faili bakımından özgü suç olmadığı da; bilimsel araştırma yapan herkesin, bu suçun faili olabileceği gerekçesiyle savunulmaktadır<sup>272</sup>. İnsan üzerinde deneme fiilleri hekim dışında sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi durumunda insan üzerinde deneme suçu bakımından değerlendirme yapılamayacaktır. O halde insan üzerinde deneme suçu kanunda mutlaka faili bakımından özellik arandığından özgü suç olarak nitelendirilecektir<sup>273</sup>. Madde metninde; hastane ortamında uzman bir hekim tarafından deneme fiilinin gerçekleştirilebileceği düzenlendiğinden, TCK m.90/4'ün özgü suç olarak düzenlendiği kanaatindeyiz. TCK m.90/1 uyarınca daha net bir şekilde, özgü suç olarak kaleme alınmış bir maddedir<sup>274</sup>. Bilimsel deneyin amacının suç tipi bakımından bir özelliği bulunmadığı savunulsa da,<sup>275</sup> bize göre suç tipinde yer alan rıza, varlığında tipikliği kaldıran bir etkiye sahiptir<sup>276</sup>.

---

<sup>268</sup> Üzülmöz, s.123.

<sup>269</sup> Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.229.

<sup>270</sup> Altunkaş, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", s.199-200; Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.61.

<sup>271</sup> Yorumlar için bkz. Aygörmez-Uğurlubay, s.178-179.

<sup>272</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk",s.487.

<sup>273</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.499.

<sup>274</sup> Ayrıca bkz. Altunkaş, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", s.199-200.

<sup>275</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**,s.150.

<sup>276</sup> Bkz. Üzülmöz, s.124; Koca/Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.229.

## C. İlgilinin Rıza Göstereceği İnsan Üzerinde Deneme Fiilin Amaçları ve Sınırları

### 1. Amaçları

#### a. Genel Olarak

İnsan üzerinde deneme fiilinin gerçekleştirilebilmesi için hekimin; hastanın maruz kalacağı tehlikelere karşı önlemlerini alması ve hastanın elde edeceği fayda-zarar dengesini iyi gözetmesi gerekir. Eğer denenmemiş bir metot hastanın sağlığını daha kötüye götüreceği öngörülüyorsa buna girilmemelidir<sup>277</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiillerini gerçekleştirecek hekim, iyileştirmek istediği hastalık açısından bu fiilleri uygulayabilecektir. Başka bir hastalığa yönelik gerçekleştirilecek uygulamalar, insan üzerinde deney fiilini akla getirecektir. Belirtildiği üzere insan üzerinde deney ile deneme fiilleri bakımından şartlar birbirinden farklıdır. Bu sebeple deneme fiilinin hukuka uygun olabilmesi için, denemeye tabi tutulan hastanın iyileştirilmek istenen hastalığına yönelik olmak kaydıyla kanunda aranan şartların tamam olması halinde hekimin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. İlgilinin rızasının bulunması kanunda yer alan diğer şartların oluşmaması halinde fiili suç olmaktan çıkartmayacaktır<sup>278</sup>. Kanundaki şartların varlığı ile ilgilinin rıza açıklaması durumunda tipiklik kalkacaktır.

#### b. İnsan Üzerinde Denemenin Tedavi Amaçlı Yapılması Şartı

İnsan üzerinde deneme fiilleri ancak rıza gösteren hastanın iyileştirilmek istenen hastalığı için yapılabilir. Tedavi amacı dışında uygulanan denemeler TCK m.90/4 anlamında suç teşkil edecektir. Çünkü denemelerde bir hastalığın tedavisini amaçlamaktadır. TCK m. 90/4 hükmü de, kişinin hastalığına yönelik olarak o kişiye

---

<sup>277</sup> Bayraktar;s.167.

<sup>278</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.318.

tedavi umudunun sağlanması için denemeye izin vermektedir<sup>279</sup>. Tedavi alanında ilerleyebilmek için ne kadar riskli de olsa, belirli bir güven ilişkisi içerisinde denemeler yapılmak zorundadır<sup>280</sup>.

Ayrıca TCK m.90/4'te yer alan şartlarının gerçekleşmemesi halinde madde uyarınca failin cezalandırılacağı açıktır. Fakat insan üzerinde deneme suçu bakımından deneme fiillerinin “*tedavi amaçlı*” yapılması gerekmektedir. Suç tanımında saik aranması sebebiyle bu saikle gerçekleştirilmeyen fiiller deneme suçuna cevaz vermeyecektir. Tedavi dışında başka bir amaçla gerçekleştirilecek olan fiiller; somut olayın özelliklerine göre örneğin kasten yaralama suçu, hakaret suçu yahut eziyet suçu eğer gerçekleştiren kişi kamu görevlisi ise işkence suçuna da cevaz verebilir<sup>281</sup>.

Öte yandan insandan alınacak olan parçalar, organ ve doku kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Çünkü parçanın alındıktan sonra insan bedeni ile ilişkisi kesilmektedir. Ancak alınan organ veya doku bir deneyin ya da denemenin parçası olarak alınmış ise o zaman bu madde kapsamında değerlendirilir<sup>282</sup>.

### **c. Klasik Tıbbi Yöntemlerin Sonuçsuz Kalması Durumu**

İnsan üzerinde deneme fiillerinin hukuka uygunluk şartlarından birisi de klasik tıbbi yöntemlerin sonuçsuz kalmasıdır<sup>283</sup>. Bilinen tedavi yönteminin öncelikli uygulanmasının istenmesi, hastaların istismar edilmesinin önüne geçilmesi içindir ve düzenleme doktrinde aksi görüşler olmasına rağmen<sup>284</sup>, kanaatimizce yerindedir. TCK madde 90/4'te sayılan şartlar arasında özellikle klasik tıbbi yöntemlerin

---

<sup>279</sup> Endikasyon şartının bulunmaması halinde fiilin kasten yaralama suçu oluşturacağı hususunda bkz. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.318.

<sup>280</sup> Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”, s.238.

<sup>281</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.326.

<sup>282</sup> Karşılaştırınız Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.325.

<sup>283</sup> Üzülmüş, s.123.

<sup>284</sup> Yazar bunu hekimin tedavi özerkliğine aykırılık olarak değerlendirmektedir. Bkz. Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.318.

sonuçsuz kalması aranmıştır.Bunu öğretilerde tedavi özerkliğine aykırı bulan yazarlar da bulunmaktadır<sup>285</sup>. Kanaatimizce klasik tıbbi yöntemlerinin dışına ne kadar çıkılırsa o kadar kötüye kullanma artabilecektir.Çünkü malpraktislerin hukuka uydurulması ve ceza sorumluluğundan kaçmaya cevaz verecek düzenlemelerin önünün açılmaması gerekir. Ancak bu TCK bakımından düzenlenmiş bir şarttır aksi ceza sorumluluğu doğurabilecektir.

Hekim, denenmemiş bir cerrahi bir müdahalede bulunuyor veya yeni bir ilaç deniyor ise, artık ortada insan üzerinde deneme fiili mevcuttur. Rızanın alınmasına yönelik hususlar artık, insan üzerinde deneme fiilleri bakımından değerlendirilmelidir. Mutlaka ilgilinin yazılı rızası olmalı ve “...elde edilecek yararın zarardan fazla olması gerekir”<sup>286</sup>.

Hali hazırdaki düzenleme ile hastaya kendisine yeni bir yöntemin uygulanmasını direkt talep etme hakkı tanınmamıştır. Her ne kadar böyle bir yönetime dair yeterince detaylı aydınlatma yapılsa ve rıza gösterilse dahi, hekimin direkt yeni yöntemi uygulaması TCK 90/4 bağlamında insan üzerinde deneme suçunu sonuçlanacaktır.

Öte yandan insan organizması çeşitlilik arz eder. Bir kişiye iyi gelmiş bir yöntem başkasında hiç işe yaramayabilir. Hekim bazı durumlarda hastaya diğer metotların uygulanmasının sonuçsuz kalacağını öngörebilir. Yine de tıp biliminin belirli standart kazanmış tedavi yöntemleri vardır. Bu yöntemlerden en uygun olanı hastanın durumu da nazara alınıp, bireyselleştirme yapılarak hastanın da rızasının varlığı durumunda uygulanıp sonuç alınmadığı takdirde diğer yöntemlerin sırasıyla uygulanmasından vazgeçip, yeni bir yöntem denenebilir. Çünkü madde metninde “bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine” ibaresi kullanılmıştır. Kanaatimizce bütün klasik yöntemlerin uygulanmasının beklenilmesi de hasta açısından ciddi bir zaman kaybıdır ve sağlık

---

<sup>285</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.318.

<sup>286</sup> Soyaslan, “ Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, s.267.

açısından risk taşımaktadır. Tek bir klasik yöntemin uygulandıktan sonra başarısız olması sebebiyle artık yeni bir yöntem denenebilir.

Bilinen bir yöntemin uygulanmadan yeni yöntemin kişiye rızası ile uygulanması hasta açısından ciddi risk taşımaktadır. Bu nedenle, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin en az biri uygulanmadan insan üzerinde yapılacak deneme fiilleri TCK m.90/4 bağlamında ceza sorumluluğunu gerektireceği açıktır.

## **2. Sınırları**

### **a. Bilimsel Yöntemlere Uygun Olma**

Özellikle insan üzerinde deneme açısından hekim ivedilik gerektiren durumlarda daha önceden klasik tıbbi yöntem kabul edilmeyen bir yöntemi hastasına uygulayabilir<sup>287</sup>. HHY m. 27’de, TCK m. 90/4 dışında başkaca şartlar aranmıştır. İBÜKHAY m.9/1 uyarınca mevcut tedavi seçenekleri tükenmişse ve yeni yöntem olası risk taşııyorsa uygulanabilir. Bu şart TCK’da bulunmamaktadır. Tıp biliminin standartlarından uzaklaşarak yapılan böyle müdahalelerde, öngörülebilir riskin olmadığını garanti edebilmek standart yahut yeni olsun hiçbir tıbbi müdahale bakımından mümkün değildir. Bu noktada yönetmelik esasında belirsiz bir duruma yönelik olarak, tedavisi olmayan hastalıklarda yeni bir yöntemin ivedi olarak uygulanmasının önünü açmaktadır. HHY m.27’de ise hastaya faydalı olacak alışlagelmiş tedavi yöntemlerinin uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Olası faydalı bir yöntemin varlığı zaten tedavilerin tükenmediği anlamına da gelebilir. Bu anlamda HHY m.27; TCK m. 90/4 ve İBÜKHAY m. 9/1 çelişmektedir.

### **b. Denemenin Hastane Ortamında Gerçekleştirilmiş Olması**

İnsan üzerinde deneme fiillerinin hastane ortamında gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>288</sup>. O halde bir hekimin özel muayenesinde tedavinin

---

<sup>287</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.167.

<sup>288</sup> Üzülmez, s.123.

gerçekleştirilmesi durumunda hukuka aykırı olacaktır<sup>289</sup>. Öte yandan, hastane ortamında gerçekleştirilmesini arayan kanunumuz, etik kurul izninden bahsetmemiştir. Ancak bu önemli bir eksiklik değildir. Almanya’da da benzer şekilde etik kurul izni olmaksızın deneme fiilleri gerçekleştirilmektedir<sup>290</sup>. İBÜKHAY m.9/2a<sup>291</sup> ile bu eksiklik farkedilerek yeni bir düzenleme yapılmıştır. HHY m.32/1 uyarınca tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı müdahaleler bakımından izin alınması gerektiği ve bu sebeple, denemeler bakımından da izin söz konusu olmadığı doktrinde savunulmaktadır<sup>292</sup>. Ancak **kanaatimizce burada bilinçli bir boşluk söz konusu değildir. İnsan üzerinde deneme, bir şeyi tecrübe etme amacı da taşıdığından HHY bakımından örtülü olarak değil açıkça denemeleri de kapsar şekilde izinden bahsedilmiştir.** Ceza sorumluluğu doğurmasa da, idari sorumluluk doğurabileceğini de vurgulamak isteriz.

## **D. İnsan Üzerinde Deneme Fiiline Rıza Gösterecek Kişi**

### **1. Genel Olarak**

İnsan üzerinde deneme fiilleri yetişkin bir kimse üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi; çocuklar üzerinde de gerçekleştirilebilir. İnsan üzerinde deney fiillerinden farklı olarak; kanun koyucu insan üzerinde deneme fiilleri bakımından çocuk ve yetişkin ayrımı gözetmeksizin aynı şartları aramıştır. Fakat

---

<sup>289</sup> Onam formunda mutlaka denemenin yapılacağı hastanenin de yazılması gerektiği hakkında bkz. Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.173.

<sup>290</sup> Erwin Deutsch, **Die rechtlichen Grundlagen und Funktionen der Ethik-Kommissionen, Die Ethik-Kommissionen in der Medizin**, Stuttgart, 1990, s.70.

<sup>291</sup> „(2) Yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin kanunî temsilcilerine ya da yakınlarına ulaşamaması ve yazılı olurlarının alınamaması durumlarında, birinci fıkra hükümleriyle beraber aşağıdaki şartların varlığı halinde, sorumlu araştırmacı veya hekim olan bir araştırmacının sorumluluğunda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler araştırmaya dâhil edilebilir: a) Önerilen araştırma protokolü veya diğer belgelerin, söz konusu araştırmadaki etik hususları yeterince karşılayıp karşılamadıklarını etik kurulun önceden değerlendirmiş olması, b) Kardiyak arrest, kafa travması, santral sinir sistemi enfeksiyonları, beyin içi kanamaları gibi ani gelişip hekimin hemen müdahale etmesi gereken ve mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketildiği durumlarda, yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilere araştırmacının doğrudan bir fayda sağlayacağına yönelik genel tıbbi bir kanaatin bulunması.”

<sup>292</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.320.

dikkat edilmesi gereken husus insan üzerinde deneme fiilinin gerçekleştirileceği kişinin hasta olmasıdır.

Doktrinde çocuklardan ayrıca bahsedilmemesi sebebiyle çocuklara ilişkin olarak deneme yapılamayacağı hususu değerlendirilmiştir. Çocuk üzerinde deneye izin verildiği için deneme fiillerine de yorum yoluyla hayli hayli izin verildiği sonucuna gidilecektir. Ya da TCK madde 26/1 uyarınca *lege artis* hakkından dolayı hasta çocuk üzerinde deneme fiili gerçekleştirileceği sonucuna varılabilecektir<sup>293</sup>. Kanaatimizce kanunun açıkça yasaklamadığı hukuka uygundur. Eğer kanun koyucu çocuklar üzerinde deneme fiillerinin gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemek isteseydi açıkça bunu kanuna koyacaktı. Bu sebeple hasta olan çocuk yahut yetişkin üzerinde şartları varsa deneme fiilleri gerçekleştirilebilecektir.

Ancak Biyotıp Sözleşmesi çocuklar bakımından da daha farklı şartlar öngörmüştür. Biyotıp Sözleşmesi m.16-17 de bu konuda önemlidir. Burada çocuklar açısından farklı hükümler öngörülmesi sorun teşkil etmektedir. TCK m. 90/4'te belirtilen şartların dışındaki başkaca şartların gerçekleşmemesi sebebiyle uygulayan uzman hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilecek midir? Bu sorunun cevabı için AY m. 90/5'i anımsamak gerekmektedir. Biyotıp Sözleşmesi, iç hukuk metnimiz haline gelmiştir. Özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile kanun maddelerimizin çatışması halinde usulüne uygun yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme metinlerinin esas alınması gerektiği bir anayasal zorunluluktur. Fakat kişilerin cezalandırılması bakımından esas olan suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu ilkedен taviz verilemez. Bu sebeple uzman hekimin bu şartlara riayet etmemesi durumunda ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Fakat diğer hukuk alanlarına giren sorumluluklar saklıdır<sup>294</sup>.

## 2. Kişinin Hasta Olması Şartı

TCK m.90/4'te açıkça belirtildiği üzere; insan üzerinde deneme fiili ancak hasta olan bir kişi üzerinde gerçekleştirilebilir<sup>295</sup>. Tedavi etme amacı taşıması gerekliliğinden bahisle insan üzerinde deneme fiilleri ancak hasta bir insana karşı

---

<sup>293</sup> Tartışmalar için bkz. Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, s.477.

<sup>294</sup> Benzer yorum için bkz. Hakeri, "İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu", s.321.

<sup>295</sup> Üzülmez, s.123.

uygulanabilir<sup>296</sup>. Denemede kişi kendisi tedavinin bir parçasıdır ancak araştırma da yapılmaktadır.

Bazı durumlarda bulaşıcı hastalıklarda karantinadaki hastalarda olduğu gibi; bireysel olarak hastanın yararı da olsa toplumsal bir amaç da bulunmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus hastayı kurtarıırken onu “sömürmemek” gerektiğidir<sup>297</sup>. Araştırmacılar, genellikle uygunsuz yeni ürünleri test etme fırsatı bulabilirler, çünkü birçok hastaların erişimine sahiptir. Pratisyenlerin hastalar ile özel bir ilişkileri bulunduğu ve genellikle araştırmacıya yardımcı olmak için tamamen hazır durumda olan hastalar doktorlarını memnun etmek için araştırmaya katılmaktadır<sup>298</sup>. Bu durumda aydınlatma, rızanın alınması sürecinde önem taşımaktadır. Gönüllülük esasından uzaklaşmamalı, paternalist yaklaşımlar ile hastaların güvenleri sömürülmemelidir. *"Senin yararına, o durum için bilinen bir tedavi yok, ancak hala araştırma kapsamında yeni bir tedavi var, bir şans olarak kabul edersen, benim kararına göre sana bunu deneyelim"* diye öneri getiren hekim, paternalist yaklaşmış sayılmaz. Hekim tedavide yanılmış da olabilir ancak hastayı bir deneme konusu haline dönüştürmek asıl amacı değilse; bu durumda hekimin hastanın içinde bulunduğu durumu kötüye kullanarak ona tedavi yerine insan üzerinde deney yahut deneme yapma kastı bulunmadığı savunulabilir. Çünkü denenmiş tedavilerin başarısızlığa uğramasından sonra, hastanın bilgilendirilerek denenmemiş tedaviye başlanması *"hasta üzerinde deney"* olarak da kabul edilemez<sup>299</sup>.

### 3. Kişinin Rıza Göstermiş Olması Şartı

#### a. Genel Olarak

İnsan üzerinde deneme yapılabilmesi için ilgilinin rıza göstermesi gerekmektedir. Kanun maddesinde rıza ibaresinin kullanılması sebebiyle; burada

---

<sup>296</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.54.

<sup>297</sup> Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”, s.238.

<sup>298</sup> James Hosie, “Fraud in general practice research: intention to cheat”, **Fraud And Miscoconduct In Medical Research** , Ed. Stephen Lock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996,s.40-41.

<sup>299</sup> Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”, s.242.

rızanın bulunmaması durumunda TCK m.90/4 anlamında suç gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü rıza tabiri suçun maddi unsurlarında yer almıştır. Rıza, hâlihazırda tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesinin de şartlarından birini teşkil eder. Kanun metninde açıkça rızanın aranmasını belirtmese dahi rızanın varlığı olmaksızın insan üzerinde deneme fiili gerçekleştirilmeyecektir.

Bir girişimsel tıbbi süreçte, her zaman hastanın zarar görebileceği “*artık bir belirsizlik*” olduğunu bilmemiz gerekir. Verilen bir ilacın %100 yan etkisi olmayacağına güvenilemez. Tam tersine, her ilacın zarar verme eğilimi olduğunu tedavide sorgulamamız gerekir<sup>300</sup>. Öte yandan bilinci yerinde olmayan hastaya deneme yapılmasının hukuka aykırı olduğu da doktrinde savunulmaktadır<sup>301</sup>.

Doktrinde TCK madde 90/4 hükmü öncesinde ilgilinin rızası olsa dahi insan üzerinde deneme yapılamayacağı savunulmaktaydı<sup>302</sup>. Fakat artık bu tartışmanın bir önemi kalmamıştır. Rıza zorlamadan arındırılmış olması şartı ile hukuka uygun olabilir. Katılımcıların, en iyi tedavi alamıyorum korkusuyla bir klinik araştırmaya katılmayı kabul etmeye dair hissettikleri baskı da, aslında büyük bir tehlike içermektedir<sup>303</sup>. Çünkü denemelerde de hastanın rızası açıkça alınmalıdır. Örneğin “*Kan basıncı değerleri yuvarlanarak, başka hastaların EKG verileri kullanılarak*” araştırmalarda hile yapılması durumunda, bu deneme fiilleri hukuka aykırı olacaktır<sup>304</sup>.

## **b. Denemenin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirilmiş Olma Sonucunda Rıza Verilmeli**

İnsan üzerinde deneme fiilleri bakımından; denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında ayrıntılı olarak aydınlatma yapılması gerekmektedir<sup>305</sup>. İlgililere yönelik

---

<sup>300</sup> Stauch/Wheat/Tingle,s.468.

<sup>301</sup> Öte yandan yazara göre madde düzenlemesi hatalıdır. Yakınlarının yazılı onayının fiili hukuka uygun hale getirebilir. Bkz. Şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, s.632.

<sup>302</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s.228.

<sup>303</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.475.

<sup>304</sup> Hosie, “Fraud in general practice research: intention to cheat”,s.42.

<sup>305</sup> Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**,s.167.

aydınlatmanın kapsamı insan üzerinde deneme söz konusu olduğu için genişlemektedir. Hekim hangi tedaviyi uygulayacağını, denemenin gerçekleştirileceği hastanın sağlık durumu ve denemenin olası fayda ve sonuçları hakkında detaylı bilgilendirmeyi yapmalıdır<sup>306</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiilleri bakımından aydınlatılmış rıza gereklidir. Ve rızanın da yazılı olarak verilmesi gereklidir. Denemelere ilişkin en büyük sorun, gerçekten denemenin sonuçlarının bilinmezliğidir. En azından bilinen etkiler bakımından aydınlatma muhakkak gereklidir. Örneğin Çift kör deneylerde<sup>307</sup>; hasta zaten tedavi olacağına inanmaktadır. Sağlıklı gönüllülerin de birçok etiksel sorunu olabilir. Bireylere yapılacak etik ihlaller, çok büyük ahlaksızlık teşkil etmektedir<sup>308</sup>. Hasta zaten iyi olmayı beklemektedir. Ancak kişi üzerinde gerçekleştirilecek deneme ve deneyler bakımından özellikle sonucunda kasten yaralama yahut ölüm dahi olabileceği ihtimalleri açıkça aktarılmalıdır. Bundan sonra kişiler rıza gösterebilirler. Gönüllüler, ne kadar başarı olabileceğine dair aydınlatılmaları gerekmektedir<sup>309</sup>. Bu nedenle bireyleri kandırmadan, aydınlatmaları gerçekleştirilerek rızalarının alınması büyük önem taşımaktadır. Ancak hasta bireylerin katılımcı olacağı deneylerde muhakkak bir tedavi şansının varlığına dair açıklama yerine olasılıklar konusunda bilgi verilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu insan üzerinde deneme fiilleri bakımından ilgilinin rızasına yönelik şartlarını TCK'da açıkça düzenlemiştir. Burada sorunlu bir alan mevcut değildir. Mevzuatta da yazılı rıza alınmaksızın uygulama yapılacağı sadece acil hastalar bakımından mevcuttur. Diğer durumlarda aydınlatma gerçekleştirilmeden

---

<sup>306</sup> Sarıtaş, s.26.

<sup>307</sup> Çift-kör deneylerde, ne katılımcılar ne de araştırmacılar hangi katılımcıların kontrol grubu, hangilerinin test grubuna ait olduğunu bilmemektedir. Tüm verileri yalnızca kaydedildikten sonra (ve bazı durumlarda, analiz yapılırken) araştırmacılar hangi katılımcıların hangi grupta olduğunu öğrenmektedir. Hatta bu deneyler, bilim dünyasında objektifliği daha hafif deneyler olarak nitelendirilmektedir. Açıklamalar için bkz. Ted J Kaptchuk , “The double-blind, randomized, placebo-controlled trial: gold standard or golden calf?”, **J Clin Epidemiol**, 2001 Jun; 54:541-49; Selçuk Köksal, “Klinik Araştırmalar”, s.39, (Çevrimiçi), <http://www.ctf.edu.tr/halk/Epi3.pdf>, 22.09.2017.

<sup>308</sup> Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”, s.240.

<sup>309</sup> Grahmann, s.29.

alınan onam yahut onam alınmaksızın yapılacak olan deneme hukuka aykırı olacaktır. Ancak belirttiğimiz üzere İBÜKHAY'da da yazılı bilgilendirilmiş rızanın varlığı aranmaktadır.

TCK m. 90/4'te yetişkin ve çocuk ayrımı yapılmaksızın aydınlatma sonucunda alınacak olan yazılı rızadan bahsedilmektedir. Eğer çocuk algılama yeteneğine sahip değilse bu durumda tıbbi müdahalelerdeki genel kural uyarınca rıza çocuğun velilerinden yahut vasisinden alınacaktır. Eğer çocuk algılama yeteneğine sahip ise o halde çocuk da bilgilendirilecektir. Çocuğun rızasına da itibar edilecektir.

### **c. Rıza Yazılı Olmalı**

Aydınlatma sonucunda alınacak olan rıza deneme fiillerine yönelik müdahale başlanmadan yazılı olarak alınmalıdır. Onam formunda neler yazılabileceği hususunu da değerlendirirsek; denemeyi yapacak olan kişi ve denemenin yapılacağı yer, kişinin gerekli görürse rızasından vazgeçebileceği, uygulanacak olan tıbbi müdahalenin yöntemlerin ne olduğu, uygulanması muhtemel tıbbi yöntemler ve bunların hangi gerekçelerle uygulanmasının sonuçsuz kalacağı ve denemenin kapsamı ve sonuçları aydınlatılmış onamda yer almalıdır.

Terapötik Araştırma kapsamında, araştırmacının ek niyeti Kişinin rızasının varsayılmış olduğu anlamına geldiği<sup>310</sup> doktrinde savunulsa dahi; Yönetmeliğin 34. Maddesi uyarınca eğer hüküm bulunmuyor ise; öncelikle Biyotıp sözleşmesi ve TDN ile gönüllülerin hakları bakımından HHY uygulanmalıdır. HHY m. 34 uyarınca mutlaka yazılı rıza olmalıdır. Bu açıklamalara göre de mutlaka yazılı rıza alınmalıdır.

### **E. Hastanın Geçerli Rızasının Bulunmamasına Bağlı Hukuki Sonuçlar**

Bir araştırma projesinde konular oldukça karmaşık olabilir, ama rıza açısından tespit edilen genel kriterler bakımından gerçek bir fark bulunmamaktadır. Genel tedaviye rıza tedavi doğasını anlamak için de bir yetenek gerektirir ve bu genel ilke

---

<sup>310</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.475.

tedavi araştırmaları için de geçerlidir<sup>311</sup>. İnsan hakları ve tıbbın ilerlemesi konusunda muhakkak çatışmalar yaşanacaktır. Ancak bunun yasal olarak dengelenmesi gerekmektedir<sup>312</sup>.

TCK gerekçesinde “bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalardan yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir.”<sup>313</sup> olarak tanımlanan İnsan üzerinde deneme fiili; faili bakımından bir özgü suçtur. Ayrıca deneme fiilinin hukuka aykırı olarak yani şartlarının oluşmadan yapılmasıyla suç oluşacağından tehlike suçu kapsamında değerlendirilir<sup>314</sup>. Deneme amacıyla gerçekleştirilen her türlü fiil ile bu suç işlenebileceğinden, serbest hareketli bir suçtur. İnsan üzerinde deneme fiilleri ancak uzman hekim tarafından işlenebilecektir. Bu madde kapsamında işlenecek olan suç; özgü suç kapsamındadır. Söz konusu suçun mağduru da hasta insandır.

İnsan üzerinde deneme suçu sadece “tedavi etmek” maksadıyla işlenebilir. Doktrinde özel kast da denilen bu durum açısından bu maksatla gerçekleştirilmeyen fiiller bu madde kapsamında değerlendirmeyeceklerdir<sup>315</sup>. Esasında hastalar üzerinde yapılacak olan denemeler bir nevi “Sizin için bir şey yapamıyoruz, ancak siz ilerideki hastalar için bir şey yapmak ister misiniz?” mantığı üzerinden yürümektedir<sup>316</sup>. Kişisel kanaatimiz bu noktada her bireyin farklı yaklaşımı olabileceği ve gerçekten de tıba yardımcı olmak isteyebilecek kişilerin de bulunabileceği de gözden kaçırılmaması gerektiğidir. Benim için umutlar sona erdiğinde, belki de bir başkası için umut olabileceğimi düşünmek beni manevi açıdan mutlu edebilir. Ancak kişilerin kullanılması noktasına varmadan, yapılacak olan müdahalenin kapsamı kişiye aktarılarak ancak geçerli bir rızanın varlığından bahsedebiliriz.

---

<sup>311</sup> Stauch/Wheat/Tingle, s.475.

<sup>312</sup> Seda Kara Kılıçarslan, “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3**, s.287.

<sup>313</sup> Gerekçe için bkz. Sözüer/Dursun/Talas, s.215.

<sup>314</sup> Şahin, Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk”, s.499.

<sup>315</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s. .221.

<sup>316</sup> Jonas, “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”,s.242.

Deneme fiilinin gerçekleştirilebilmesi için klasik tedavi yöntemlerinin en azından birinin uygulanarak hasta üzerinde fayda etmediğinin anlaşılmasından sonra tedavi amaçlı deneme fiili gerçekleştirilebileceği kanaatindeyiz. Keza TCK madde 90/4 metninden de bunu anlamaktayız. Fakat hiçbir tedavi yönteminin uygulanmadan direkt deneme fiilinin gerçekleştirilebileceği de doktrinde savunulmaktadır. Bilinen klasik tedavilerin sonuç vermeyeceğinin bunlar uygulanmadan anlaşılacağından dolayı deneme fiilinin hasta tarafından seçilerek yeni bir tıbbi yöntemin uygulanabileceği yani tedavi amaçlı denemenin uygulanarak hastanın iyileştiği durumları gerekçe olarak belirtmektedirler<sup>317</sup>.

Öte yandan insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından, iç hukuk metnimiz haline gelen uluslararası sözleşmelerde; kişilerin temel hak ve özgürlükleri bakımından daha lehe düzenlemeler varsa buradaki kuralların uygulanması gerekir. Özellikle de yönetmelikler ile düzenlenen bir alan olduğu için, uluslararası metinlerde korunan haklara uygun davranılması araştırmacıların sorumluluğundadır. İç hukuktaki düzenlemelere uygun davranıyor olmak, gerçek anlamda hukuka uygun davranıldığına bir kanıtı değildir. Örneğin Nürnberg mahkemelerinde de hekimler yaptıklarının iç hukuka uygun olduğunu savunmuştur<sup>318</sup>.

İnsan üzerinde deneme fiilleri ancak hukuken geçerli bir rızanın varlığı durumunda suç oluşturmayacaktır. Bu fiillere başlanılmadan aydınlatılmış olarak alınacak ilgilinin rızasının varlığı durumunda diğer şartlar da varsa fiil suç oluşturmayacaktır. Ayrıca hekimin, rızanın varlığına dair hatası, kastı kaldıracaktır<sup>319</sup>. Ancak burada TCK m.30/1'deki hükümlerin uygulama alanı bulacağını da belirtmek isteriz.

---

<sup>317</sup> Şahin, "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", s.500.

<sup>318</sup> Nwabueze, s.31.

<sup>319</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.230.

## V. Özellik Arz Eden Bazı İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Fiilleri Bakımından Değerlendirme

### A. Genetik Bilimi Açısından Değerlendirmeler

Embriyo üzerindeki deneyler, esasında bilim adamlarının bunlar üzerinde çalışması ve onları kullanması anlamına gelir. Bu da, embriyoyu ana rahminde inceleyebileceğiniz gibi, aşılama, nakil gibi birçok tıbbi girişimi kapsamaktadır<sup>320</sup>.

Biyotıp sözleşmesi m. 18 bakımından, kullanılmayan embriyolar yok edileceklerinden, bunlar üzerinde araştırma yapılabilir ancak salt bu sebeple üretilmesi yasaktır. Ancak m. 27 madde uyarınca daha fazla koruma sağlanabileceği ve bu gerekçelerle de, ÜYTE yön. m. 17 deki düzenlemenin bu uluslararası sözleşmeye aykırı olmadığı da doktrinde savunulmaktadır. Yönetmelikte bu amaç sayılmadığı için böyle bir bilimsel araştırma embriyon üzerinde yapılamayacağı iddia edilmektedir<sup>321</sup>. Embriyo üzerindeki deneyler, bize fertilizasyonda sorunlu bireylere dair birçok planlanan bebek için bazı bilgiler sunacaktır. Doktrinde bir görüşe göre yıllık 150.000 kürtajın gerçekleştirildiği Birleşik Krallıkta, genellikle fetüs ve embriyolar “çöpe gitmektedir”. Bu kürtajların çoğunun kadın hayatını kurtarmak için yapılmadığı da düşünülürse, gelecekteki bireylerin hayatı için kullanılabilir<sup>322</sup>.

Öte yandan embriyolar bakımından hukuki korumanın ne zaman başlayabileceği de, devletlerin tercihindedir. Ancak hayatın ne zaman başladığı konusunda da, doktrinde bazı görüşler ortaya atılmıştır. Konvansiyonel olarak üretilen embriyo durumunda, yalnızca nükleer füzyon, tam olarak geliştirilebilir olduğu zaman göstergesi olarak kabul edilir. Dolayısıyla biyolojik ömür, hücrenin tamamen gelişebildiği zamanla başladığı söylenebilir. Bu döllenmiş bir yumurta için de bir klon için de aynıdır<sup>323</sup>. Esasında embriyoyu yapay yollarla yok etme hakkımız

---

<sup>320</sup> John Harris, “Should We Experiment On Embryos”, **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed. Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989, s.85.

<sup>321</sup> Cin, “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”, s. 157.

<sup>322</sup> Harris, “Should We Experiment On Embryos”, s. 86 ve 89.

<sup>323</sup> Oh, s.78.

da, oluşturma hakkımız da vardır. Ancak bunun hukukun kabul ettiği sınırlar içerisinde kalması gerekmektedir. Yapay yollarla embriyo yok edilirken insan onurundan üstün gelen yumurtanın sağlandığı kadının yani tek bir kişinin tercihidir. Örneğin reproduktif klonlamada da tek bir kişinin tercihi ile oluşturulma söz konusudur. Aralarında fark bulunmamaktadır. Doğmak üzere oluşmuş/dinsel motiflerle yaratılmış bir canlının istenmeyerek, gebe kadından ayrılmasına izin verilmemektedir. Ancak bu noktalar yerine; konu embriyonun üretilmesinin klonlanan açısından yaratacağı sağlık sorunları, insanın kendi kopyasına rıza açıklayamayacağı gerekçe gösterilerek bu konu çözümlenmeye çalışılmaktadır. Terapötik amaçlı klonlamanın denetlenebilir olabilmesi mümkün müdür? İnsana pratik faydası iyileşme olarak geri dönen bir kök hücre tedavisinde, acaba insan ömrünün uzamasına ve hatta gereğinden fazla uzamasına neden olarak da, etik çiğneniyor olabilir mi? Acaba kişi bu noktada rıza açıklarken, serbestçe tasarruf edebileceği bir alanda olduğu varsayılabilir mi?

Doktrinde terapötik ve reproduktif olarak ikiye ayrılması gerektiği, eğer bu şekilde bir ayırım yapılmazsa embriyon araştırmaları adı altında bir genelleme ile insan klonlaması yapılacağı tehlikesi de aktarılmaktadır<sup>324</sup>. Bu durumda klonlamanın ne olduğunun iyice tanımlanması gerekmektedir. Klonlama, “*Bir organizma veya hücrenin genetikolarak özdeşlerinin oluşturulması işlemi*” dir<sup>325</sup>. Üreme amaçlı ise “*tek bir ebeveyne ait genetik bir özdeş*” yaratılır<sup>326</sup>. Erkek olmaksızın genetik bir benzer oluşturulur<sup>327</sup>. Bir bitkinin düzgün bir şekilde budanması durumunda, bitki klonlanmış olur ancak bunun memeliler için yapılması yasaktır. Yani klonlama

---

<sup>324</sup> Rossenau, “Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu”, s. 47.

<sup>325</sup>“ *Bu işlem üreme ve tedavi amaçlı olarak iki farklı amaç için kullanılabilir: çekirdek transferi ile üreme amaçlı klonlama ve çekirdek transferi ile tedavi amaçlı klonlama*” UNESCO Türkiye Milli Komisyonu biyoetik İhtisas Komitesi klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005),S.5.

<sup>326</sup>UNESCO Türkiye Milli Komisyonu biyoetik İhtisas Komitesi klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005),S.2.

<sup>327</sup> Gürsel Çetin / Tunç Demircan / İnci Hot / Berna Şenel Eraslan / İrem Seyalioğlu, “Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuki Açından Yaklaşım”, **Adli Tıp Dergisi**, 21 (2), 2007, s. 31.

yoluyla insan üretilmez. Hatta insan klonlanması insana olan değeri düşürecek ve insan onuruna zarar verecektir<sup>328</sup>.

UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.2 uyarınca “a)Genetik özellikleri ne olursa olsun herkesin onuru ve haklarına saygı görme hakkı vardır.b)B onur, bireyleri genetik özelliklerine indirgememeyi ve insanların benzersizlik ve çeşitliliğine saygı gösterilmesini zorunlu kılar.” Aynı bildirmede m.5 uyarınca ise “a)Kişinin genomunu etkileyecek bir araştırma, tedavi veya tanı girişimi ancak olası risk ve yararların önceden ve titizlikle değerlendirilmesinden sonra ve ulusal hukukun bütün diğer gereklerine uyularak yapılabilir. b)Her durumda ilgili kişinin özgür ve aydınlatılmış onayı önceden alınacaktır. Eğer kişi onay verecek durumda değil ise, bu konudaki onay veya yetki, yasaya uygun olarak ve kişinin yararı doğrultusunda alınacaktır.”<sup>329</sup> Vurgulamak gerekir ki; söz konusu bildirmedir. Devletler bakımından çok bağlayıcılığı yoktur. İç hukuk metni olarak direkt uygulanamaz ancak dikkate alınır. Ayrıca klon bebeğin yaratıldığı ihtimali bazı endişeleri arttırdığı için 2005 yılında BM İnsan Klonlanması Deklarasyonu uyarınca insan klonlanması ve insan onuruna aykırı genetik mühendisliği tekniklerinin uygulanması da yasaklanmıştır<sup>330</sup>.

İnsan Genomu Araştırmaları ve İnsan hakları bildirmesinde, embriyo üzerindeki araştırmalarda insan onuru ön planda tutulması gerektiği vurgulanmıştır. Dünya Sağlık Örgütü 51.Dünya Sağlık Şurasında da “*reproduktif olmayan klonlama*”nın yararlarından bahsedilmiş ve bu araştırmalar tavsiye edilmiş olsa da, burada da insan onuruna saygılı olmak koşulu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Biyolojik Buluşların Patentlenmesine Dair Yönergesi (44/1998/EG) kamu düzeni ve ahlaka aykırılık teşkil edilmesi durumunda buluşların patentlenmemesini tavsiye

---

<sup>328</sup>Talbot,s.7, 127.

<sup>329</sup>İnsan Genomu, (Çevrimiçi), [http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik\\_komitesi/insangenomu.pdf](http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/insangenomu.pdf) , 04.11.2016 .

<sup>330</sup>İnsan Klonlamaya İlişkin Bildirge, (Çevrimiçi), <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/InsanKlonlamayaIliskinBildirge.pdf>.

etmektedir. Aynı yönerge insan embriyosunun hem ticari anlamda hem de endüstriyel anlamda kullanılmasına izin vermediği görülmektedir<sup>331</sup>.

Biyotıp sözleşmesi ve ek protokolü ile; yaşayan yahut ölmüş insanların kopyalarının yaratılmasını yasaklamıştır. Ülkemiz de imza attığı belgeler sebebiyle, klonlamayı yasaklamıştır<sup>332</sup>. Başka bir insan olarak aynı genomu taşıyan bir embriyo üretimi *tereddüte değişen derecelerde*, yaygın bir yasakla karşılaşır. Klonlamanın Yasaklanmasına dair ek protokol hükümleri uyarınca örneğin Almanya’da da klonlama yasaktır<sup>333</sup>. Bu yasak reproduktifklonlamaya ilişkindir. Reprodüktifklonlama, doktrinde bir görüşe göre klonun sağlık sorunlarının oluşabilmesinden dolayı yasaklanmalıdır, insan onurunu her durumda ihlal ettiği savunulamaz,<sup>334</sup> ancak dünyada üzerinde görüş birliği sağlanan konulardan biri olan reproduktif klonlama<sup>335</sup> bir başka görüşe göre de her bireyin kendi genetik kimliğini hakkına sahip olması gerektiği için yasaklanmalıdır Ancak yasak olmasına karşın, basına yansıyan açıklamalar doğrultusunda, ilk klonlanmış insanın 2002’de dünyaya geldiği de belirtilmektedir<sup>336</sup>.

Almanya’da 1990 Embriyo Koruma Yasası (Embryonenschutzgesetz (ESchG) ile, üreme tıbbının saldırgan çeşitlerini cezalandırmak konusunda dünya lideri olmuştur. Bu da yasanın sembolik olmadığını göstermektedir. Embriyo araştırması, taşıyıcı anneliğin tıbbi işbirliği ,klonlama ve insan ve hayvan

---

<sup>331</sup> Mustafa Fadıl Yıldırım, **Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1.Baskı, Ankara, Engin Yayıncılık, 2008,s.51

<sup>332</sup> “Araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını iç hukuk ile yasaklayan veya İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ni (Oviedo Sözleşmesi) benimseme yoluyla klonlamayı yasaklayan ülkeler (Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Yunanistan, İrlanda, Portekiz, Hollanda, İspanya, Türkiye)” bkz. UNESCO Türkiye Milli Komisyonu biyoetik İhtisas Komitesi klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005),S.17-18.

<sup>333</sup> Laufs , “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, s.1763-1764.

<sup>334</sup> Frank Saliger, “Das Verbot des reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen” **Jahrbuch für Recht und Ethik Annual Review of Law and Ethics**, vol.14 (2006).

<sup>335</sup> Yerdelen, “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, s.655.

<sup>336</sup> Dr. Antinori tartışmalara yol açacak şekilde insan klonlayacağını duyurmuştu. Ayrıca dr. Klonlamayı da gerçekleştirdiğini belirtmektedir. Hakkında detaylı bilgiler için bkz. (Çevrimiçi), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/sci/tech/1477698.stm> , 04.11.2016 (Çevrimiçi) ; Kasım Cindemir, “Türk Kopyalamak İstiyorum”, 09.08.2001; (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/turk-kopyalamak-istiyorum-8943>, 22.09.2017.

karıştırılması gibi suçlar düzenlenmiştir. Ancak Embriyo Koruma Yasası, ancak Almanya'daki fiiller ile sınırlıdır<sup>337</sup>.

Öte yandan Klonlamaya dair ayrı bir TCK düzenlemesi bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre klonlanma sınırlarının tespit edilemeyeceği ve etkisinin bilinmeyeceği sonuçları mevcut ise, cezalandırılabilir bir fiildir<sup>338</sup>. Yasaklanmayan bir konuda fiilin gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin ceza sorumluluğu gündeme gelmeyeceği doktrindeki eleştirilerdendir<sup>339</sup>. Sonuç olarak, kök hücre tedavi araştırmaları bakımından TCK m. 90/2-3 ve denemeleri bakımından TCK m.90/4 hükümleri geçerli olacaktır<sup>340</sup>. Ancak konuya dair yasal düzenleme yapılması gerektiği, yönetmeliklerin yahut kılavuzların veyahut genelgelerin konuya dair temel hak ve özgürlükler bağlamında sınırlama getiremeyeceği yine de uluslararası metinlerin ilk sırada uygulanacağını da belirtmek isteriz.

Öte yandan Almanya'da ölmüş dahi olsa bir insan ile, fetüs ile aynı genetik bilgiye sahip bir insanın yapay olarak oluşturulması ESchG m.6 ile yasaklanmıştır. Ancak söz konusu yasaklama, doğal olmayacak şekilde insan onuru ve tekliğine aykırı olması sebebiyledir. Yoksa doğada zaten çoğul bebekler dünyaya gelmektedir. ESchGm.7 uyarınca da insanlar ve hayvanlar arasındaki melez oluşumunun her türlü beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İnsanın onuru araştırmalardan önce gelmelidir. Bir insan hücresi ile bir hayvan yumurtasının döllenmesi ile farklılaşmış embriyo üretilmesi de yasaktır<sup>341</sup>. Ülkemizde de buna benzer hükümlerin TCK'da ayrıca düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

<sup>337</sup> Erwin Deutsch, "Embryonenschutz in Deutschland", **NJW**, 1991, s.721.

<sup>338</sup> Cin, s.134'teki görüşü yorumlayan Erdal Yerdelen, "Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri", **AÜHFD**, 63 (3) 2014, s.658 dip not 52.

<sup>339</sup> Yerdelen, s.676.

<sup>340</sup> Osman İlhan, "Uygulamada Kök Hücre Çalışmaları", **V.Sağlık Hukuk Kurultayı 1 kasım 2013**, Ankara (Çevrimiçi), [http://www.osmanilhan.com/files/file/kok\\_hucre\\_calismalari.pdf](http://www.osmanilhan.com/files/file/kok_hucre_calismalari.pdf), 04.11.2016 .

<sup>341</sup> Deutsch, "Embryonenschutz in Deutschland", s.721.

## B. İlaç Deney ve Denemeleri

Gen tekniğinin yaygın kullanıldığı alanların biri de ilaç üretimidir<sup>342</sup>. İlaçların üretilmesindeki standartlar tıbbi müdahale bakımından değil ancak insan üzerinde deney ve deneme bakımından önem arz etmektedir. Bunun için her ilacın insan üzerindeki etkileri de araştırılmak zorundadır. Farklı insanlar üzerinde aynı ilacın neden değişik etkiler gösterebildiğini insanların genetik farklılıklarını ele alarak farmakogenetik<sup>343</sup> tarafından araştırılırken; edinilen ve ilaç emilimi, dağılım, metabolizma ve eliminasyon ile gen ifadesini inceleyen farmakogenomik<sup>344</sup> sayesinde, “kişiyeye özgü ilaç üretimi ve dozaj belirlenmesi mümkün olacak” ve hekimlerin ilaçlara yönelik aydınlatma konusunda sorumluluğu artarken hastaların ilaç kullanımına yönelik olarak aldıkları bilgi sayesinde açıklayacakları rıza sonucunda kendi bedenleri üzerindeki tasarruf edebilme hakları daha da güçlenecektir. Çünkü kişiler, ilaçların etkilerini de bilirler ise beden bütünlüklerine ne gibi etkileri olduğu konusunda bilinçli olarak rıza gösterebilirler. Ayrıca farmagenetik araştırmalar ilaçların hastalar üzerindeki etkinliklerinin artmasına; farmakogenomik araştırmalar ise kişiyeye uygun ilacın seçilmesi/ilaç bireyselleştirilmesi yapılabilmesinde önem taşımaktadır<sup>345</sup>.

3359 sayılı SHTK m. 34k rıza maddesi izin alınmamış ilaçların Sağlık Bakanlığı ve ilgilinin rızası olmaksızın kullanılmasını yasaklayan bir düzenlemedir. FÜBBDHY 1994<sup>346</sup> tarihli olup, m.19 “..İnsanlar üzerinde yapılacak biyoyararlanım

---

<sup>342</sup> Yıldırım, **Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk**,s.182.

<sup>343</sup> (Çevrimiçi), <http://www.genetiknedir.com/farmakogenetik/> , 22.09.2017.

<sup>344</sup> Erdem Göker, “Farmakogenomik”, (Çevrimiçi), [https://kanser.org/saglik/upload/21\\_05\\_13/3.kongre/Farmakogenomik%23Erdem\\_G%c3%b6ker.pdf](https://kanser.org/saglik/upload/21_05_13/3.kongre/Farmakogenomik%23Erdem_G%c3%b6ker.pdf), 22.09.2017; Nil Kılıç/Demet Cansaran Duman, “Akciğer Kanseri Tedavisinde Farmakogenomik”, **Türk Hij Den Biyol Derg.** 2017; 74(2): 175vd.

<sup>345</sup> Yıldırım, **Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk**,s.182; Biz ilaç bireyselleştirilmesi kavramını daha uygun bulduğumuzu da belirterek, çalışmamızda bu terimi kullanmayı tercih ettik. Doktrinde rastlamadığımız bir tabir olsa da, her insanın aynı tip ilaca farklı tepkiler verdiği artık günümüzde kesindir. İlaç bireyselleştirilmesi, ilaç aydınlatması sonucunda kişinin kendi kaderini tayin hakkı bakımından çok önemlidir. Her insan bedeni aynı tür ilaca farklı tepkiler gösterebildiği için ilaç aydınlatması da ayrıntılı bir şekilde gerçekleştirilmelidir.

<sup>346</sup> Farmasötik Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoeşdeğerliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik Resmi Gazete Tarihi: 27.05.1994 Resmi Gazete Sayısı: 21942.

ve biyoeşdeğerlik incelemelerinde İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe Tıbbi Deontoloji tüzüğüne ve Helsinki Deklarasyonu ve ekleri kararlara uyulur. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe göre etik kurul ve kurulların onayı ve gönüllülerin rızası alınır.” şeklinde İBÜKHAY’a gönderme yapmıştır.

### C. Kök Hücre Deney ve Denemeleri

Embriyolojik ve erişkin insandan elde edilen olmak üzere iki türü olan kök hücre açısından etik tartışmalar oldukça fazladır. Bu hususlara değinmeden önce kök hücrenin tanımı üzerinde durmak gerekmektedir. Kök hücre; “*vücudun herhangi bir organında görev yapabilmek için tam olarak olgunlaşmamış öncül bir hücre*”<sup>347</sup> , “*canlı vücudunda uzun süre bölünmeye devam ederek kendini yenileyebilen ve aynı zamanda farklılaşmış hücre tipleri de oluşturabilen ana hücre gruplarına*”<sup>348</sup> denilmektedir. Bu hücreler; çoğalabilme, kendi kendini yenileyebilme, kendi devamlılığını sağlayabilme, uygun üreyebilecekleri ortama yerleşebilen ve işlevsel dokuyu onarabilen özelliklere sahiptir<sup>349</sup>. Kök hücre (stem cell) sadece bölünmek değil daha karakteristik ve fonksiyonlar olarak hem yeni kök hücre ve daughter hücre<sup>350</sup> oluşturmak özelliklerine sahip hücredir<sup>351</sup>.

Kendi kendini yenileyebilme özelliğine sahip hücrelerin varlığı her ne kadar 1950’lere dayansa da bugünkü anlamda kök hücre 1961 yılında deney hayvanları üzerindeki çalışmalarda ortaya konulmuştur. Fakat embriyolojik kökenli hücrelerin tanımlanması ise 1998’i bulmuştur<sup>352</sup>. Zaman içerisinde o kadar yaygınlaşmıştır ki; hastalar başka bir ülkeye tedavi edilmek için gitmektedir<sup>353</sup>. Bu da aydınlatılmış

---

<sup>347</sup> (Çevrimiçi), <http://www.turknorosirurji.org.tr/menu/71/kok-hucre-nedir> , 07.03.2014 .

<sup>348</sup> Üstün, „Gelişen Tıbbın Oluşturduğu Etik Açmazlar“, s.2.

<sup>349</sup> (Çevrimiçi), [http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page\\_id=253](http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page_id=253) ,07.03.2014 .

<sup>350</sup> Mitoz ya mayoz bir hücre üreme bölümü tarafından üretilen bir hücreye verilen isimdir. Bkz. (Çevrimiçi), [https://en.oxforddictionaries.com/definition/daughter\\_cell](https://en.oxforddictionaries.com/definition/daughter_cell), 22.09.2017.

<sup>351</sup> Cohen, s. 425.

<sup>352</sup> (Çevrimiçi), <http://www.turknorosirurji.org.tr/menu/71/kok-hucre-nedir> , 07.03.2014 .

<sup>353</sup> Hatta bu tedavilere yönelik olarak bir kliniğin internet sitesindeki bilgi şöyledir: “*Hasarlı miyokard tedavisi için kök hücre tedavisi: : güvenlik ve etkinlik çalışması. omurilik yaralanması: güvenlik ve etkinlik çalışması.*” Bkz. Cohen, s.433.

onam konusunda ve doğal olarak ilgilinin rızasının geçerliliği konusunda birçok sorunu beraberinde getirmektedir.

Kök hücrelerinin terapötik amaçlı kullanılması bazı ülkelerde açıkça düzenlenmiştir. Örneğin İsviçre Ay m. 119/2 ve İsviçre FedMG m. 36 uyarınca yasak değildir<sup>354</sup>. Çünkü günümüzde birçok tedavi için kök hücrelere odaklanılmıştır<sup>355</sup>.

Kök hücre ilaç olarak kabul edilmemektedir. Henüz dokuya dönüşmedikleri için insan üzerindeki kök hücre deney ve denemeleri OODNK'ya da tabi değildir<sup>356</sup>. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'nın 2005/141 sayılı ve 19.09.2005 tarihli genelgesi uyarınca AB mevzuatına ilişkin çalışmalar sonuçlanana dek kök hücre araştırmaları yasaklanmıştır ve dolayısıyla da klonlama yasaklanmıştır. Ancak konuya dair Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 01.05.2006 / 8647; 2006/51 sayılı Genelgesi uyarınca Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmalarına izin verilmiştir<sup>357</sup>. Burada yer alan kriterler TCK'nin insan üzerinde deney suçunda yer alan şartlara benzerdir. Ayrıca tüm tedavi yöntemlerinin başarısız olma şartının aranması da kanuna aykırıdır. Düzenleyici işlemlerle temel haklar kısıtlanamaz. Sağlıklı ya da hasta olsun olmasın yetişkin insandan kök hücre nakli yapılabilir ve bunlar aracılığıyla da insan üzerinde deney-deneme fiilleri işlenebilir. İBÜKHAY uyarınca da kök hücre araştırmaları da bilimsel deney kabul edilebilir. Eğer fiillerin tedavi amacı taşımaları durumunda zaten deneme fiili olarak da gerçekleştirilebilirler. Fakat kök hücre elde edilmesi eğer 10.haftadan sonra fetüsün fonksiyonlarına son verilerek gerçekleştirilirse TCK m. 99'da yer alan suç oluşacağı göz ardı edilmemelidir<sup>358</sup>.

Kök hücre genellikle insanın kendi hücrelerinden elde edilmektedir. Otolog nakil de dediğimiz bu halde ise hastanın kendi kök hücreleri kemoterapi ile hastanın

---

<sup>354</sup> Özsunay, "Yapay Döllene İlişkin Hukuki Sorunlar", s.68 dip not 30.

<sup>355</sup> Cohen, s. 427.

<sup>356</sup> "Kök hücre, erişkin kök hücrelerinde olduğu gibi organ ve ya dokudan elde edilir; o zaman o kök hücreyi doku parçası kabul ederek Organ ve doku Nakli Kanunu ile organ ve doku nakline ilişkin diğer düzenlemeler kapsamında değerlendirmek mümkün olur." Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.206.

<sup>357</sup> Bu kılavuz ülkemizde, mevcut medikal veya cerrahi tedavi yöntemleriyle tedavisi başarısız olmuş hastalarda klinik amaçlı, insan kaynaklı embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarında uyulması gereken esasların düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

<sup>358</sup> Detaylı açıklamalar için bkz.Eşitli ,s.205-211.

yine kendisine geri nakledilmektedir<sup>359</sup>. Fakat uygulanması ülkemizde yasak olan embriyolojik kök hücre nakli de mevcuttur ve bu tip kök hücreler ise tüp bebek uygulanmasında yapay olarak elde edilen embriyolardan veya sonlandırılan gebeliklerden sonra elde edilebilirler<sup>360</sup>. Ülkemizde daha önce de belirttiğimiz üzere insan kopyalanması yasaktır<sup>361</sup>. Fakat kök hücreler insan üzerinde tedavi amacıyla deneme yahut insan üzerinde bilimsel deney için kullanılabilirler.

Somatik Hücre Çekirdek Transferi olarak adlandırılan metot ile, doku ve organlar yenilenerek bazı hastalıklar açısından (Örneğin Alzheimer) yeni bir tedavi anlamına gelmektedir. “*SHÇT ile elde edilen 5-7 günlük embriyoların blastosist evresinde fetal dokuyu oluşturacak olan iç hücre kütleleri (innercellmass) izole edilerek laboratuvar şartlarında uygun büyüme faktörleri eşliğinde çoğaltılarak pluripotent embriyonik kök hücre hatları elde edilmektedir.*” Bu sayede kök hücre tedavisi yapılmaktadır<sup>362</sup>. Tedavi amaçlı klonlama yapılacaksa, mutlaka TCK m.90 şartları dikkate alınmak zorunludur. Çünkü Kök hücrenin hukuka aykırı temin edilmesi durumunda, hukuka aykırı elde edilen kök hücrenin bir insana nakil fiili, gönüllülerin rızaları olsun olmasın gerçekleştirilen deney veyahut deneme hukuka aykırı addedilecektir<sup>363</sup>.

Bir kişi ile bir kişi olma potansiyeline sahip şey arasında ayırım yapmak zordur<sup>364</sup>. Bir çalışmaya göre son yaklaşık dokuz ila on iki hafta gebelik bir yarıda insan embriyosunun beyin doku Parkinson hastalığının tedavisinde kullanılmaktadır<sup>365</sup>. Bazı insanlar temelde insan embriyosu üzerinde araştırma yapılmasına karşıdır çünkü embriyo bir insan ya, ya da diğer insan göze korunma hakkına sahip potansiyel bir insan olarak değerlendirilir. Araştırma için embriyo rıza

---

<sup>359</sup> (Çevrimiçi), [http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page\\_id=253](http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page_id=253) , 07.03.2014.

<sup>360</sup> (Çevrimiçi), <http://www.turknorosirurji.org.tr/menu/71/kok-hucre-nedir> , 07.03.2014 .

<sup>361</sup> Biyotıp Sözleşmesi Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol madde 18/2 uyarınca sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması (kopyalanması) yasaktır.

<sup>362</sup> UNESCO Türkiye Milli Komisyonu biyoetik İhtisas Komitesi klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005) s3; Çetin /Demircan /Hot /Eraslan /Seyahioğlu, “Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuki Açından Yaklaşım”, s.6-7.

<sup>363</sup> Eşitli, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, s.212.

<sup>364</sup> Marshall, “The case against experimentation”,s.60

<sup>365</sup> John Harris, “On the moral status of the embryo”, **Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990,s.76

gösteremeyeceğinden, sadece insanın bilgilendirilmiş onamı ile araştırma yapılabilir. Araştırma, yaşama potansiyeli olan embriyoyu bundan mahrum edecektir<sup>366</sup>. Elbette fetüs potansiyel bir bireydir, doktrinde bir görüşe göre; ancak bu noktaya “miyop” bir bakış açısıyla da yaklaşmamak gerekir çünkü potansiyel birey ile birey olma potansiyeli farklı kavramlardır. Kabul edilebilir bir gerçektir ki, döllenmiş insan yumurtası ile yaşayan insan yumurta ve spermeleri birbirine bağlanan sonuçlara tabi tutulmamalıdır ve kürtaj ile embriyo üzerinde deney için sınır 28 hafta olmalıdır<sup>367</sup>.

Bir çalışmada aktarıldığı üzere “*in vivo doğrudan farklılaştırma sırasında hücreler pluripotent aşamaya gelmeksizin, doğrudan başka bir tür hücreye dönüştürülmekte ve bu şekilde hedef dokuda hücre yenilenmesi amaçlanmakta*” olan bir tedavi şekline dair çalışmalar da dünyada yapılmaktadır. Ayrıca “*canlı doku içerisinde hücre programlamanın verimli, hızlı ve güvenli bir teknik olduğu anlaşılmakta. Hedef dokuda yüksek verimlilikle ve güvenli bir şekilde programlama faktörlerini ifade edecek doğru vektörler seçildiği takdirde her türlü memeli hücresi programlanabilir. Doku içerisinde hücre programlamak uzun ve karmaşık kültür koşulları ve sonrasındaki hücrelerin hedef dokuya aktarımı ve yamanma verimlilikleri gibi engelleri aştığı için onarıcı ve yenileyici tedavi yöntemlerine yenilikçi bir alternatif olarak görülmekte*” olduğu aktarılmaktadır<sup>368</sup>. Terapötik/Tedavi amaçlı Klonlama ’da da bireyin tıpatıp aynısı genler oluşturulmuştur ancak bunlar bir rahime değil, laboratuvar şartlarında olgunlaştırılarak en sonunda pluripotent hücreler elde edilmektedir<sup>369</sup>. Kök hücre, bebeklerin göbek kordonunda çok fazladır. Kök hücre tedavisi ile diyabet gibi hastalıklarda iyileşme daha kolay olmaktadır. Organın yeniden yapılanması yahut

---

<sup>366</sup> Douglas J. Cusine, “Experimentation: some legal aspects”, **Experiments On Embryos**, Ed. Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990,s. 120-121

<sup>367</sup> Harris, “Should We Experiment On Embryos”,s. 91.

<sup>368</sup> Açelya Yılmaz,“Pluripotent Hücreler-Yeni Bir Teknoloji: Canlı Doku İçerisinde (in vivo) Hücre Programlaması”, **Kök hücre E-Bülteni, Sayı: 2, Ağustos-Eylül 2014**, s.2 (Çevrimiçi), <http://kokhucrebulteni.com/sayilar/KHB-Sayi-2.pdf>, 04.11.2016 .

<sup>369</sup> Yerdelen, “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, s.647.

yaratılması şekillerinde olabilmektedir. Yenilenemeyen hasarlı hücelere yönelik bir hücre tedavisi olarak nitelendirilmektedir<sup>370</sup>.

Kök hücre tedavisinde, var olan bir yaşamın iyiliği ve sağlığı için potansiyel bir yaşam (embryo) sonlandırılmaktadır. Hatta bazı tedaviler bakımından bebeklerin kendi göbek kordon kanları değil, birbaşkasının tercih edilmektedir. Çünkü hastalığı taşıyan hücrelerden faydalanarak kök hücre elde edilmesinin yararı olmamaktadır. Lösemi hastaları bakımından hastalıktan önce, genetik tedavilerle hastalık ortaya çıkmadan tespit edilmektedir<sup>371</sup>.

Dikkat edilecek noktalardan biri de mutlaka yumurta bağışısı yapan kişi, embriyo yaratılmasına dair aydınlatılmış rızasını açıklamalıdır. Kök hücre elde edilecekse, hem yumurta hem de sperm hücresi bağışlayanlardan ayrı ayrı rıza alınmalıdır<sup>372</sup>. Rızaya ilişkin sorunlar daha çok gerektiği gibi aydınlatılmanın gerçekleşmediği için ortaya çıkabilmektedir. Bu sınır aşan tedavi yöntemleri kişileri farklı ülkelere sürüklemektedir. Örneğin; Çin’de bir kök hücre kliniğindeki Çince ve İngilizce aydınlatılmış onam formunu imzalayan 13 hasta iyi bilgilendirilmiş olup olmadığını hatırlamadığını ancak bu şekilde hissettiklerini belirtmiştir. Bu doktrinde eleştirilmektedir. Şöyle ki; uygulanacak olan tıbbi girişimin onaylanmamış, denenmemiş riskleri olmasına rağmen, gerçekten bu tedaviye özgü risklerin ne olduğuna dair somut bir anlayış ve inandırıcı bir seçenek bulundurmayan bu onamlarda; kişiler olası yararları karşı bu ağır riskleri kabul etmeye hazır olduklarını belirtmişlerdir<sup>373</sup>.

Günümüzde bilim dünyasını heyecanlandıran bir araştırma olan İnsan genomu projesi (Human Genom Project/HGP) genetik bilimin yardımıyla konuyu ele almaktadır. Bunun ile hedeflenen güncel tıbbin seviyesi ile tedavisi olmayan

---

<sup>370</sup> (Çevrimiçi), <http://www.gurkanarikan.com.tr/index.php/seminerler/kokhucretedavisinedir.html> , 04.11.2016 ; (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/kok-hucre-tedavisi-turkiyede-sadece-iki-hastanede-25277150> , 04.11.2016 ; (Çevrimiçi), <http://www.milliyet.com.tr/kok-hucre-nedir--pembelar-detay-genelsaglik-2105492/> , 04.11.2016 .

<sup>371</sup> Kök hücreye dair detaylı açıklamalar için bkz. Erdem Aydın, “Kök Hücre Çalışmalarında Etik”, **Hacettepe Tıp Dergisi** 2005;36(4):198-202.

<sup>372</sup> UNESCO Türkiye Milli Komisyonu biyoetik İhtisas Komitesi klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005),S.10.

<sup>373</sup> Cohen,s437-438.

hastalıklara çare bulmaktır. Hatta kanser, ilaçların etkin kullanımları, genotipleme özgü virüslerle mücadele gibi konularda başarılı olacağı iddia edilmektedir. Birçok dönörün çok sayıda kan ya da spermleri alınmıştır ve kişilerin kimlikleri gizli tutulmaktadır<sup>374</sup>. Bunun uzantısı eugenik uygulamalara dek götürülebilir sakıncalarını da etikçiler taşımaktadır<sup>375</sup>. Potansiyel yaşantıların sırf genetik bozukluk sebebiyle sonlandırılması esasında, bir takım kürtaj uygulamaları ile de gerçekleştirilmektedir.

Güncel gelişmeler bazı toplulukların standart yaratma süreçleri ile ilgilendiğini de göstermektedir. “*JACIE (Joint Accreditation Committee-ISCT & EBMT), uluslararası kabul görmüş bir sistem aracılığıyla hematopoetik kök hücre toplanması, işlenmesi ve nakli merkezlerinde yüksek kaliteli hasta bakımı ve laboratuvar performansını teşvik etmek için en öncelikli amacı küresel standartların geliştirilmesi ve akreditasyon ortaya koymaya çalışmaktadır*”<sup>376</sup>.

Kök hücre tedavilerinin vurucu noktası, ebeveynlerin kendi ülkelerinde olmayan bir tedavi için çocuklarını başka ülkelere götürmeleridir<sup>377</sup>. Buna bir örnek de bebek Jamie’nin hikayesi verilebilir. Jamie, kendinden büyük kardeşinin kalıtsal rahatsızlığının tedavi edilebilmesi için dünyaya getirilmesi planlanmış, Kantçı felsefenin aksine, bir amaç konumuna indirgenmiş bir bebektir. İngiltere’de izin

---

<sup>374</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. “What were the goals of the Human Genome Project?” (Çevrimiçi), <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/hgp/goals>, 22.09.2017; “The Human Genom Project”, (Çevrimiçi), [http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebitesize/science/edexcel\\_pre\\_2011/genes/dnarev3.shtml](http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebitesize/science/edexcel_pre_2011/genes/dnarev3.shtml), 22.09.2017; “An Overview of the Human Genome Project”, (Çevrimiçi), <https://www.genome.gov/12011238/an-overview-of-the-human-genome-project/>, 22.09.2017; “The Human Genom Project”, (Çevrimiçi), <https://report.nih.gov/NIHfactsheets/ViewFactSheet.aspx?csid=45&key=H#H>, 22.09.2017; Demir, “Etik Açıdan İnsan Genom Projesi”,s.320.

<sup>375</sup> Eugenic/Öjenik; daha iyi genlerin ortaya çıkarılmasını sağlamaya çalışır. Francis Galton tarafından ortaya atılmıştır, ancak Platon’a dek uzatanlar da bulunmaktadır. Sağlıklı genlerin hayatta kalmasını sağlamak için, zorla kısırlaştırmaların yapıldığı insan onurunu ihlal eden uygulamalar, ne yazık ki tarihte de yerini almıştır. “Origins of Eugenics: From Sir Francis Galton to Virginia’s Racial Integrity Act of 1924”, (Çevrimiçi), <http://exhibits.hsl.virginia.edu/eugenics/2-origins/>, 22.09.2017. ; aileler eugenik kararları tek başlarına alabilirler mi? Tartışmalar için bkz. Demir, “Etik Açıdan İnsan Genom Projesi”,s.323vd.

<sup>376</sup> 1998 yılında, Kan ve Kemik İliği Transplantasyonu Avrupa Derneği (EBMT) ve Hücreyel Tedavi için Uluslararası Derneği (ISCT) Ortak Akreditasyon Komitesi-ISCT &EBMT’yi kurmuştur. Detaylar için bkz. (Çevrimiçi), <http://www.jacie.org/about>, 04.11.2016 .

<sup>377</sup> Cohen,s.460.

alamayan aile, Chicago’da büyük kardeş için en uygun embriyonun seçilmesi sonucunda, Jamie göbek kordonundaki kan hücrelerinin alınabilmesi ve bir başka hayatın kurtarılabilmesi için dünyaya gelmiştir<sup>378</sup>.

Embriyo Koruma Yasası (ESchG) ile kürtaj hakkı biraz tezat oluşturmaktadır. Alm CK m.218’de gebeliğin sonlandırılmasını düzenlemektedir. Eğer endikasyon varsa, geniş bir kürtaj hakkı tanımaktadır. Hukuken gebelik sonlandırılana dek, embriyonun korunduğu savunulabilir. Öte yandan; annenin hukuki menfaatlerinin, embriyonun yaşam hakkından daha ön planda tutulduğu da savunulabilir. Bunun dışındaki hallerde, embriyonun korunması devam etmektedir<sup>379</sup>. 2001 tarihli kök hücre kanunu ile ESchG hükümleri uyarınca, “*embriyo, yumurta ve spermin tam olarak dölleniş anından itibaren*” değer atfedilmektedir<sup>380</sup>.

Kök hücre araştırmaları bakımından da etik bir problemi de aktarmak istemekteyiz. Bir embriyonun 100 tane hücreye ulaştığı evre blastokist olarak adlandırılmaktadır ve kök hücreler buradan alınmaktadır. Eğer erken embriyo yada pre embriyo olarak adlandırılan bu safhada totipotent hücre olarak nitelendirilirse artık embriyo vardır. Zaten rıza açıklayamayan potansiyel insan hakkında da daha fazla etik sorun ortaya çıkacaktır. Eğer var olanın hakkı olduğu, mevcut olmayanın hakkı olmadığı noktasından hareket edilirse herhangi bir rıza yahut özerklik durumu tartışması da olmayacaktır. Ancak hayatın her anı potansiyel yaşamlar dahi korunmalıdır noktasından hareket edilirse o zaman blastokist dahi olsa herhangi bir araştırma yapılamayacaktır ve “*bunlar*” salt araştırma amacıyla öldürülemez noktasına varılacaktır<sup>381</sup>.

Sadece araştırma amacıyla embriyon yaratılmaz hükmünü düzenleyen Biyo-tıp sözleşmesi m.18/2 ile paralel bir ceza normu bulunmadığı gibi, kişilerin rızasına

---

<sup>378</sup> Aysel Demir, “Etik Açısından İnsan Genom Projesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi** Yıl:12 Sayı:23 Bahar 2013, s.322-323.

<sup>379</sup> Deutsch, “Embryonenschutz in Deutschland”, s.724.

<sup>380</sup> Rossenau, “Embryonen forschung und Therapeutisches Klonen nach der Biomedizin-Konvention des Europarates”, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Uluslar Arası Sempozyumu (11-12 Kasım 2005, Konya-Türkiye), **KHuka Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Kasım, s. 131-136 aktaran Yerdelen,s.668 dip not 95.

<sup>381</sup> Carr,s.257.

aykırı başka embriyolar yaratılmasına yönelik de düzenleme yoktur<sup>382</sup>. Bu doğrultuda bu hukuka aykırılıkların önüne geçilebilmesi için, TCK'da yeni bir suç tipi düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

#### D. Psikolojik Deney ve Denemeler

İnsan üzerinde deney ve deneme psikoloji alanında da uygulanabilmektedir. Belirli bir hekimin müdahalesi veyahut ilaç denenerek olabileceği gibi, girişimsel olmadan da hekimin insana müdahalesini gerektirmeyen araştırmalar da yapılabilir. Helsinki bildirgesi ve TCK daki hükümler psikiyatri hastaları açısından fark teşkil etmemektedir bildirgesini göre de her gün geri çekilme hakkı vardır<sup>383</sup>. Psikolojik deneyler bakımından da, mutlaka katılımcıların aydınlatılmış bilgilendirilmiş rızalarının alınması gerekir. Sadece kabul edilme yeterli değildir. Kişilerin ne anladıklarının da muhakkak ele alınması gerekir<sup>384</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, kişisel girişimsel olmayan deneyler İBÜKHAY uyarınca TCK m. 90 hükmü dışındadırlar<sup>385</sup>. Girişimsel olmayan deneye örnek olarak 1953 senesinde Solomon Asch tarafından yönetilen Asch deneyi örnek verilebilir. Bu deneyde çevrenin insanın karar verme sürecine etkisi değerlendirilmek istenmiştir. Katılanlara kartlar gösterilerek bunların doğru olup olmadıkları hakkında soru sorulmuştur. Katılanların sadece biri dışında diğerleri Asch'in yardımcılarıdır. Kendinden önceki grubun davranışlarının, kişinin

---

<sup>382</sup> Hakeri, "Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi", s.66.

<sup>383</sup> Karlıkaya, s.128.

<sup>384</sup> Saul McLeod, "Ethics", 2007-2015, (Çevrimiçi), <https://www.simplypsychology.org/Ethics.html>, 22.09.2017.

<sup>385</sup> Eşitli, s. 219; **MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; taraf olunan uluslararası anlaşma ve sözleşmeler ile Avrupa Birliği standartları ve iyi klinik uygulamaları çerçevesinde, gönüllü insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırmaların tasarımı, yürütülmesi, kayıtlarının tutulması, rapor edilmesi, geçerliliği ve diğer hususlarda bilimsel ve etik standartların sağlanması ve gönüllülerin haklarının korunmasına dair usul ve esasları düzenlemektir. Dayanak MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik;a) 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesi ile 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 10 uncu maddesine dayanılarak;b) Avrupa Birliği'nin ilaçlarla ilgili mevzuatının İyi Klinik Uygulamaları hakkındaki 2001/20/EC ve 2005/28/EC sayılı direktiflerine paralel olarak, c) Avrupa Birliği'nin tıbbi cihazlarla ilgili mevzuatının Tıbbi Cihaz ve Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar hakkındaki 93/42/EEC ve 90/385/EEC sayılı direktiflerine paralel olarak, hazırlanmıştır. (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/08/20110819-9.htm>, 28.11.2015 .**

değerlendirmesini etkileyip etkilemediği incelenmiştir. Sonuç olarak çoğunluğun görüşüne uyma oranı %32 olarak saptanmıştır. Katılımcılar deney sonrasında, yanlış olduğunu bildikleri halde kartın doğru olduğunu söylemelerinin sebebi olarak toplulukta gülümç duruma düşmek istemediklerini gerekçe göstermişlerdir<sup>386</sup>. Ayrıca Milgram deneyi de girişimsel olmayan deneylere başka bir örnek olarak gösterilebilir. Bu deneyde de kişilerin itaatleri değerlendirilmek istenmiştir. Ancak bu deneyde de katılımcıların deney sonlandırılmasına rağmen aydınlatılmadıkları görülmüştür. Milgram deneyleri bakımından aydınlatılmış onam alınmış olmasına rağmen bunun sadece kağıt üzerinde kaldığı görülmüştür<sup>387</sup>. Bu deneyde katılanların kendilerinin yan odada bulunan bir kişiye elektrik şoku verdiğini düşünmeleri sağlanmıştır. Gerçekte ise böyle bir durum söz konusu değildir.Hatta deneyi bırakmak istediklerinde ise kendilerine devam etmeleri gerektiği konusunda baskı yapılmıştır. Bu deneyde de görüldüğü üzere girişimsel olmasa da insan üzerinde gerçekleştirilen deney kişilerde kalıcı hasarlara neden olabilir<sup>388</sup>.

Her türlü bilimsel deney bakımından eğer insan üzerinde yapılacak ise mutlaka ilgilinin rızasının alınması gerekir. TCK m.90 bakımından girişimsel olmayan veya girişimsel olan gibi bir ayırım bulunmamaktadır. Kaldı ki, psikolojik deneylerin de insanın beden bütünlüğü ve ruhsal sağlığını etkilediği bu nedenle de AY m.17 kapsamındaki kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile yakından ilişkin olduğu açıktır. Bu nedenle aydınlatılma yapılmaksızın bilim insanları tarafından gerçekleştirilen psikolojik deneyler de suç teşkil edebilir kanaatindeyiz.

---

<sup>386</sup> Morton Jay Asch, "Nondirective teaching in psychology: An experimental study", **Psychological Monographs: General and Applied**, Vol 65(4), 1951, i-24; Saul McLeod, "Asch Experiment", 2008, (Çevrimiçi), <https://www.simplypsychology.org/asch-conformity.html>, 22.09.2017; Knud S Larsen, "Conformity in the Asch Experiment", **The Journal Of Social Psychology**, 1974, 94, 303-304.

<sup>387</sup> Douglas J. Navarick , "Reviving the Milgram Obedience Paradigm in the Era of Informed Consent", **The Psychological Record**, 2009, 59, s.158, Cheng-Tek Tai, s.219.

<sup>388</sup> Ekmekçi, s.103-104 ve 107; Cheng-Tek Tai ,s. 219.

## VI. Tıbbi Müdahale İle İnsan Üzerinde Deney veya Deneme Fiillerine İlişkin Açıklanacak Rızanın Karşılaştırılması

Tıbbi müdahalelerde genel olarak ilgilinin rızası çoğunlukla tek başına bir hukuka uygunluk sebebidir. Eğer kişi serbestçe tasarrufta bulunabiliyor ise, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı bakımından tek başına ilgilinin varlığı hukuka uygunluk sebebi bakımından yeterlidir. Kişinin yeterince açıklanıp aydınlatılarak elde edilen bir rızanın varlığı durumunda tıbbi müdahale hukuka uygun bir fiildir. Tıbbi standartlardan uzak bir tıbbi müdahale durumunda, hekim en azından olası kastla hareket etmektedir. Çünkü tıbbi standartlara uygun bir şekilde hekimlik mesleğini icra etmesi gerekir. Kişinin aydınlatılırken tıbbi standartlara uygun tedavi olmayacağını bilmeden verdiği rıza hukuken geçersiz olacaktır ve tıbbi müdahale esasında bedensel bütünlüğü ihlal eden bu fiil de hukuka aykırı olacaktır.

Tıbbi müdahalenin şartları, kişinin rıza göstereceği fiilin sınırlarına yöneliktir. Hekimin hakkın icrası kapsamında tıbbi müdahale uygulayacağı haller sadece acil durumlar ve katlanma yükümlülüğünün varlığında gündeme gelebilir. Çünkü paternalist bir yaklaşım günümüz tıp etiği bakımından da kabul edilemez. Yani hekim tıbbi etiğe aykırı şekilde hekimlik hakkını icra ederse bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanamayacaktır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından salt hekimlik hakkının icrasına dair doktrinde yer alan görüşlere itibar etmediğimizi de belirtmek istemekteyiz.

Türk doktrininde ilgilinin rızası, TCK'daki düzenleme sebebiyle hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınsa da, bazı yazarlar tarafından tipikliği kaldırması yahut hukuka aykırılığı kaldırması hususunda da görüşler ortaya atılmaktadır. Bir görüşe göre, fiil üzerindeki subjektif unsurlar da değerlendirilmek zorunda olduğundan; rızanın varlığı failin fiilinin tipikliğini etkilemektedir<sup>389</sup>.

Eğer tıbbi müdahale yeni bir yöntem ise ve rızasız gerçekleştirilirse; deney yahut deneme fiilleri söz konusu olabileceğinden Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca hem deney hem de deneme

---

<sup>389</sup> Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", s.227.

bakımından uluslararası sözleşme kuralları öncelikli uygulanmaktadır. Doktrinde TCK'da yer almayan şartlar bakımından ceza sorumluluğu gündeme gelmeyeceği iddia edilmektedir<sup>390</sup>. Kanaatimizce insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından suçun unsurları bakımından kanunilik ilkesi uyarınca elbette TCK'da yer almayan şartların olmaması durumunda ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Öte yandan TCK'da yer alan şartlar Biyotıp Sözleşmesi ile uyumludur. Rıza dışı gerçekleştirilen araştırmaların, TCK m.90 uyarınca tipik bir fiil söz konusu olabileceği, uygulayıcının da TCK m.90 uyarınca sorumlu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Ülkemizdeki düzenlemelerde ABD ve Kanada'daki düzenlemeler dikkate alınarak, ilk kez insan üzerinde deney ve deneme fiillerine dair yasal düzenleme yapılmıştır<sup>391</sup>. TCK'da yer alan tıbbi müdahaleler ilişkin düzenlemelerde insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından aydınlatmaya dair, “ *yeterli bilgilendirme*” ölçütü getirilmiştir, konuya dair sınırlar net biçimde çizilmemiştir ( Örneğin TCK m. 90/2g ve 90/4)<sup>392</sup>. İBÜKAHY m. 25/3 “*Bu Yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.*” denilmekle birlikte, yönetmeliğe aykırı davranışların mutlaka ceza yaptırımı olması gerektiğini düzenlemiştir. Eğer İBÜKHAY ile TCK arasında çelişki söz konusu olursa, TCK dikkate alınmalıdır<sup>393</sup>. Çünkü temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren bir konunun yönetmelik ile düzenlenmesi açıkça anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

İnsan üzerinde deney ve denemeler bakımından, genel olarak tıbbi müdahalelerde aranan rıza arasında hukuki nitelik bakımından fark vardır. İnsan üzerinde deneme fiilleri eğer kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilirse, rıza maddi unsurlar arasında değerlendirilecektir. İnsan üzerinde deney ve deneme fiilleri

---

<sup>390</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.316.

<sup>391</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”,s.307.

<sup>392</sup> Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, s. 99-100.

<sup>393</sup> Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, s.307.

bakımından kişilerin rızası yoksa, fiil TCK m.90 bakımından tipik sayılacaktır<sup>394</sup>. Suç tipinde ayrıca fiilin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesinin arandığı suç tipleri bakımından, artık rıza unsura dahil olmalıdır<sup>395</sup>. İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarını düzenleyen TCK m.90 uyarınca, eğer bu fiiller rıza olmaksızın gerçekleştirilirse ortada tipikliği kaldıran rıza bulunmaktadır<sup>396</sup>.

Bazı özel tıbbi müdahaleleri düzenleyen TCK'nin 91, 99, 101 maddelerinde de ilgilinin rızası suçun tanımında yer almaktadır. İnceleme konumuza dahil suç tiplerinde ayrıca rızanın belirtildiği durumlarda, Tipikliği kaldıran rıza'ya işaret edilmiştir. Bu suç tiplerinde, mevzuatımıza göre yazılı rızanın aranması gerekmektedir. Bunun gerekçesi olarak irade özgürlüğünü yeterli gören Tipikliği kaldıran rıza'nın, bu özelliğinden dolayı bir güvenlik önlemine gerek görülmesi olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan TCK m.26/2 bakımından ilgilinin rızası, gerekçeden de anlaşıldığı üzere- kanun koyucunun takdiri olarak hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğinden dolayı, tipiklikte yer almamakla birlikte, eğer hukuki menfaatin taşıyıcısının rızasının hukuken geçerli kabul edilebildiği suç tipleri bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olarak ele alınacaktır. Tipikliği kaldıran rıza ve Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza'nın arasındaki en belirgin fark kendisini kişinin kendi kaderini tayin hakkı bakımından ortaya koymaktadır.

Öte yandan, insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde ilgilinin rızasının yanında bazı şartlar kanuni olarak aranmaktadır. Rızanın açıklanması prosedürüne ilişkin şartlar olarak değerlendirilebilir. Öte yandan tıbbi müdahalelerin de bir kısmında Tipikliği kaldıran rıza'nın bulunduğunu belirtmiştik. Bunlar bakımından da rıza açıklama prosedürü yahut rızanın geçerliliğine ilişkin şartlar aranmıştır. Benzer bir durum organ ve doku nakillerinde de görülmektedir. TCK m.91/1'deki "hukuken geçerli rıza" ibaresi, Tipikliği kaldıran rıza'nın hukuken geçerli olabilmesi için

---

<sup>394</sup> Üzülmez, s.120.

<sup>395</sup> Zafer, s.334; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.229.

<sup>396</sup> Aynı görüşte bkz. Üzülmez, s.122,124; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.229.

aranan şartlara işaret etmektedir<sup>397</sup>. Hukuka Aykırılığı kaldıran rıza'nın bulunduğu diğer hallerde, tıbbi müdahalelerin olmazsa olmazı aydınlatma sonrası açıklanmış rızanın varlığıdır.

Rızanın yokluğunun yahut rızaya aykırılığın suç tipinde özel olarak belirtilmediği, hukuki menfaatin taşıyıcısının rızasının hukuken geçerli kabul edilebildiği suç tipleri bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza söz konusudur. Öte yandan Tipikliği kaldıran rıza'nın, madde metninde ayrıca rıza ibaresine önem atfedildiği hallerde olabileceğini savunduğumuzdan; diğer hallerde hukuka aykırılığı kaldıran rıza uygulama alanı bulabilecektir.

İnsan üzerinde deneme fiilleri bakımından, sadece yetişkin insan üzerinde gerçekleştirilecek olanlara yönelik açıklanan rızanın şartlarının var olması durumunda tipiklik kalkacaktır. TCK m.90/2'de insan üzerinde deney, TCK m.90/3'de de çocuklar üzerinde deney ayrımı yapılmış olmasına rağmen; TCK m. 90/4 uyarınca sadece insan üzerinde deneme fiillerine dair düzenleme bulunmaktadır. Yetişkin kişiler bakımından da deney fiillerine yönelik açıklanan aydınlatılmış yazılı rıza, yasadaki diğer şartlar mevcutsa tipiklik kalkacaktır. Biyotıp Sözleşmesinin 17.m uyarınca Araştırmaya Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişiler bakımından da deney ve deneme fiilleri gerçekleştirilebilir. Ancak bu maddedeki şartlara uyulması gerekmektedir. Burada kişinin itiraz etmemesinden bahsedilmekte olması dikkat çekicidir. Kanaatimizce de rıza gösteremeyen kişiler bakımından yasal temsilcilerin açıklayacakları rıza ile deney yahut deneme fiilleri gerçekleştirilebilir. Fakat Sözleşmenin 17. Maddesindeki şartlara uyulması gerekmektedir.

Kişilerin serbestçe tasarruf edemeyecekleri alanlarda rıza açıklamasına değer atfedilmediği TCK m. 26/2 düzenlemesinde de yer almıştır. Örneğin kişiler kolunun kopartılmasına rıza gösterebilirler. Ancak buna hukuk değer atfetmeyeceği için, fail cezalandırılacaktır<sup>398</sup>. Kişiden, mutlak anlamda tasarrufta bulunamayacağı bir hak bakımından bir onay bekleniyorsa; bu durumda Tipikliği kaldıran rıza söz

---

<sup>397</sup> Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.362-363.

<sup>398</sup> Tıbbi müdahaleler bakımından rızanın amaç ve sınırları alt başlıklarında değerlendirdiğimiz konuları tekrara düşmemek için detaylandırmıyoruz.

konusudur. Bu nedenle ilgilinin rızası, kişinin kendi geleceği bakımından tek yetkili kurumdur. Esasında kişi özerkliğinin ne ahlak ve adap ne de başka noktalarda sınırlandırılmaması gerekmektedir. Anayasadan aldığı hak ile kişi sahip olduğu bütün konularda rıza açıklayabilmelidir. Buna yaşam hakkı da dahildir. İlgilinin rızasının kanunla sınırlandırılmadığı ülkelerdeki potansiyel tehlike, bu kavramının içerisinde mahkeme kararları yahut doktrin ile çizilmesi gerekliliğidir. İlgilinin rızası genel hükümlerde düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi olduğunda Anayasa'daki sınırlama sebepleri ile yasal olarak çerçevesi çizilebilecektir. Bu durumda ancak mutlak tasarrufta bulunulabilecek haklar üzerinde kişi rıza gösterecektir.

Öte yandan Tipikliği kaldıran rıza'nın, her suç tipinde özel olarak farklı özellikler yüklenerek ele alınması gerekmektedir. Tipikliği kaldıran rıza'da, rızanın varlığı durumunda tipiklik kalkacaktır. İnsan üzerinde deneme fiilleri bakımından, uzman hekim fiili gerçekleştirmesi gerektiği için, uzman hekimin rızanın varlığı ve rızaya yönelik kanunda aranan şartlara dair hatası söz konusu ise; bu durumda hata hallerinde TCK m.30/1 uygulanacaktır<sup>399</sup>. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Rıza bakımından hata hallerinde TCK m.30/3 uygulanacaktır.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi bakımından failin gerçekleştirdiği fiilin temelinde rıza yatmıyorsa, o zaman ilk teoriye göre failin ihlal ettiği suç tipine göre teşebbüsten ceza alması gerekir. Rızaya göre fiilini gerçekleştirmeyen hekim, rızayı temel alarak bunu gerçekleştirmediyse teşebbüs teorisine göre bakımından Kasten Yaralama Suçuna teşebbüsten cezalandırılacaktır. Tamamlama teorisine göre<sup>400</sup> ise tamamlanmış Kasten Yaralama Suçundan ceza alacaktır. Kanaatimizce; TCK m.90, 91, 99, 100 ve 101 bakımından ise rıza tipikliğin bir unsurudur. Buradaki sübjektif unsurun yokluğu sebebiyle fail cezalandırılmaz. Çünkü bilme+isteme bir arada olmalıdır.

---

<sup>399</sup> Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s.230.

<sup>400</sup> Heinrich, § 13 kn.392.

## SONUÇ

“Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası” başlıklı çalışmamız, üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde, ilgilinin rızasının şartları ve bununla bağlantılı temel haklar ve ilkelere yer verilmiştir. Türk Ceza Hukuku açısından kişilerin özgürlüklerine müdahaleleri hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk sebebidir. İlgilinin rızasının tek başına tıbbi müdahale ve insan üzerinde deney ve deneme teşkil eden fiilleri hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği tezimizde tartışılmıştır. İlgilinin rızası, 5237 sayılı TCK’ nın bir yeniliğidir ve genel hükümlerde bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan ilgilinin rızası kavramı; Ceza Hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Kişi özerkliğinin bir yansıması olan, kişinin kendi kaderini tayin hakkına sahip olan ilgilinin; rıza gösterip göstermeyeceği saptanmadan tıbbi müdahalede bulunmak mümkün değildir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise tıbbi müdahale kavramını açıkladıktan sonra, ilgilinin rızasına yönelik olarak “aydınlatmış onam” kavramının üzerinde durulmuştur. Özellik arz eden bazı tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının yansımaları da ayrıca değerlendirilmiştir. Çünkü ilgilinin rızasının suçun unsurlarına etkisi, ancak şartları gerçekleşmiş bir tıbbi müdahalenin varlığı durumunda tartışılabilir. Öte yandan rıza mutlaka hukuken geçerli ve yeterli bir aydınlatma sonrasında verilmiş olmalıdır. İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin çerçevesinin çizilebilmesi için de, tıbbi müdahale kavramının ele alınması gerekir. Tıbbi müdahaleler; yaygın uygulanan prensiplere göre her hasta için bireyselleştirilerek uygulanırlar. İnsan üzerinde tıbbi deney ve denemeler ile tıbbi müdahale ayrımı, müdahale kullanılan metodlara ve araçlara bakılarak yapılabilir. Özellik arz eden bazı tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının varlığına ek şartlar aranmaktadır. Bu gibi özel tıbbi müdahaleler bakımından aranan ek koşulların yokluğu durumunda ilgilinin rızasının varlığı da bunları hukuka uygun addetmeye yetmeyecektir. Bu müdahalelerde aydınlatma kapsamını daha geniş tutulmaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise insan üzerinde deney ve denemelerde ilgilinin rızasının şartları incelenmiştir.

Özellik arz etmeyen tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızası, çoğunlukla tek başına hukuka uygunluk sebebidir. Eğer kişi vücut bütünlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabiliyor ise, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını kullanmaktadır ve tek başına ilgilinin rızasının varlığı fiilli hukuka uygun hale getirecektir. Yeterli aydınlatma sonucunda elde edilen rıza üzerine gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka uygun bir fiildir.

Tıbbi müdahaleler bağlamında ilgilinin rızası temelini Roma Hukukundan almaktadır; artık var olmayan bu hukuk sisteminde dahi kişinin serbestçe vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunması sağlanmıştır. Osmanlı Hukukunda da; cerrahi girişimlere verilen yazılı rıza senetleri ile yüzyıllar öncesi ilgililerin rızasına üstünlük tanınmış ve hekim ceza sorumluluğundan kurtulmuştur.

Bununla beraber ilgilinin rızası, kişinin kendi kaderini tayin hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Çünkü kişi özerkliği, ilgilinin rıza göstermesinin temel taşlarından biri olup, kişinin kendi geleceği için planlar yapabilmesine imkan tanınmaktadır. Aksi halde kişinin hayatını şekillendirme ve kendi önceliklerini belirleme imkanı, hekim dahi olsa bir başkası tarafından ele geçirilmiş sayılacaktır. Tıbbi müdahalelerde aydınlatma sonucunda oluşturulmuş özerk bir kararın varlığı temelinde de kişinin kendi kaderini tayin hakkı yer almaktadır. Hasta; tedaviye bağlı doğal riskleri de iradesi ile kabul etmelidir. Bu da ancak hekimin yeterli düzeyde aydınlatması ile mümkündür. Kendi geleceğini belirleme hakkı Anayasa’da koruma altına alınmış bir insan hakkıdır. Bu nedenle hasta için faydalı olacağı gerekçesiyle dahi, kişi özerkliğini engelleyeceği için hastanın durumuna dair hiçbir hususun ilgiliden saklanmaması gerekmektedir. Aksi halde açıklanan rıza serbest olmayacaktır.

İnsan onuru kavramı da kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının bir sınırı olarak kendini göstermektedir. Kişinin beden bütünlüğü ihlal eden tıbbi müdahale katlanılabilir olmalı ve insanı küçük düşürmemelidir. Kişinin “biricik” olması savunulurken; diğer kişilerin de aynı haklara sahip olduğu gerçeği görmezden gelinmemelidir. Başkalarının haklarını tehdit edecek ve hatta onlara zarar verecek şekilde bireye ait hakların genişletilmeyeceği de açıktır.

Tıbbi müdahaleler bakımından kanun metninde “İlgilinin rızası” geçmiyorsa bir hukuka uygunluk sebebi. Türk doktrininde ağırlıklı görüş ve TCK gerekçesi değerlendirildiğinde, ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak rızanın şartlar ile desteklenmesi günümüz koşulları bakımındandır. Tıbbi müdahale; bir hekim davranışı içermeli, endikasyona bağlı, güncel tıp bilimine uygun olmalı, son olarak da ilgili aydınlatılmış olarak rıza açıklamalıdır. Bu şartlar aynı zamanda tıbbi müdahaleye rızanın sınırlarını da çizmektedir. Ancak genel anlamda tıbbi müdahalelerin temelinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi vardır. Diğer şartlar sadece ilgilinin rızasının fesada uğratılmasını önlemek adına bir sınırlandırma ölçütüdür.

Tıbbi müdahalede ilgilinin rızasının varlığı vazgeçilmezdir. Ancak tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri bakımından da ilgilinin rızası farklılık arz etmektedir. Suç tipinde ayrıca rızanın belirtildiği ve özellikle rızanın varlığının dikkate alınması gerektiği -çalışma konumuz bakımından da önemli- suç tipleri de vardır. Bunlar özellik arz eden tıbbi müdahaleleri düzenleyen TCK'nin 90, 91, 99, 101 maddeleridir ve ilgilinin rızası suç tipinde açıkça yer almaktadır. Bu suç tipleri açısından rızaya bir unsur olarak işaret edilmektedir. İlgilinin rızasının, suçun unsurlarına etkisi bakımından; tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ikili ayrımı kabul ettiğimizden dolayı, bu suç tipleri bakımından tipikliği kaldıran rızanın varlığını kabul etmekteyiz.

Tipikliği kaldıran rızanın bulunduğu suç tiplerinin her birinde rızanın geçerli kabul edilebilmesi için, farklı özellikler aranmaktadır; bu nedenle tipikliği kaldıran rıza açısından genellemeye varmak oldukça zordur. Kaldı ki; genel hükümlerde TCK m.26/2'de düzenlenen ilgilinin rızasını, kanun koyucu hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirmiştir. Genel hükümlerde açıkça düzenlenmiş hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı ülkelerdeki doktriner bakış açısının tam olarak kabulüne TCK m.26/2'nin varlığı, engel teşkil etmektedir.

TCK m.26/2 bakımından ilgilinin rızası, gerekçeden de anlaşıldığı üzere-kanun koyucunun takdiri olarak hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğinden dolayı, tipiklikte yer almamakla birlikte, eğer hukuki menfaatin taşıyıcısının rızasının

hukuken geçerli kabul edilebildiği suç tipleri bakımından hukuka aykırılığı kaldıran rıza olarak ele alınacaktır. Tipikliği kaldıran rızanın ve hukuka aykırılığı kaldıran rızanın arasındaki en belirgin fark kendisini kişinin kendi kaderini tayin hakkı bakımından ortaya koymaktadır.

Öte yandan özellik arz eden bazı tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiillerinde ilgilinin rıza açıklamasının yanında başka şartlar kanuni olarak aranmaktadır. Bu şartların rızanın açıklanması prosedürüne ilişkin olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu suç tiplerinde mevzuatımıza göre yazılı rızanın aranması gerekmektedir. Bunun gerekçesi irade özgürlüğünü yeterli gören tipikliği kaldıran rıza kurumunun, bu özelliğinden ötürü ayrıca bir güvenlik önlemine gerek görülmesi olduğu kanaatindeyiz.

Tıbbi standartlardan uzak bir tıbbi müdahale durumunda, hekim en azından olası kastla hareket etmektedir. Kişinin aydınlatılırken tıbbi standartlara uygun tedavi olmayacağını bilmeden verdiği rıza hukuken geçersiz olacaktır ve tıbbi müdahale esasında bedensel bütünlüğü ihlal eden bu fiil de hukuka aykırı olacaktır. Eğer tıbbi müdahale yeni bir metot ise, deney yahut deneme fiilleri söz konusu olacağından bahisle Biyotıp Sözleşmesi hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Bununla beraber TCK m.90 uyarınca tipik fiil söz konusudur ve uygulayıcı da TCK m.90 uyarınca sorumlu olacaktır.

Tıbbi müdahalenin şartları kişinin rıza göstereceği fiilin sınırlarına yöneliktir. Hekimin hakkın icrası kapsamında tıbbi müdahale uygulayacağı haller sadece acil durumlar ve katlanma yükümlülüğünün varlığında gündeme gelebilir. Çünkü paternalist bir yaklaşım günümüz tıp etiği bakımından kabul edilemez. Yani hekim tıbbi etiğe aykırı şekilde hekimlik hakkını icra ederse, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden faydalanamayacaktır. Bu nedenle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından salt hekimlik hakkının icrasına dair doktrinde yer alan görüşlere itibar etmediğimizi de belirtmek istemekteyiz.

Tedaviye dair taleplerin yazılı olması, yönetmelik gereğinden ziyade ispat açısından da önem taşır. Hastanın durdurma talebini açıkça belirtmesi

gerekmektedir. Hasta tedaviyi durdurma hakkını kullandığında, kanaatimizce hekimin durdurma hakkından sonra varsa kişinin hastalığı daha da ilerleyecekse, muhtemel olumsuz durumlar hakkında da hasta aydınlatılmalıdır. Geri almanın yahut tedaviyi durdurmanın muhtemel sonuçları hakkında da bilgilendirilmelidir,ki kişi kendi kaderini tayin edebilsin.

Eğer sonradan yapılan değerlendirmede ilgilinin iradesine aykırılığın saptanırsa, varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebinden yararlanılabileceği yönünde doktrinde görüşler mevcut olsa dahi; kanaatimizce hata hükümlerinin burada tartışılması gerekir. Fakat köklü çözüm, varsayılan rızanın hukuki niteliğine yönelik olarak kanun koyucunun bir tercihte bulunarak, yasada bunu açıkça düzenlemesidir.

İnsan sağlığının korunması bakımından da; devletler insan üzerindeki araştırmalara izin vermelidir. Helsinki Bildirgesinin 5. maddesinde de belirtildiği üzere; *“tıp biliminin ilerlemesi insanlar üzerinde yapılan araştırmalara bağlıdır.”* Çünkü insan üzerinde bazı deney ve denemelerin varılan bilimsel ilerlemeler ve insanlığın bütünlüğünün yararına gereklidir ve her ne kadar insan dışı ortamda da yapılsa hayvan üzerinde de yapılsa, bazı deneylerin insan üzerinde yapılması zorunludur. İnsan üzerinde deney fiili gerçekleştirilmeden; insan dışı deney ortamında yapılmış olması yeterli sayılmıştır. Doktrinde *“veya”* bağlacı yerinde *“ve”* bağlacı kullanılarak her ikisinin de birlikte uygulanmasına dair bir düzenleme insan üzerinde deneyin sonuçlarının belirsizliği ve riskleri sebebiyle daha yerinde olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Öte yandan insanların faydası için kullanılacak olan ilaçların elde edilmesinde, insan dışındaki canlıların feda edilebilmesi de düşündürücüdür. Hayvan Koruma Kanunu’nda yapılacak değişiklik ile, sahipsiz hayvanlara kasten zarar veren fiillerin de suç olarak kanunlaşması durumunda; TCK m.90 bakımından düzenlemeye gidilmesi gerekecektir. Hayvanlar üzerinde yapılacak olan deney veya denemelerin – kanaatimizce yasaklanması- herhalde belirli şartlara bağlanması gerekmektedir.

İnsan üzerinde deneme fiilleri, hasta kişiye yönelik olarak tedavi amaçlı bazı araştırmaların uygulanmasıdır. İvedi bir tedavi amacı taşımaktadır. İnsan üzerinde deney fiilleri ise insanlık geneline yönelik bazı araştırmaların uygulanmasıdır. İkisi bakımından varılmak istenen amaç farklıdır. Bu nedenle insan üzerinde deneyin geçerlilik şartları daha ağırdır. Önemli olan hastanın yararı ise, klasik yöntemlerin tamamının uygulanmasının beklenilmesi de hasta açısından ciddi bir zaman kaybı ve sağlık açısından risk taşımaktaysa; tek bir klasik yöntem uygulanmış ve başarısız olmuş ise yeni bir yöntem denenebilir.

Biyotıp Sözleşmesinde hükümlüler üzerinde deneye izin verilse de; iç hukukumuzda daha ileri bir düzenleme mevcuttur. Hükümlüler bakımından deney yapılması rıza ile olsa dahi mümkün değildir. Kanunun açıkça yasaklamadığı hukuka uygundur. Eğer kanun koyucu çocuklar üzerinde deneme fiillerinin gerçekleştirilemeyeceğini düzenlemek isteseydi açıkça bunu kanuna koyacaktı. Bu sebeple hasta olan çocuk yahut yetişkin üzerinde şartları varsa deneme fiilleri gerçekleştirilebilecektir. Diğer bir anlatımla TCK m.90/3 bakımından rıza açıklayabilen çocukların rızalarının yanı sıra yasal temsilcilerinin yazılı muvafakatinin alınması gerekmektedir. Rıza açıklayabilen çocuklar üzerinde deney fiillerinin cezalandırılmaması için, gerçek anlamda kanunun aradığı şartlar gerçekleşmemiş ise söz konusu fiil tipik addedilecektir. Kanunda aranan şartlara yönelik hukuki menfaat taşıyıcısı çocuğun açıkladığı rızayı kanun koyucu yeterli görmemiştir. Bunun yanı sıra veli yahut vasilerin de yazılı muvafakatlerinin aranmasını gerekli kılmıştır. Örneğin rıza açıklayabilen çocukların, rıza açıklayabilme ehliyetleri noktasında buna yeterlilikleri göz önüne alınarak bir aydınlatma gerçekleşecek ve rızaları alınacaktır.

Yetişkin kişiler bakımından da deney fiillerine yönelik açıklanan aydınlatılmış yazılı rıza yoksa fiil, tipik hale gelecektir. Eğer TCK m.90 bakımından özgür irade ile verilmemiş bir rıza söz konusu ise, rızanın varlığı tipikliği kaldırmayacaktır. TCK m.90/2’de insan üzerinde deney, TCK m.90/3’de de çocuklar üzerinde ayrıca belirtilmiş olmasına karşın; TCK m. 90/4 uyarınca sadece yetişkin

hastalar üzerinde deneme fiilleri gerçekleştirilebileceği şeklinde de madde algılanabilir.

Biyotıp Sözleşmesinin 17.m uyarınca Araştırmaya Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişiler bakımından da deney ve deneme fiilleri gerçekleştirilebilir. Ancak bu maddedeki şartlara uyulması gerekmektedir. Burada kişinin itiraz etmemesinden bahsedilmekte olması dikkat çekicidir. Kanaatimizce kısıtlılar bakımından yasal temsilcilerin açıklayacakları rıza ile deney yahut deneme fiilleri gerçekleştirilebilir. Fakat Sözleşmenin 17. Maddesindeki şartlara uyulması gerekmektedir. Kaldı ki, hukuki menfaat taşıyıcılarının rızalarına yönelik olarak rıza açıklayabilen küçükler, kısıtlılar hakkında mevzuatta eğer deney yahut deneme fiillerinin uygulanmasına dair yasak söz konusu değilse bunlar şartları varsa uygulanabilecektir. Ancak rızanın açıklanması bakımından yetişkin bireylerin açıkladığı deneye yönelik rıza ve hasta yetişkinlerin açıkladığı tipikliği kaldıracaktır.

NPHK m.6/2 düzenlemesi uyarınca sterilizasyon yaptıracak ilgilinin evli olması durumunda da ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Evli kişilerin eşlerinin rızası olmadan bu müdahaleyi yaptırmaları yasaklanmıştır. Kanaatimizce söz konusu hüküm Anayasanın 17.maddesine aykırıdır.

Cinsiyet değişikliği yeni düzenleme de kişi otonomisi açısından sıkıntı yaratmaktadır ve eksiktir. Cinsiyet değişikliği de en nihayetinde özünde bir tıbbi müdahaledir. Söz konusu tıbbi müdahaleye rıza ehliyeti bakımından evli olmama kriteri müdahalenin uygulanabilme süresini de uzatmaktadır. Ülkemizde aynı cinsiyetten kişilerin evli olmaları kanunen mümkün değildir. Böylelikle zaten kişinin cinsiyetinin değiştirilmesine karar verilmesiyle birlikte, söz konusu evlilik de hukuken geçerliliğini yitirecektir. Evlilik sözleşmesinin bir gereği olarak kamuyu ilgilendirmesi sebebiyle bunun bir mahkeme kararıyla sonlandırılması zarureti haizdir. Fakat bunu tıbbi müdahalenin önşartı olarak kabul etmek uygulama açısından bu hakkın kullanılabilmesini sadece boşanma davalarının uzun sürmesi gerekçesiyle dahi kabul edilemez. Ayrıca mahkemenin onay makamı olarak kalması,

kişinin cinsiyetini değiştirmeye psikolojik olarak da uygun bulunduktan sonra yapabilmesine imkan tanınmalıdır.

Hukukumuzda 1219 sayılı kanun düzenlemesinde sünneti gerçekleştirecek kişilere işaret etmiştir, böylelikle kanaatimizce de tıbbi müdahale olarak kabul edilen sünnet bakımından rızanın ve diğer şartların varlığı ile fiil hukuka uygun olacaktır. Burada ayrıca bir sosyal endikasyonun varlığı da gözardı edilmemelidir. Benzer bir husus estetik operasyonlara ilişkin de düşünülebilir.

Salt bireyi ilgilendiren konular dışındaki, toplumun tamamının yaşam, sağlık ve beden bütünlüğüne tehlike getirecek durumların aynı ölçekte değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Öte yandan bireyin ölüm hakkını reddederken, ona toplumun ihtiyacı olduğu noktasında yorum yaparken; diğer yandan da bireysel tercihe bu denli hak tanımanın da hakkın kötüye kullanılması olduğu kanaatindeyim. Evrensel hukuk ilkeleri bakımından da bunun kabulü mümkün olmayacaktır.

Aktif ötenazi hukukumuzda kabul edilmemektedir. Hukukumuz bakımından kasten insan öldürme suçu olarak kabul edileceğinden, somut olayın şartları elverdiği ölçüde TCK m.81 veyahut 82 uygulama alanı bulabilir. Ancak pasif ötenazi veyahut tedaviyi reddetme hakkı uzantılı ölüm hukukumuz bakımından da uygulama alanı bulabilirdi. Çünkü kişi kendi kaderi hakkında serbestçe tasarruf edebilme hakkına dayandırılabilir. Öte yandan yardımcı intihar TCK m.84 bakımından suç oluşturmaktadır. Hekim dışı kişilerin de hekimlerin de TCK m.84 bakımından ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Kanun koyucu eski TCK tasarısında kasten öldürme suçuna nazaran ceza miktarı azaltılmış ayrı bir suç tipi olarak ele almasına karşın, güncel mevzuatımız bakımından aktşf ötenaziye izin veren bir düzenleme mevcut bulunmamaktadır. Kanaatimizce bilinci açık yahut hasta vasiyeti ile iradesini açıklamış hastanın tedaviyi ret hakkına saygı duyulmalıdır. Hekimlerden kimseyi zorla tedavi etmesi beklenmemelidir. Kişinin özerkliği bağlamında rıza dışı tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı olduğuna dair düzenleme olduğu için, bilinçli bir hastanın tedaviye zorlanması hukuka aykırıdır. Kişinin henüz rıza açıklama yeteneği

mevcut iken, gelecekte kendi kaderini tayin etmenin mümkün olmadığı durumlarda, tedavi için iradesini yansıttığı hasta vasiyetnameleri; kişinin önceden kendi kaderini tayin hakkına yönelik bir belirlemesidir. Böylelikle kişi, henüz hukuken geçerli rıza açıklayabiliyorken hem tıbbi müdahalelerin uygulanıp uygulanmayacağı, organ nakli, ötenazi, onu kimin temsil edebileceği konularında iradesini bildirecektir. Öte yandan hasta vasiyetnamelerinin hukukumuzca kabul edilmesi durumunda pasif ötenazi zımni olarak hukuka uygun kabul edilmiş sayılacaktır.

Acil durumlar bakımından da, varsayılan rıza kurumu uygulama alanı bulabilir. Ancak bu durumda da şartların iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Tedaviyi ret hakkı, açlık grevi ve intihar fiillerinde kişinin zorla yaşatılması noktasında, kişinin kendi kaderini tayin hakkına yönelik ağır bir ihlal bulunduğu da açıktır. TCK m.83/88 tehdidinden uzak kalmak adına, kişilerin serbestçe tasarruf edeceklerini kabul eden hekimler, ceza sorumluluğu ile karşılaşmamak adına uygulamada etik bulmadığı tedavi davranışını gerçekleştirmekte ve hastanın yaşamını kurtarmaya çalışmaktadır. Yahut tam tersi durumlarda, tıp etiğine aykırı baskıcı bir paternalist yaklaşımla hastanın tercihine aykırı bir şekilde tedavi uygulamaktadır. Ve hastanın yaşamını kurtarmaya çalışmaktadır. Hekimlerin Ceza Hukuku bakımından garantör olmaları sebebiyle bu gibi durumlarda hastayı tedavi etmeye çalışmaktadır; mevcut durumda hekimler bilincini kaybetmiş kişiyi tedavi etmek de zorundadır. Kanaatimizce konuya dair yasal bir düzenleme eksikliği vardır. Bu konuda bilinçli boşluk bırakıldığını düşünmemekteyiz.

Zorunlu aşı yapılan durumlarda da toplum sağlığının, bireysel taleplerden öncelikli olduğunu vurgulamak istemekteyiz. Konuya dair Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara da katılmadığımızı yineliyoruz. Devlet, vatandaşlarının genel sağlığını korumakla yükümlüdür. Kaldı ki çocuklar ailelerin bireysel tercihlerinin de ötesinde ÇHS, AY ve ÇKK gereğince pozitif ayrımcılık yapılması zorunlu olan ve toplumdaki herkese karşı haklarının korunması gereken kişilerdir. Bu da çalışmamızda yeri geldiğince bahsettiğimiz uluslararası metinler de, benzer şekilde “çocuğun yüksek yararı” dikkate alınarak düzenlenmiştir. Örneğin çocukluk dönemi bulaşıcı hastalıklara dair aşılamanın olmaması sebebiyle, yetişkin bireylerde

öldürücü etkileri olan bu hastalıkların önlenmesi bakımından aşılama faaliyetleri hem önemli hem de uzun dönem toplumsal hafızanın bir ürünü olduğu unutulmamalıdır. Eğer zorunlu aşı hukuka aykırı ise, AIDS'li bireylerin de tedaviye zorlanmaması yahut cinsel yolla bulaşan hastalıklar bakımından da koruyucu tedbirlere başvurulmaması gerekmektedir. Oysaki uygulamada bu kişilerin adeta fişlendikleri görülmektedir. Kişinin kendi geleceğini tayin hakkı elbette bu kişiler bakımından da geçerlidir. Aksi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu uygulamalardan vazgeçmeyecek olan bir toplumda, çocukların geneli ve hatta yetişkin bireyler bakımından dahi tehlike arz eden bu hastalıkları önlemek için yapılan aşı uygulaması hususunda verilen kararı anlayabilmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü bulaşıcı hastalıkların toplumun genelini tehdit ettiği durumlarda ücretsiz aşı uygulamaları ile birçok çocuk erken yaşta aşılanmakta ve ciddi sağlık sorunları önlenmektedir. Çocuğun yüksek yararı bulaşıcı hastalıklardan korunarak yaşamayı gerektirir. Ailesel özerklik, çocuk aleyhine kullanılamaz.

Sağlık hakkı, salt hukukçuların yahut salt hekimlerin değil; bir konsensüsün bakış açısıyla yorumlanmalı ve yasal düzenlemelere kavuşturulmalıdır. Aydınlatılmış rızanın gerektirdiği her alanda idari tasarruflar değil, kanun ile düzenlemeler yapılması da gerekmektedir. Hukuki menfaatlerin korunması ve bunların ilişkili olduğu özgürlükler üzerinde tasarruf ancak kanunlarla ve AY m. 13 ile m. 90/5 sınırları çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Hukukçu olarak var olan normları belirtmek ancak bir araştırmacı olarak da uygulanabilir bulduklarımızı AY m. 27 çerçevesinde aktarmak anayasal hakkımızdır. Bilimsel özgürlük hakkı sebebiyledir. Bilimsel özgürlüğümüz çerçevesinde ortaya koyduğumuz eleştirilerdeki en çarpıcı nokta, temel hak ve özgürlükler bakımından özellikle de AY m. 17'de yer alan hakların yönetmelik ile sınırlanmasıdır. Konuya dair yasal düzenlemelerin yapılması kanaatindeyiz.

İnsanın bedeni açısından söz söyleme hakkı kendisine aittir, devletler de bunu yani kişiliğin serbestçe geliştirilme hakkını korumakla mükelleftirler. Kişilerin özgür iradelerinin olmadığı hallerde ise Cezaevi, HIV testi, Sanığın katlanma yükümlülüğü, zorunlu aşı gibi hallerde de, devlet kendisini oluşturan bireylerin hepsinin haklarının

da çatışıp çatışmadığını değerlendirerek, tavır alacaktır. Gerekirse bu hakları koruyacak, gerekirse kullanımı için destekleyecek, gerekirse de tek bir kişinin diğer kişilerin sağlıklarını korumak adına bazı yükümlülükler katlanmasını sağlayacaktır. Ancak aydınlatılmanın mutlaka yapılması gerekmektedir.

Unutmamak gerekir ki; Ceza Hukuku ultima ratio olmalıdır. Özgürlüklerin korunması bakımından taşıdığı yükümlülük bir yana, her noktanın ceza hukuku ile ele alınması hukuku düzenini zedeler. Neyin yasaklandığını aktaran ceza normları dışında, sosyal yaşamı etkinleştirecek alanlarda yapılacak düzenlemelerin kanunla olması, ceza hukukunun ultima ratio karakterini de sağlamlaştıracaktır. Aksi halde salt Ceza normları ile gündelik yaşama yön verilmiş olur. TCK'nın uluslararası sözleşmelere uygun düzenlemelerin benzeri, Biyo tıbbi ve diğer bilimsel araştırmaları ilgilendiren alanlarda da yapılmalıdır. Örneğin 1219 sayılı kanunun dayanak gösterilerek çıkartılan yahut çıkartılacak yönetmelikler ile bu sorunun çözülmesi mümkün değildir.

Kendine has bir kanunun olması gereken çalışma konumuz olan tıbbi müdahaleler ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri, hala birçok bakımdan düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulan ve kanunlar ile düzenlenmesi gereken noktaların yönetmelik ile ele alındığı bir alandır. İdari tasarruflar ile temel hak ve özgürlükler ele alınmamalıdır. Aksi halde AY m.13 'e açıkça aykırılık teşkil eder. Bu nedenlerle, bu noktadaki ivedi zorunluluk devam etmektedir<sup>401</sup>. Bu düzenlemelerin

---

<sup>401</sup> Bu alanın yönetmelik ile düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz. Bilgilendirilmiş rızaya yönelik kanun taslağı da birçok kez ele alınmıştır. Ancak sorun çözülmemiştir. Çünkü gereken kanunlaşma tamamlanmamıştır. Çalışmamıza başladığımızda tıp etikçileri ile görüşüldüğünde de konuya dair, çalışma amacımıza dair birçok eleştiri aldığımızı ayrıca hukukçular tarafından da bu konuda yazılacak bir şeyin kalmadığı eleştirileri de yapılsa da; çalışmamızın sonunda fark edilmiştir ki ülkemizde tıbbi müdahaleler açısından aydınlatılmış onam haklarının bulunduğu ne hastalar tarafından ne de uygulayıcılar tarafından tam olarak bilinmektedir. Uygulamada da, aydınlatılmış onamın kağıt parçasından ibaret olduğu yahut salt ispat aracı olduğu algısı mevcuttur. Söz konusu sorun klinik araştırmalar bakımından ise kabul edilemez durumdadır. İspat hukukunu bir kenara bırakırsak; aydınlatılmış gönüllü rıza kendi kaderini tayin hakkı kapsamında değer bulmadığı sürece; tıbbi müdahaleler ve klinik araştırmaların bedensel bütünlüğü ihlal eden fiiller olarak varlığını devam ettireceği açıktır.

de konsensüs olmaksızın yapılması durumunda, belirsizliklerle dolu bir süreç içinde olacağımız anlamına gelmektedir.

Yönetmelik ile düzenlenen her alanın AY m. 90/5 uyarınca konuya dair iç hukuk metni haline gelen sözleşme metninin, temel hak ve özgürlükler noktasında örtüşmeyen her alanın yok hükmünde olduğu yorumunun ötesinde, kanaatimizce AY m. 13 uyarınca tamamının yok sayılma tehlikesi ile karşı karşıya olduğumuzu vurguluyorum. Bu alanlarda ivedilikle kanunlaşmaya gidilmesi gerektiğini aksi halde TCK'nin gereğinden fazla uygulanabileceği gerçeğini de belirtmek isteriz. Mevcut durumda kanaatimiz AY m.13 uyarınca söz konusu yönetmeliklerdeki hükümlerin de yok hükmünde olduğu ve sadece uluslararası sözleşmelerin, AY m.17 ve 27 dışında TCK'nin ilgili maddeleri dışında 1219 sayılı kanunun, NPHK, ODNK, 3393 sayılı kanun dışında ne yazık ki elimizde uygulanabilir bir metnin olmadığını da vurgulamak isteriz.

Konuya dair uygulamacılara yol gösterecek hususlarda da kanun noksanlığı mevcuttur. Bir başka problem de, uluslararası alanda tıp etiğine yönelik olarak bildireler meselesidir. Tıbbi standartlar kapsamına bu metnin de dahil olduğu, lege artisin esasında tam olarak da bu metinlere uygun olması gerektiği bu nedenle de paternalist yaklaşımın gerçek anlamda hukuka uygun bir hekim davranışı sağlamadığı kanaatindeyiz. Hekimler, tıbbi müdahaleleri gerçekleştirirken bu bildireleri görmezden gelemez. Bu nedenle de hakkın icrası/görevin ifası hukuka uygunluk sebebinin uygulanabilmesi demek esasında ilgilinin rızası olmaksızın –acil durumlar ve katlanma yükümlülüğü dışında- hiçbir tıbbi müdahalenin ilgilinin geçerli rızası olmaksızın uygulanamayacağıdır.

Konuya dair önerilerimizi ise özetleyecek olursak; ilk olarak ilgilinin rızası kişinin kendi kaderini tayin hakkına ilişkindir. Bu nedenle de tek başına varlığı hukuka uygunluk sebebi yaratması için yeterli olmaktadır. Ancak rızanın bir unsur olarak düzenlendiği suç tipleri bakımından rızanın varlığı durumunda tipiklik ortadan kalkacaktır. Tipikliği kaldıran rızanın özellikleri her suça göre ayrı ayrı ele alınmalıdır. Şartları bakımından genelleme yapılması oldukça zordur. Tipikliği kaldıran rızanın var olduğu suç tipleri açısından düalist bir hukuki menfaat anlayışı

söz konusudur. Bu nedenle kişinin üzerinde tek başına serbestçe tasarruf edebilmesi mümkün değildir. Ancak düalist hukuki menfaat anlayışı uyarınca, kolektif hukuki menfaati barındıran bu suç tipleri bakımından da kanunla düzenleme yapılması bu gerekçeyle zorunludur. Temel hak ve özgürlükleri ilgililendiren konularda yönetmelik ile düzenleme yapılması, Anayasanın 13. Maddesindeki sınırlamalara açıkça aykırılık teşkil edeceğinden yönetmelik hükümleri yok hükmündedir. Ayrıca tıbbi müdahale öncesinde aydınlatmanın önemi bakımından kamuoyunda bir farkındalık yaratılmalıdır. Buna dair kanunlarla yapılacak olan düzenlemeler dışında konunun daha belirgin hale getirilmesi için bilgilendirme yayınları da yapılması gerekmektedir. Ayrıca klonlama gibi, kök hücre deneyleri gibi birçok alanda TCK'da ayrı düzenlemeye gidilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Adomeit, Klaus / Olmedo, Frühbeck : Einführung in das spanische Recht,3. Auflage, München, Beck Verlag, 2007.
- Akbenlioğlu, Sevgi : **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Kadir Has Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- Akıllıoğlu, Tekin : **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010.
- Aktan, Necla : **Diş Hekimlerinin Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Bilgi, Tutum ve Deneyimlerinin İncelenmesi**, Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,Kocaeli,2005 .
- Akyazan, Ahmet Emrah : “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ankara Barosu Dergisi 2006/1**
- Albers, Karl : **Das Problem Der Einwilligung des Verletzten**, Dissertation Universität Köln, 1935.
- Allen, Evelyn J. Van : **You Decide**, 1st Edition, New York, Richard D. Irwin Inc., 1994.
- Altunkaş, Aysun : “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **I. Ulusal Sağlık Hukuku “Klinik Araştırmalar Ve İlaç Hukuku” Sempozyumu**, Ed. Aysun Altuntaş/Hamide Tacir, 185-231, 2014.
- Arbab-Zadeh, Amir / Prokop, Otto / Reimann, Wolfgang : **Rechtsmedizin: für Kriminologen, Ärzte, Juristen u. Studierende**, Stuttgart-Newyork, Gustav Fischer Verlag, 1977.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen , Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,8.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Aston, Hazel/Booth, Jean / Stuteville, Marianne : “Regulatory and ethical issues in clinical trials”, **Handbook of Clinical Trials**, Ed. Marcus Flather/Hazel Aston/Rod Stables, 1st Edition, London, ReMedia Publishing, 2001,
- Atıcı, Elif : "Tıp Etiğinde iletişimin önemi: Empatik iletişim ve Etkin Dinleme",1.Baskı, **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, İstanbul, Yüce Yayım, 2003.
- Avcil, Cumhuriyet / Bulut, Hüseyin / Hızlı Sayar, : “Psikiyatrik Hastalar ve Damgalanma”, **Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:2 Sayı:2,

- Gökben : Mayıs 2016.
- Ayan, Mehmet : **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Yayınları, 1991.
- Aydın, Erdem : “Kök Hücre Çalışmalarında Etik”, **Hacettepe Tıp Dergisi 2005;36(4):198-202.**
- Aydın, Murat : **Tıbbi Müdahale Olarak Organ Ve Doku Nakli Ve Ceza Sorumluluğu**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008.
- Aygörmez-Uğurlubay , : “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Gülsün Ayhan : Tespitler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:1 Yıl 2015.**
- Aykın, Aykut Cemil / : **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**,1.Baskı, Çınarlı, Serkan : Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016
- Arzt, Gunther /Weber, : **Strafrecht Besonderer Teil**, 3.Auflage, Bielefeld, Ulrich : VerlagErnst-Werner Gieseking,1988 (Arzt/Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**<sup>3</sup> olarak).
- Brinkmann, B. : **Arzt und Strafrecht-Begutachtung von arztlichen Sorgfaltspflicht-verletzungen (“Kunstfehlern”) Erfahrungen und Ergebniss eaus zehn Jahren (1968-1977)**, Münster, der Westflischen Wilhelm-Universität Münster Dissertation, 1981.
- Baba, Yasemin : “Köln Eyalet Mahkemesi’nin 151 NS 169/11\* Sayılı “Sünnet” Kararı”, **Küresel Bakış, Yıl:2, Sayı:7**, Ekim 2012.
- Bal, Zehra : **İslam Hukuku Açısından Ötenazi**, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi SBE Temel İslam Bilimleri ABD, Çanakkale, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Basavanthappa, BT : **Psychiatric Mental Health Nursing**,1st Edition, New Delhi, Jaypee Brothers Publishers, 2007.
- Batum, Süheyl : **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2009.
- Baumann, : **Strafrecht Allgemeiner Teil**,11. Auflage, Bielefeld, Jürgen/Weber,Ulrich/ : Gieseking Verlag, 2003 (Bauman/Weber/Mitsch, **AT**<sup>11</sup>, Mitsch,Wolfgang : olarak).
- Bayraktar, Köksal : “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu:17 Kasım 2006**, MÜHF Sempozyum Özel Sayısı: 1, 2007.
- Bayraktar, Köksal : ”Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**,2002.

- Bayraktar, Köksal : **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, İstanbul Sermet Matbaası, 1972.
- Beauchamp, Tom L. / Childress, James F. : **Principles of Biomedical Ethics**, Fourth Edition, New York, Oxford University Press, 1994.
- BeckOK StGB/Momsen/Savić, StGB, § 32, : **BeckOK StGB**, 35. Edition, v. Heintschel-Heinegg, 2017.
- Belgesay, Mustafa Reşit : **Tıbbi Mesuliyet**, İstanbul, M.Sıralar Matbaası, 1953.
- Benthin, Sabine : **Subventionspolitik und Subventionskriminalität: zur Legitimität und Rationalität des Tatbestandes zum Subventionsbetrug (§ 264 StGB)**, 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2010.
- Bergelson, Vera : “Consent to Harm”, **The Ethics of Consent: Theory and Practice**, Ed. Franklin Miller/Alan Wertheimer, 1st Edition, New York, Oxford University Press, 2010.
- Bernd, Heinrich : “Einverständnis–Einwilligung–Mutmaßliche Einwilligung”, **Vorlesung Strafrecht –Allgemeiner Teil –Arbeitsblatt Nr. 16**, (Çevrimiçi), <http://heinrich.rewi.hu-berlin.de/doc/strat2011/16-rechtswidrigkeit-einverstaendnis-einwilligung.pdf>, 18.10.2016.
- Bernd, Heinrich : **Ceza Hukuku (Genel Kısım-I)**, Ed. Yener Ünver, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014. (Heinrich, § kn olarak)
- Bockelmann, Paul : “Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht”, **NJW 1961**
- Bok, Sissela : “Shading The Truth in Seeking Informed Consent for Research Purposes”, **Human Experimentation and Research**, Ed. George F. Tomossy/David N. Weisstub, Wiltshire, Ashgate-Dartmouth, 2003.
- Boran, Bedia : “Aydınlatılmış Rıza”, **2.Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008 Ankara**, Ankara, Ankara Barosu, 2008.
- Boyles, D. Scott : **Criminal Law in the USA**, 2nd edition, Alpen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law&Business, 2015.
- Bozoklar, Cemal Ata : “Organ Alma Hakkı ve Hukuk”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha

- Yayıncılık, 2011.
- Breithaupt : **Volenti non fit injuria**, 1891.
- Brock, Peter : “A Pharmaceutical company’s approach to the threat of research fraud”, **Fraud And Misconduct In Medical Research** , Ed.Stephen Lock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996.
- Brown,Norman O. : **Ölüme Karşı Hayat-Tarihin Psikanalitik Anlamı**,1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları,1996.
- Bulut, Nihat : “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, **EÜHFD**, C.XII, S.3-4 (2008).
- Burkhardt, Margaret A. / Nathaniel, Alvita : **Ethics and Issues in Contemporary Nursing**, 4th Edition, Stamford, Cengage Learning, 2013.
- Büchler, Andrea /Gächter, Thomas : **Medical Law in Switzerland**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.
- Büchner, Bianca : **Körper substanzen als Forschungsmaterialien**, 1.Auflage, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2010.
- Carr, Claudia : **Unlocking Medical Law And Ethics**, 2nd Edition, Oxon-New York, Routhledge Press,2015.
- Cengiz, Serkan : “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sayı 88, 2010.
- Centel,Nur/Zafer, Hamide/Çakmut,Özlem Yenerer : **Türk Ceza Hukukuna Giriş**,8.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Centel,Nur/Zafer,Hamide : **Ceza Muhakemesi Hukuku**,11.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık,2014.
- Childress, James F. : **Who Should Decide? Paternalism in Health Care**, 1st Edition, Oxford-Newyork, Oxford UniversityPress, 1982.
- Cin, M. Onursal : “Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Cin, M. Onursal : “İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı”, **HPD Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı:2, Sonbahar 2004.
- Cin, M. Onursal : “ Yerel ve Uluslar arası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney”, **KHukA**, 2, 2005, **1. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyum Sayısı**.

- Clarke, Linda : “Abortion: A Rights Issue?”, **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed.Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989.
- Cohen, Glenn : **Patients with Passports**, 1.Baskı, Newyork- Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Cullinan, Cormac : **Vahşi Hukuk**, Çev. Meral Güneşdoğmuş, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2014.
- Cusine, Douglas J. : “Experimentation: some legal aspects”, **Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990.
- Çakmut, Özlem Yenerer : “Aydınlatma ve Rıza”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, 1. Baskı, İstanbul, **Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006**, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları –MÜHF, 2007.
- Çakmut, Özlem Yenerer : “Hastanın Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne –Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009**, Ankara, 2010.
- Çakmut, Özlem Yenerer : “Tıbbi Uygulamalarda Ebelerin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Sempozyumu III**, 2010.
- Çakmut, Özlem Yenerer : ”Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2011.
- Çakmut, Özlem Yenerer : **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınları, 2002.
- Çetin, Gürsel : ”Acillerde Yaşanan Adli Tıbbi Sorunlar”, **Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi**, Edt.Gürsel Çetin-Ahsen Kaya, İstanbul, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi no:78, 2012.
- Çetin, Gürsel : “Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onamın Önemi”, **Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Çetin , Gürsel / Demircan, Tunç / Hot , İnci / Eraslan , Berna Şenel / Seyalioğlu , İrem : “Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açıdan Yaklaşım”, **Adli Tıp Dergisi**, **21 (2)**, 2007.
- Çilingiroğlu, Cüneyt : **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.

- De Di Amato, Astolfo : **Criminal Law in Italy**, 1st Edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International,2011.
- Demir, Alparslan : “Konya Şer’iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)”, **History Studies, Prof. Dr. Enver Konukçu Armağanı**, 2012, s.32, (Çevrimiçi), [http://www.historystudies.net/Makaleler/1399492556\\_4-Alparslan%20Demir.pdf](http://www.historystudies.net/Makaleler/1399492556_4-Alparslan%20Demir.pdf) ,22.05.2014.
- Demir, Aysel : “Etik Açısından İnsan Genom Projesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi** Yıl:12 Sayı:23 Bahar 2013.
- Dennis, Betty Pierce : “The origin and nature of informed consent: experiences among vulnerable groups”, **J Prof Nurs. 1999 Sep-Oct;15(5):281-287.**
- Deutsch,Erwin : “Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten”, **NJW 1979.**
- Deutsch,Erwin : “Embryonenschutz in Deutschland”, **NJW 1991.**
- Deutsch, Erwin : ”Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”; çev. İrfan Yazman; s.178, (Çevrimiçi),<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2894.pdf> , 20.12.2014.
- Deutsch, Erwin : **Die rechtlichen Grundlagen und Funktionen der Ethik- Kommissionen, Die Ethik-Kommissionen in der Medizin**, Stuttgart, 1990.
- Drane, James F. : **Clinical Bioethics: Theory and Practice in Medical Ethical Decision-making**, Rowman & Littlefield, 1994, s.111-112.
- Dorn, Lorah D. / Susman, Elizabeth J. / Fletcher, John C. : “Informed Consent in Children and Adolescents: Age, Maturation and Psychological State”,**Journal Of Adolescent Health**, 16, 1995.
- Downing, A.B. : “ Euthanasia: The Human Context”,**Euthanasia And The Right ToDeath**, Ed. A.B. Downing, 1st Edition, London,PeterOwen, 1969.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II**, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997 (Dönmezer/Erman, **C.II** olarak).
- Dubber, Markus/ Hörnle, Tatjana : **Criminal Law: A Comparative Approach**, 1st Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Duguet, Anne-Marie : **Medical Law in France**,1<sup>st</sup>Edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014.

- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan : **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006.
- Dute, Jos : “Principles of The Convention on Human Rights and Biomedicine”, **Health Law, Human Rights and The Biomedicine Conventions**, Ed.JK M Gevers/EH Hondius/JH Hubbens, 1st Edition, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Dülger, Murat Volkan : “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **CHD, Sayı:24, 2014 .**
- Dworkin, Ronald : **Life’s Donation**, 1st Edition, New York, Alfred A. Knopf, 1993.
- Edwards, Robert : “Ethics and embryology”,**Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990.
- Eliminating forced, coercive and other wise involuntary sterilization- An interagency statement: OHCHR,UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO (Çevrimiçi), [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/201405\\_sterilization\\_en.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/201405_sterilization_en.pdf), 25.09.2016.
- Erbaş, Rahime : “Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)”, **İÜHFMD C. LXXIII, S. 1, 92 s. 91-128, 2015.**
- Erdemir, Ayşegül : **Tıp Etiğinde Esaslar**, 1.Baskı, İstanbul, İstanbul Tıp Kitapevi, 2015.
- Erem, Faruk : ”Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, **AÜHFMD C.41,S. 1-4,1989-1990.**
- Erem, Faruk : **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Erlüle, Fulya : **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat** , 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Erman, Barış : ”Sağlık Hukuku Hasta Kadar Hekimi De Korur Mu?”, **Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi**, Edt. Gürsel Çetin-Ahsen Kaya, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi

- Etkinlikleri Sempozyum Dizisi no:78, İstanbul 2012.
- Erman, Barış : **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Erol, Gültezer Hatırnaz : **Özel Hastanelerin Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.
- Ersoy ,Nermin / Şenses, Müesser Özcan / Er, Rahime Aydın : “Acil Tıpta Aydınlatılmış Onam”, **Turkish Journal of Trauma&Emergency Surgery (Ulusal Travma Acil Cerrahi Dergisi)** 2010;16(1):1-8.
- Ersoy, Nermin : “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, TKlin Tıbbi Etik,1995,1(Çevrimiçi), [http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders\\_notlari/n\\_ersoy/aydinlatilmis\\_onam\\_ogretisinin\\_gelisimi.pdf](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/aydinlatilmis_onam_ogretisinin_gelisimi.pdf) , 22.12.2014.
- Ertan, İzzet Mert : **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015.
- Ertan, İzzet Mert : **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
- Ertin, Hakan / Temel, M. Kemal : “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik–Yasal Metinler”, **Anadolu Kliniği, Eylül 2016; Cilt 21, Sayı 3**, s.228.
- Ertuğrul, Hüseyin : **Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Eser, Albin : **Juristischer Studienkurs Strafrecht**, Athenaum Verlag, 1.Auflage, Frankfurt, 1971.
- Eser, Albin : Justification and Excuse, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 24, No. 4 (Autumn, 1976).
- Eşitli, Ezgi Aygün : ”Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu”, **Prof.Dr.NevzatToroslu’ya Armağan**, C.I Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları No:459, 2015.
- Eşitli, Ezgi Aygün : **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Fabre, Cecile : **Whose Body is it Anyway?**, 1st Edition, Oxford, , Oxford University Press- Clarendon Press, 2006.
- Ferguson, Mark W. J. : “Contemporary and future possibilities for human embryonic manipulation”, **Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990.
- Feyzioğlu, Metin : “Açlık Grevi”, **AÜHFD, C.43, S.1-4**, 1993.

- Fischer, Gerfried : “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yüklülüğü”, Çev.Efe Direnisa, **YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.III, S.2, Y:2006.**
- Fisher, Howard : **The German Legal System And Legal Language**, 5th Editon, Dublin, Clarus Press Ltd, 2013.
- Fletcher, George P. : “Prolonging Life: Some Legal Consideration”, **Euthanasia And The Right To Death**, Ed. A.B. Downing, 1st Edition, London, Peter Owen, 1969.
- Flynn, George : “Community Consultation for Emergency Exception to Informed Consent: How Much is Enough?”, **Annals of Emergency Medicine**, Volume 51, Issue 4, Pages 416–419.
- Foster, Henry Hubbart Jr : Bill Of Rights“ For Children, **American Lecture Series**, Springfield, Charles C. Thomas Publisher,1974.
- Fried, Charles : **Medical Experimentation: Personal Integrity And Social Policy**, Amsterdam-London, North- Holland Publishing, 1974.
- Frisch, Wolfgang : “Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht”, **Rechtfertigung und Entschuldigung IV**, Ed. Albin Eser/Haruo Nishihara, Freiburg,1991.
- Frister, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch**,6.Auflage, München, Verlag C.H.Beck,2013 (Frister, **AT**<sup>6</sup>).
- Fuchs, Helmut : **Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat**, 8.Auflage, Wien, Verlag Österreich, 2012. (Fuchs, **AT** olarak)
- Gedikli, Fethi : “Osmanlı hukukunda hekim sorumluluğu ve XVII. yüzyılda ünlü bir fitik cerrahı”, **Osmanlı Hukuku-Makaleler-**, 1.Baskı, İstanbul, Gündoğan Yayınları, 2012.
- Geerds, Friedrich : “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht”, **GA**, 1954, s. 446- 464 .
- Geerds, Friedrich : **Einwilligung und Einverständnis des Verletzten**, Kiel, Christian-Albrechts- Universität Inagrual-Dissertation, 1953.
- Geerds, Friedrich : “Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf”, **ZtSW 1960 (72)**, s. 42- 92.
- Gençcan, Ömer Uğur : “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Hukuki Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım**

- 2008, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Gezgin, M.Fikret/Sarioğlu : H.İbrahim: **Hukukun Temel Kavramları**, 4.Baskı, Ankara, Tayfun Medya, 2013.
- Golbs, Ulrike : **Das Vetorecht eines einwilligungsunfähigen Patienten**, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.
- Göbel, Alfred A. : **Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts**, Frankfurt am Main , New York, P. Lang, 1992.
- Gökcan, Hasan Tahsin : “Tıp Uygulayıcılarının Ceza Sorumluluğu ve Yargıtay Kararları”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Gökcan, Hasan Tahsin : **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Kitabevi, 2.baskı, Ankara, 2014.
- Gören, Zafer : “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, (Çevrimiçi), [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf) 05.08.2016 .
- Grahlmann, Hans-Günter : **Heilbehandlung und Heilversuch**, Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1977.
- Grassinger, Gülçin Elçin, : **Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler**, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Gropp, Walter : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag,2005. (Gropp, AT olarak)
- Gropp, Walter : “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Ön tasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler-Diskussionsbeiträge zum Entwurfdestürkischen Strafgesetzbuchs**, Çev.Faruk Turhan, Konya,Selçuk Hukuk Fakültesi Yayını, 1998.
- Gropp, Walter : “Die Einwilligung in den arztlichen Heilengriff-ein Rechtsfertigungsgrund”, **GA, 1, 2015**.
- Grubb, Andrew : **Principles of Medical Law** , 1st Edition, Oxford University Press, Newyork, 1998.
- Gülpen, Peter-Rene : **Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB**, Köln Uni-Diss. 2008, Troisdorf, Duhme-Verlag, 2009.

- Gülşen, Recep : “Hekimlerin Çocuk Düşürtmede (Kürtaj) Oluşan Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Gündüz, Orçun : “Pretty v. Birleşik Krallık Davası”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Güntürk, M. Serdar : **Türk Yüksek Mahkemeleri ve AİHM. Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliğın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Gürbüz, Nagehan : **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Gürelli, Nevzat : “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, **İÜHFİM 1979-1981**, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağın, C.XLV-XLVII, S.1-4.
- Gürsoy, Gülsüm Önal : ” Yardımcı Üreme Teknikleri ve Etik”, **Medikal Etik 6 Tıp Uygulamalarındaki Yeni Gelişmeler ve Etik İkilemler**, Ed. Hüsrev Hatemi/ Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2006.
- Güzeldemir, Erdal : “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, **Sendrom Tıp Dergisi**, Mayıs 2005.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8.Baskı, Ankara, U S-A Yayıncılık, 2015.
- Hafizoğulları, Zeki : ”Hukuka Uygunluk Nedenleri”, (Çevrimiçi),<http://www.abchukuk.com> 29.12.2014 .
- Hakeri, Hakan : “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, **2.Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları,2008.
- Hakeri, Hakan : **Tıp Hukuku**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 . (Hakeri, **Tıp Hukuku** olarak)
- Hakeri, Hakan : **Tıp Hukuku**, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016. (Hakeri, **Tıp Hukuku**, 11.Baskı olarak)
- Hakeri, Hakan : “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **TBBB, 69 (Mart-Nisan 2007)**.
- Hakeri, Hakan : “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Hakeri, Hakan : “Tıp Hukukunda Kürtaj ve Sezaryen”, **Kadının Vücut**

- Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım,14 Temmuz 2012**,İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2013.
- Hakeri, Hakan : “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, C.III, S.2, Y:2006.
- Hakeri, Hakan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Hakeri, Hakan/ Ünver, Yener/ Çakmut, Özlem Yenerer : **Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- Harris, John : “Should We Experiment On Embryos”, **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**,Ed.Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routhledge, 1989.
- Harris, John : “On the moral status of the embryo”, **Experiments On Embryos**, Ed.Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routhledge ,London-Newyork,1990.
- Harris, D.J./ O’Boyle, M./ Bates, E.P./Buckley, C.M. : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Çev. Mehveş Bingöl Kılıcı/Ulaş Karan, 1.Baskı, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013.
- Harris, Dean M. : **Contemporary Issues in Healthcare Law and Ethics**, 3rd Edition, Chicago-Washington, Health Administration Press&Aupha Press, 2008.
- Hassan, Majid : “**Informed Consent and the Law –An English Legal Perspective**”, Digestive Disaeses Review 2008, 26:23–27.
- Hecker, Jeffrey /Thorpe, Geoffrey : **Introduction to Clinical Psychology**,1st Edition, Oxon-Newyork, Routhledge, Press, 2016.
- Hein, Irma M. / De Vries , Martine C. / Troost, Pieter W. / Meynen, Gerben / Van Goudoever , Johannes B. / Lindauer , Ramonj. L. : “Informed Consent Instead of Assent is Appropriate in Children From The Age Of Twelve : Policy Implications of New Findings On Children’s Competence To Consent To Clinical Reaserch” , **BMC Medical Ethics (2015) 16:76**.
- Herdegen, Mathias : “Anayasal Düzenin Uluslararasılaşması”, Çev. Gökhan Güneysu, **Anayasa Teorisi- Verfassungstheorie**, Ed.Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.İlyas Doğan, 1.

- Baskı, Ankara, Lale Yayıncılık, 2014
- Hershey Nathan / Miller, Robert : **Human Experiment and The Law, Maryland**, An Aspen Publication,1976.
- Hızal, Aslan : “Türk Ceza Kanunun’da Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl 5, S.13, Ağustos 2010.
- Hırş, Ernest : **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 3.Tıpkı Baskı,Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı,2001.
- Hodges, Christopher : “Investigating, reporting, and peruing fraud in clinical research: legal aspects and options in England and Wales”,**Fraud And Miscoduct In MedicalResearch** , Ed.StephenLock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996.
- Holer, Oskar : **Die Eiwilligung des Verletzten**, Zürich, Schulthess&Co, 1906.
- Honig, Richard : **Die Einwilligung des Verletzten**, Teil I, Mannheim, Berlin, Leipzig, J.Bensheimer, 1919.
- Hosie, James : “Fraud in general practiceresearch: intentiontocheat”,**Fraud And Miscoduct In Medical Research** , Ed.StephenLock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996.
- Höpfel, Frank / Ratz, Eckart / Bertel, Christian : **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 17.Lieferung: § §108-110**, 2.Auflage, Wien, Manzsche Verlags-und Universitatsbuchandlung,2000 (Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 17. Lfg. §110 kn olarak)
- Höpfel, Frank / Ratz, Eckart / Eder-Rieder, Maria : **Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 23.Lieferung: § §96-98**, 2.Auflage, Wien, Manzsche Verlags-und Universitatsbuchandlung,2000 (Wiener Kommentar<sup>2</sup>, 23. Lfg. §96 kn olarak).
- İçel,Kayıhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı,İstanbul, Beta Yayıncılık , 2014.
- İçel,Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsun/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener İlhan, Osman : **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap,2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- “Uygulamada Kök Hücre Çalışmaları”, **V.Sağlık Hukuk Kurultayı1 kasım 2013**, Ankara ,(Çevrimiçi), [http://www.osmanilhan.com/files/file/kok\\_hucre\\_calis](http://www.osmanilhan.com/files/file/kok_hucre_calis)

- malari.pdf,04.11.2016.
- İmamoğlu, S. Hülya : “Hasta Vasiyeti”, **III. Sağlık Hukuku Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı ve Ötenazi Sempozyumu**, Ed. Hamide Tacir/Aysun Altunkaş, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- İnceoğlu, Sibel : **Ölme Hakkı**, 1.Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.
- İskit, Alper B. : ”Klinik İlaç Araştırmaları”, *Hacettepe Tıp Dergisi* 2006.,(Çevrimiçi),[http://www.tip.hacettepe.edu.tr/acta-medica/2006/sayi\\_2/baslik3.pdf](http://www.tip.hacettepe.edu.tr/acta-medica/2006/sayi_2/baslik3.pdf) ,16.09.2016.
- Jakobs, Günther : **Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Lehrbuch**, 2. Auflage, Berlin-New York, De Gruyter, 1991. ( Jakobs, **AT<sup>2</sup>**, § olarak)
- Jeschenk, Hans-Heinrich /Sieber, Ulrich : **Ceza Hukukuna Giriş**, Ed. Feridun Yenisey, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- Jonas, Hans : “Philosophical Reflections on Experimenting With Human Subjects”, **Human Experimentation and Research**, Ed.George F. Tomossy/David N. Weisstub, Wiltshire, Ashgate-Dartmouth, 2003.
- Jones, Jennifer / Milligan, Eleanor : ”Leading Ethical Decision –Making: Clinical Ethics Services in Australia” ,**Asia Pacific Journal of Health Management** 2015; 10:3.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. : **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 7.Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. : **Özgürlükler Hukuku**, 7.Baskı, Ankara, İmge Kitapevi, 2002.
- Kalabalık, Halil : **İnsan Hakları Hukuku**, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kaneti, Selim : **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- Kangal, Zeynel T. : “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **GÜHFD, C XV, 2011, (223-251)**.
- Kangal, Zeynel T. : **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Kannan, K. : **Medicine And Law**, 1st Edition, New Delhi, Oxford University Press, 2014.
- Kaptanoğlu, Ayşegül Yıldırım : “Organ Nakli; Uygulama ve Sorunlar”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009,**

- Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Kaptchuk , Ted J : “The double-blind, randomized, placebo-controlled trial: gold standard or golden calf?”, **J Clin Epidemiol**, 2001 Jun; 54:541-49
- Karadağ, Nergiz : **Türkiye’de Cinsel Azınlıkların İnsan Hakları**,12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Karanikas, D. : **Das Griesche Strafgezetsbuch**, Berlin, Walter de Gruyter&Co,1953.
- Karlıkaya, Esin : "Dünya Psikiyatri Birliği Havai Bildirgesi", **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2003.
- Kaspar, Johannes : **Strafrecht-Allgemeiner Teil**, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, (Kaspar, AT olarak).
- Katoğlu, Tuğrul : **Ceza Hukuku’nda Hukuka Aykırılık**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Keçelioğlu, Elvan : “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBBB**, **S.87**, Mart-Nisan 2010.
- Kemp , Gerhard / Walker, Shelly / Palmer, Robin / Baqwa, Dumile / Gevers, Christopher / Leslie, Brian / Steynberg, Anton : **Criminal Law In South Africa**, 1st Edition, Cape Town, Oxford University Press Southern Africa, 2012.
- Kern, Gerson : **Limitierte Einwilligung : zum Ausschluss von Behandlungsmethoden**, 1.Auflage, Wien , Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, 1999 .
- Keyman, Selahattin : “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, Yıl 1980, Cilt 37, S. 1-4.
- Kılıçarslan, Seda Kara : “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3.**
- Kienapfel, Diethelm / Höpfel, Frank / Kert, Robert : **Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 15.Auflage, Wien, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, 2016 (Kienapfel/Höpfel/Kert, **AT<sup>15</sup>** (2016) olarak).

- Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,10.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Koca, Mahmut : “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **CHD, Yıl 1, Sayı 1**, 2006.
- Koca, Mahmut : “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, **İÜHF M C. LXVII, S.1-44 2**, s. 43-56, 2009.
- Koca, Mahmut : ”İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Cezai Sorumluluk”, **İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi 1.Sağlık Hukuku Sempozyumu**.
- Koniaris, Theodore / Karlovassitou-Koniari, Anna : **Medical Law In Greece**, The Hague,Kluwer Law International, 1999.
- Koptagel-İlal, Günsel : "Psikiyatride Hasta Hakları ve Etik Kurullar", **Medikal Etik-5 Davranış Bilimleri, Psikiyatri ve Ahlak ile Tıp Etiğinin Etkileşimi (Bireyin Profili Özelinde)**, Ed: Hüsrev Hatemi/Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2003
- Kök, Ahmet Nezh : “Organ ve Doku Naklinde Yaşanan Güçlükler”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Kramer, Charles / Kramer, Daniel : **Medical Malpractice**, 5th Edition, Practising Law Institute, New York, 1983.
- Krey, Volker / Esser, Robert : **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6.Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2016 (Krey/Esser, **AT<sup>6</sup>**).
- Kuhlmann, Jens-M. : **Einwilligung in die Heilbehandlung alter Menschen**, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 1996.
- Kunter, Nurullah : **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949.
- Kusch, Roger : “In Würde sterben - nur im Ausland?”, **NStZ 2007**.
- Kühl, “StGB § 228 Einwilligung”, Lackner, Karl / Kühl, Kristian : **StGB, Kommentar**, 28. Auflage, München, Verlag C.H.Beck, 2014 (Lackner/Kühl/Kühl **StGB** § 228 Rn. olarak) .
- Kühl, Kristian : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5.Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2005 (Kühl, **AT<sup>5</sup>**,§).
- Lagodny, Otto : **Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im**

- Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.
- Laufs , Adolf : “Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts”, **NJW 1999**.
- Lock, Stephan : “Researchmisconduct: a resume of recentevents”, **FraudAndMiscoductInMedicalResearch** , Ed.StephenLock/ Frank Wells ,2nd Edition, London, BMJ Publishing, 1996.
- Lolis, Nicholas B./ Mangakis, Giorgios : **The Greek Penal Code**, The American Series Of Foreign Penal Codes 18, South Hackensack, N.J.-London, Fred B. Rothman&Co-Sweet&Maxwell Limited, 1973.
- Louge, Barbara J. : **Last Rights, Death Control and The Elderly in America**, 1st Edition, New York, Lexington Books,1993.
- Lurvey, Lawrence D. / Nager, Charles W. / Johnson, Donna D. : “Informed Consent: A Review”, **Elsevier Science Inc.**, 1996.
- Maclean, Alasdair : **Autonomy, Informed Consent and Medical Law**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Yıl:2, Sayı:5, Nisan 2005.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami : “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s.7 (Çevrimiçi)  
<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf> 05.05.2017.
- Maiwald, Manfred : **“Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht”**,Rechtfertigung und Enstschuldigung III, Ed. Albin Eser/WalterPerron, Freiburg,1991.
- Manson, Neil C. /O’Neill, Onora : **Rethinking Informed Consent In Bioethics**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Marshall, John : “The case against experimentation”, **Experiments On Embryos**, Ed. Anthony Dyson/ John Harris, 1st Edition, Routledge ,London-Newyork,1990.
- Maurach, Reinhart : **DeutschesStrafrechtBesondererTeil**, 5.Auflage, Karsruhe, Verlag CF Müller, 1969 (Maurach, **BT**<sup>5</sup> olarak).

- McCrudden, Christopher : “A Part of the Main? The Physician-Assisted Suicide Cases and Comparative Law Methodology in the United States Supreme Court”, **Law at the End of Life**, Ed. Carl E. Schneider, 1st Edition, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.
- Meili, Matthias : “Der erforschte Patient-Worauf bei der Einbindung in klinische Studien zu achten ist”, **Der selbstbestimmte Patient**, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 1, Hrsg. Diana Meier –Allmendinger/Ruth Baumann-Hölzle, Basel, EMH Schwabe, 2009.
- Memiş, Emin : “**Kanun Hükmünde” Anlaşma ve Danıştay Uygulaması Avrupa Ortak Normuna Uyum Analizleri**, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayıncılık, 2004.
- Menrath, Marc : **Die Einwilligung in ein Risiko**, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2013.
- Merakou, K. / Tragakes, E. : “Developments of Patients’ Rights Legislation”, **European Journal of Health Law 1999**.
- Merino-Blanco, Elena : **Spanish Law And Legal System**, 2nd Edition, London, Sweet & Maxwell, 2006.
- Metin, Sevtap : **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010.
- Meyer, Julien H. Jr, : “Informed consent, informed refusal, and informed choices”, **Am J Obstet Gynecol**, August, 189: 319-26, Mosby Inc. 2003 .
- Monaghan, Nicola : **Criminal Law**, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Morgan, Derek : “Surrogacy” , **Birthrights, Law and Ethics at the Beginnings of Life**, Ed. Robert Lee/Derek Morgan, 1st Edition, London-New York, Routledge, 1989.
- Naffin, Ngarie : “Country Report Australia”, **Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens/Regulations of Civil Law to Safe guard the Autonomy of Patients at the End of Their Life: Eine internationale Dokumentation / An International Documentation**, Ed. Jochen Taupitz, Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 2013.
- Nelson-Marten, Paula / Rich, Ben A. : “A Historical Perspective Of Informed Consent In Clinical Practice And Research”, **Seminars in**

- Oncology Nursing, Vol.15, No:2 (May), 1999.
- Neyen, Werner : **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht**, Dissertation Universität Trier,1991.
- Nuhoğlu, Ayşe : ”Sünnet ve Ceza Hukuku” , **Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt Yıl 2013, XIX, Sayı 2, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Noll, Peter : **Übergesetliche Rechtsfertigungsgründe Im Besondern Die Einwilligung Des Verletzten**, Basel, Verlag Für Recht Und Gesellschaft AG, 1955.
- Nwabueze, Remigius N. : **Legal And Ethical Regulation Of Biomedical Research in Developing Countries**, Surrey, Ashgate, 2013.
- Odenwald, Steffen : **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handels**, Frankfurt am Main, Peter Lang GmbH, 2004
- Oelze, Hugo : **Die Einwilligung des Verletzten**, Leipzig Uni Dissertation, Borna-Leipzig, Robert-Noske, 1914.
- Oğuzlar, G. Özlem : “Avrupa Anayasası”, **TBB Dergisi**, Sayı 65, 2006, 173-188.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 14.Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2014.
- Oh, Chonghan : **Die Strafbarkeit der Erforschung des menschlichen Embryos des menschlichen Embryos durch Klontechniken**, Frankfurt Am Main, Peter Lang GmbH, 2013.
- Okasha, Ahmed : “The Declaration of Madrid and its implementation. An update”, (Çevrimiçi), <http://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/publicationsFile/file/WPAJournal.pdf>, 02.11.2016.
- Otto, Harro : ”Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung”, **NJW 2006**.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C 52, S 3, Ankara 2003.
- Ozansü, Cemil: : “Kısırlaştırma Suçu”, **V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1989.
- Özbek, Veli Özer : **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Tck İzmir Şerhi, Cilt: 2, (Madde 76 - 169)**, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker : **Genel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016 (Özbek/ Kanbur/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, **Genel Hükümler**6 olarak).
- Özcan, Funda Işık : **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, 2008 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Özçetin, Selvi / Balaban, Murat : **Sağlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özdemir, Emel : **Einwilligung und Einverständnis: Zustimmung des Betroffenen und ihre Behandlung im Strafrecht**, GRIN Verlag, 2007.
- Özel, Sibel : **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.
- Özer, Çağlar : “Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11 .Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özgenç, İzzet : **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 3.baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006.
- Özsunay, Ergün : “Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan : **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- Özyiğit, Savaş : “KKTC’de IVF (In-Vitro Fertilizasyon)”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II.Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Editör.

- Paris, J J / Elias-Jones, A C : Nilgün Sarp, 1.Baskı,Ankara,Adalet Yayinevi, 2011.  
“Do we murder Mary to save Jodie?” An ethical analysis of the separation of the Manchester conjoined twins”, **Postgrad Med J** 2001;77.
- Parvizi, Javad /Chakravarty, Rajit /Og, Bora /Rodriguez-Paez, Adriana : “Informed consent: Is it always necessary?”, **Injury, Int. J. Care Injured** 39 (2008).
- Pattinson, Shaun D. : **Medical Law&Ethics**, London, Thomson&Reuters, 2014.
- Persak, Nina : **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**, 1st Edition, New York, Springer Science & Business Media, 2007.
- Paeffgen/ Zabel, **Nomos Kommentar**, Vorbem. § 32. : **Strafgesetzbuch**, Hrsg. Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid/ Paeffgen, Hans-Ullrich, 5.Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.
- Pernick, Martin S. : “Eugenic Euthanasia in Early Twentieth-Century America and Medically Assisted Suicide Today: Differences and Similarities”, **Law at the End of Life**, Ed.Carl E. Schneider, 1st Edition, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2000.
- Plomer,Aurora : **The Law AndEthics Of MedicalResearch**, 1st Editon, London-Sydney- Portland,Oregon,Cavendish Publishing,2005.
- Pradel, Jean : “Criminal Law”, **Introduction To French Law**, Ed. George A. Bermann/Etienne Picard, Alphenaan den Rijn ,Kluwer Law International,2008.
- Prognoz tanımı : (Çevrimiçi), <https://www.turkcebilgi.com/prognoz,21.12.2017>.
- Putz, Wolfgang : ”Die Patientenverfügung”, **FPR** 2012.
- Rain, Joachim : **Die Einwilligung des Sportlers beim Doping**, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 1998.
- Rao, K H Satyanarayana : “Informed Consent: An Ethical Obligation Or Legal Compulsion?”; J Cutan Aestet Sur. Jan. 2008,1(1):33-35,(Çevrimiçi),<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2840885/> ,02.12.2014.
- Robbers, Gerhard : **An Introduction To German Law**, 5th Edition, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.
- Robinson, Laura C. : “Informed consent among people in a digital world”, **Language&Communication** 30 (2010), (Çevrimiçi),

- www.elsevier.com/locate/langcom , 24.06.2016 .
- Robinson, Paul H. / Cahill, Michael T. : **Criminal Law**, 2nd Edition, New York, Wolters Kluwer Law&Business, 2012.
- Roggo, Antoine : **Aufklärung des Patienten: eine ärztliche Informationspflicht**, Bern, Stampfli, 2002.
- Roos- Pfeuffer, Petra : **Klinische Prüfung von Medizinprodukten, Ein Kommentar zur DIN EN ISO 14155**, 2nd Auflage, Berlin-Wien-Zürich, Beuth Verlag, 2014.
- Rosener, Wolfgang : **Die Einwilligung in Heileingriffe, Ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre**, Berlin, Dissertation-Freien Universität-Berlin, 1965.
- Rossenau, Hennig : “Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama Tartışmaları ve Alman Kök Hücre Kanunu”, Çev. Hakan Hakeri, **Tıp ve Ceza Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.
- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 4.Auflage,München, Verlag C.H.Beck,2006. (Roxin, **AT I** olarak)
- Rönnau,Thomas : **Willensmangel bei der Einwilligung im Strafrecht**, Tübingen, Mohr Siebeck,2001.
- Rönnau, Thomas/ Hohn, Kristian/ Zieschang, Frank/ Häger, Joachim/ Geppert, Klaus, et al., : **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 2. Band**, 12. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 2011 (Rönnau, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar** olarak)
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Peter/ Eser, Albin/Lenckner, Theodor/ Cramer, Peter/Stree, Walter/ Heine, Günther/Perron, Walter/Lieben, Detlev Sternberg/ Eisele, Jörg/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/Bosch,Nikolaus/Schuster, Frank/Weisser, Bettina/Schittenhelm, Ulrike : **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Sağlam, İpek : (Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, **StGB**, Vorbem §32 olarak)
- : “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜEHFD; Cilt 8,Sayı 3-4,s.462,(Çevrimiçi),[http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004\\_VIII\\_2\\_16.pdf](http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_2_16.pdf), 05.11.2014.
- Saliger, Frank : “Das Verbot des reproduktiven Klonensnach dem 1. Zusatz protokoll zum Menschenrechts über einkommen” **Jahrbuch für Recht und Ethik**

- Sarıtaş, Hatice : **Annual Review of Law and Ethics**, vol.14 (2006).  
: **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**,  
Ankara, Bilge Yayınevi, 2006.
- Sayek, Füsün : TBB Raporları, **Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler**,  
(Çevrimiçi),<http://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf> ,02.11.2016.
- Schmitt, Rudolf : "Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor Sichselbst",  
: **FS-Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**,  
Karschule,1972.
- Schrafl, Claudia Maria : **Die strafrechtliche Problematik des kosmetischen**  
: **Eingriffs**, 1.Auflage, Winterthur, Verlag Hans  
Schellenberg, 1958.
- Schreiber, Hans-Ludwig : "Das ungelöste Problem der Sterbehilfe - - Zu den  
: neuen Entwürfen und Vorschlägen -", **NStZ 2006**.
- Schreiber, Hans-Ludwig : "İnsanlarda Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Fayda-Risk  
: Tartımı", Çev. Veli Özer Özbek, **Tıp ve Ceza**  
: **Hukuku**, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.
- Schwarzenberger, Julia : **Hebammen im Nationalsozialismus**, 1.Auflage, Linz,  
: Trauner Druck, 2008.
- Schwartz, Tobias : **Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht**,  
: 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2009.
- Sevük, Handan Yokuş : "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin  
: Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan  
Hükümler", **Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım**  
: **2006**, Sempozyum Özel Sayısı:1, Roche Müstahzarları  
-MÜHF, İstanbul 2007.
- Sharma, Sunila : **Law and the Doctor**, 1<sup>st</sup> Edition, Hyderabad, Paras  
: Medical Publisher, 2005.
- Shibata, Marcelo / Flather, : "Design issues in observational studies and randomized  
: Marcus / Perez de trials", **Handbook of Clinical Trials**, Ed.Marcus  
Arenaza, Diego : Flather/Hazel Aston/Rod Stables, 1st Edition, London,  
ReMedia Publishing, 2001.
- Sırma, Özge : **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası**,  
: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,  
Kamu Hukuku, Yayımlanmamış Doktora Tezi,2011.
- Siegel, Larry J. / Worrall, : **Introduction To Criminal Law**, 15 th Edition,  
: John L. Boston, Cengage Learning, 2016.

- Sirch, Christian A. : **Die Strafbarkeit der Parteipendenakquisition: ein Beitrag zum Tatbestand der Vorteilsannahme**, 1.Auflage, Frankfurt Am Main, Peter Lang, 2008.
- Somer, Pervin / Vatanoglu, Elif : “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Ortaya Çıkabilecek Yasal ve Etik Sorunlar”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Soyaslan, Doğan : “ Estetik Cerrahi Müdahaleler ve Doktorların Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Soyaslan, Doğan : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006.
- Soyaslan, Doğan : “Organ Nakilleri”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Sözüer, Adem : “Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasında Sorular-Cevaplar”, **HPD, S.6.**
- Sözüer, Adem : **Einführung in die Gesamtreform des Türkischen Strafrechts**, İstanbul , Alfa Yayıncılık, 2006.
- Sözüer, Adem/Dursun, Selman/ Talas, Serdar : **Türk Ceza Hukuku Reformu Mevzuatı**, 4.Baskı, İstanbul, AlfaYayıncılık, 2017.
- Spiecker (Dahmann), İndria : “Sosyal Devletin Anayasa Teorisi”, Çev. Arslan Topkaya, **Anayasa Teorisi- Verfassungstheorie**, Ed.Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Çev.İlyas Doğan, 1. Baskı, Ankara, Lale Yayıncılık, 2014
- Spinellis, Dionysios D. : **Introduction To Greek Law**, Ed. Konstantinos D. Kerameus/PhaedonJ. Kozyris, 2nd Edition, Deventer, KluwerLaw and Taxation Publishers,1993.
- Spoenle, Jan : ” Hooligan-Trendsport „Mannschaftskickboxen” – bloß bizarr oder doch strafbar?”, **NStZ 2011.**
- Staubli, Georg : “Das Kind als Patient- Unmündigkeit bedeutet nicht fehlende Urteils- fähigkeit”, **Der selbstbestimmte Patient**, Handbuch Ethik im Gesundheitswesen 1, Hrsg. Diana Meier –Allmendinger/Ruth Baumann-Hölzle, Basel, EMH Schwabe, 2009.
- Stauch, Marc / Wheat, Kay : Text, Cases and Materials on Medical Law and

- / Tingle, John : Ethics,4th Edition, Oxon, Routhledge,2012,s.76.
- Sternberg-Lieben, Detlev : **Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht**, 1.Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997
- Sternberg-Lieben, Detlev : **NJW 1985.**
- Stief, Matthias : **Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht**, Berlin, Logos Verlag, 2012.
- Stone, Richard : **Offences Against The Person**, 1st Edition, London-Sydney, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Supreme Court of Kansas, 1960 186 Kansas 393, 350 P.2d 1093 : (Çevrimiçi),<http://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html>, 14.08.2016.
- Switanowsky, Irene S : **The New Paradigm For Informed Consent**, Lanham-New York- Oxford, University Press of America, 1998.
- Şahin, Meral Ekici : "Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk", **VIII.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 7-8 Ekim 2011**, Edt.Hakan Hakeri-Henning Rosenau, Ankara , Adalet Yayınevi, 2012.
- Şahin, Meral Ekici : **Ceza Hukukunda Rıza**, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Doktora Tezi,2010 (Yayınlanmıştır).
- Şen, Ersan : **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1 (m. 1-146)**, 1.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şen, Ersan : "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Ersan Şen/Nilüfer Yenice : **"Cinsel suçlarda tıbbi tedaviye tabi tutulma"** (Çevrimiçi) <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma>, 28.07.2017.
- Şehsuvaroğlu, Bedi N./ (2. Basıma hazırlayan Terzioğlu, Arslan) : **Tıbbi Deontoloji**, 2.Baskı, İstanbul Bayda Basım Dağıtım,İstanbul,1983
- Tacir, Hamide : **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2011.
- Tahiroğlu, Bülent : "Roma Hukukunda Suçların Genel Nitelikleri ve Modern Türk Hukukuna Etkileri", **Türk-İtalyan Karşılaştırmalı Ceza Hukuku 1**, Ed Yener Ünver,

- 1.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2014, 25-40.
- Talbot, Marianne : **Bioethics- An Introduction**, 1st Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Taneri, Gökhan : **Hasta Hakları**, 1.Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi,2014.
- Tanrıbilir, Feriha Bilgehan : **Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları**, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Taşkın, Ahmet : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Beslenmenin Reddi” , **TBB Dergisi**, Sayı 62, 2006.
- Taşkın, Ahmet : **Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Ankara, Adil Yayınevi, 2007.
- Taşkın, Ahmet : **Türkiye’de ve Dünyada Açlık Grevleri**, 1.Baskı, Ankara, Yazarın Kendi Yayını,2005.
- Tek, Gülen Sinem : “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, 1.Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012.
- Temel, Erhan : “Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişki”, **Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009.
- Temiz, Bilge Aydın : “İlaç Klinik Araştırmaları”, **Adli Bilimciler III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, Ed. İ.Hamit Hancı/Yener Ünver, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Tereskerz, Patricia M. : **Clinical Research And TheLaw**, Con. Ed. Robert Edelman/Ross McKinney,Jr.,1st Edition,Wiley-Blackwell Publishing, Oxford,s.2012.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 14.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2017.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat : **İnsan Hakları El Kitabı**, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,2014.
- Tok, Özen : “Osmanlı Dönemi Hasta-Hekim İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. Ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)”,**TurkishStudies**, 3 / 4, 2008, s. 793, (Çevrimiçi),<http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/O>

SMANLI\_DONEMI\_HEKIM\_HASTA\_ILISKILERI.pdf,22.05.2014.

- Tomlinson, Edward A. : **The French Penal Code of 1994**, The American Series Of Foreign Penal Codes 31, Littleton-Colorado, Fred B. Rothman Publications, 1999.
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 21.Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Trechsel, S./ Killias, M.” : **Criminal Law”, Introduction To Swiss Law**, Ed. François Dessemontet/Tuğrul Ansay,3rd Edition, The Hague, Kluwer/Schulthess (Kluwer Law International),2004.
- Tunalı, Işıl Güney : **Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- Tuskan, Aydeniz Alisbah : **”Türk Medeni Kanunu Kapsamında Cenin Hak ve Fiil Ehliyeti ve Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu”, Kadın Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki ve Tıbbi Yaklaşım,14 Temmuz 2012**,İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2013.
- Türk Dış Hekimleri Birliği : (Çevrimiçi),<http://www.sdo.org.tr/?pnun=44&pt=TDB%20Di%C5%9F%20Hekimli%C4%9Fi%20Meslek%20Eti%C4%9Fi%20Kurallar%C4%B1>, 12.09.2016 .
- Diş Hekimliği Meslek Etiği Kuralları
- Tzortzopulos, Ch. : **Die Schuldlehre im neugrieschen Strafrecht**, Bonn, Ludwig Röhrscheid,1935.
- UNESCO Türkiye Milli Komyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Kklonlama Çalışma Alt Grubu Raporu (2005) : (Çevrimiçi),[http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik\\_komitesi/klonlama-biyoetik.pdf](http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/klonlama-biyoetik.pdf) ,12.12.2016.
- Uruşak, Uğur : **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, 1.Baskı, İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010.
- Uygun, Oktay : **“Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, Kamu Hukuku İncelemeleri**, 2.Baskı, İstanbul , On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Uzeltürk,Sultan Tahmazoğlu : **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslar arası Boyutlarıyla)**,İstanbul, Legal

- Yayıncılık, 2012.
- Ünver, Yener / Hakeri, Hakan :  **Ceza Muhakemesi Hukuku**,5.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Ünver, Yener : “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”,  **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:7, Ağustos 2008, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Ünver, Yener : ”Türk Tıp Hukukunda Rıza”,  **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3,S.2,İstanbul,2006.
- Ünver, Yener :  **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünver, Yener : ”YTCK’da Kusurluluk”,**CHD**,Y.1,S.1,2006.
- Ünver, Yener :  **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.
- Ünver, Yener : “Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi”,  **İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı, Sempozyum Özel Sayısı-2, İlaç Hukuku Sempozyumu, 1 Haziran 2007**,MÜHF, İstanbul, 2007.
- Ünver, Yener : “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”,  **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009**, Kadir Has Üniversitesi, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Ünver, Yener : “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”,  **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**,1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Ünver, Yener : “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Soru”,  **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, 2005.
- Üstün, Çağatay : “Gelişen Tıbbın Oluşturduğu Etik Açmazlar”,  **Medikal Etik 6 Tıp Uygulamalarındaki Yeni Gelişmeler ve Etik İnkilemler**, Ed. Hüsrev Hatemi/ Hanzade Doğan, 1.Baskı, İstanbul, Yüce Yayım, 2006.
- Üye, Saim : “Hukukun ve Ahlakın Sınırlarında: Yapışık İnkizler”,  **Ankara Barosu Dergisi** 2013/ 2 ,78 , (Çevrimiçi),<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-2/2013-2-2.pdf> ,01.10.2016.

- Üzülmez, İlhan : **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara ,  
Adalet Yayınevi, 2013.
- Veitch, Kenneth : **The Jurisdiction of Medical Law**, Ed.  
Sheila A.M. McLean , Hampshire-Burlington, Ashgate  
Publishing Limited, 2007.
- Voll ,Doris : **Die Einwilligung im Arztrecht**, Frankfurt am Main,  
Peter Lang GmbH, 1996.
- Wagner, Christine : **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**, Berlin,  
Duncker&Humblot GmbH, 2015.
- Wagner, Christine : **Die Schönheitsoperation im Strafrecht**, 1. Auflage,  
Berlin, Duncker&Humblot GmbH, 2015.
- Wallace, Harvey : **Principles Of Criminal Law**, 1st Edition,  
/Roberson, Cliff N.Y., Longman Publishers, 1996.
- Watzek, Jans : “Eine Strukturanalyse der allgemeinen  
Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher  
Perspektive”, **Rechtfertigung und Entschuldigung  
im englischen Strafrecht**, Ed. Albin Eser, Max-  
Planck-Institut für ausländisches und internationales  
Strafrecht in Freiburg i. Br., Freiburg, 2007.
- Wear, Stephen : **Informed Consent**, 1st Edition, Dordrecht, Kluwer  
Academic Publishers, 1993
- Weissenberger, Philippe : **Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten  
gegen Leib und Leben**, Bern, Verlag Stampfli+CIE  
AG, 1996.
- Wells, Celia : “Marginal Children”, **Birth rights, Law and Ethics  
at the Beginnings of Life**, Ed. Robert Lee/Derek  
Morgan, 1st Edition, London-New York, Routledge,  
1989.
- Wendler, D/ Shah, S. : “Should children decide whether they are enrolled in  
non beneficial research?”, **Am J Bioeth.** 2003  
Autumn; 3(4):1-7.
- Werthmann, Barbara : **Medical Malpractice Law: How Medicine Is  
Changing the Law**, 1st Edition, Lexington,  
Massachusetts, Toronto, Lexington Books, D.C. Heath  
And Company, 1984
- Wessels, Johannes / **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 45. Auflage, Heidelberg,

- Beulke, Werner /Satzger, Helmut : Verlag C.F. Müller, 2015. (Wessels/Beulke/Satzger, AT<sup>45</sup> olarak)
- Wicks, Elizabeth : **Human Rights and Healthcare**, 1st Edition, Oxford And Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.
- Wiesner, Sandra : **Die Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht**, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.
- Wilfert, Marei Verena : **Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat: Der Einfluss des grundgesetzlichen Demokratieprinzips auf Strafrecht und Strafgesetzgebung am Beispiel ausgewählter Staatsschutzdelikte**, 1.Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- Winter, Lorena Bachmaier / Garcia, Antonio Del Moral : **Criminal Law In Spain**, 2nd Edition, Alpen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012.
- Wolfgang ,Schwerd : **Rechtsmedizin**, 4.Auflage, Köln, Deutscher Arzte-Verlag, 1986.
- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa : **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt III Madde 86-146**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- Yenisey, Feridun : “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları**, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried : **Alman Ceza Kanunu Strafesetzbuch (StGB)**, 1.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.
- Yerdelen, Erdal : “Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri”, **AÜHFD, 63 (3) 2014**.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl : **Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk**, 1.Baskı, Ankara, Engin Yayıncılık, 2008.
- Yıldız, Ceren : **Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Müdahalede Mağdurun Rızası**, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D. 2012 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Yılmaz, Açelya : ”Pluripotent Hücreler-Yeni Bir Teknoloji: Canlı Doku İçerisinde (in vivo) Hücre Programlaması”, **Kök hücre E-Bülteni, Sayı: 2, Ağustos-Eylül 2014, s.2**, (Çevrimiçi), <http://kokhucrebulteni.com/sayilar/KHB-Sayi-2.pdf> , 04.11.2016 .

- Youngs, Raymond : **Sourcebook On German Law**, 2nd Edition, London-Sydney- Portland, Oregon, Cavendish Publishing, 2002.
- Zafer, Hamide : **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75**, 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Zengin, Mehmet Ali : **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Zeytin, Zafer : "Hasta Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 7-8 Ekim 2011**, 1.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Zipf, Heinz : **Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht**, Neuwied&Berlin, Hermann Luchterhand Verlag GmbH, 1970.
- Zitelmann, Ernst : "Ausschluss der Wiederrechtlichkeit", **AcP. 99** (1906).
- 44 Misc.2d 118 (1964) (Çevrimiçi), [http://www.leagle.com/decision/19641624\\_4Misc2d118\\_1123/PEOPLE%20v.%20LENTI](http://www.leagle.com/decision/19641624_4Misc2d118_1123/PEOPLE%20v.%20LENTI) , kararları , 25.07.2016.
- Dünya Tabipler Birliği : (Çevrimiçi), <http://debis.deu.edu.tr/DEUWeb//Icerik/Icerik.php?KOD=6719> , 19.10.2016 .
- Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi : "Origins of Eugenics: From Sir Francis Galton to Virginia's Racial Integrity Act of 1924", (Çevrimiçi), <http://exhibits.hsl.virginia.edu/eugenics/2-origins/>, 22.09.2017.
- Eujenik : "The Human Genom Project", (Çevrimiçi), [http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebitesize/science/edexcel\\_pre\\_2011/genes/dnarev3.shtml](http://www.bbc.co.uk/schools/gcsebitesize/science/edexcel_pre_2011/genes/dnarev3.shtml), 22.09.2017.
- Human Genom Project : "An Overview of the Human Genome Project", (Çevrimiçi), <https://www.genome.gov/12011238/an-overview-of-the-human-genome-project/>, 22.09.2017.
- Human Genom Project : "The Human Genom Project", (Çevrimiçi), <https://report.nih.gov/NIHfactsheets/ViewFactSheet.aspx?csid=45&key=H#H> , 22.09.2017.
- Human Genom Project : (Çevrimiçi), [http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page\\_id=253](http://hematoloji.baskent-adn.edu.tr/?page_id=253) ,07.03.2014.

- (Çevrimiçi),<http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm>,20.05.2014.
- (Çevrimiçi), <http://www.haksay.org/?q=node/18> , 22.12.2014 .
- (Çevrimiçi),[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=52&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=31), 22.12.2014 .
- (Çevrimiçi),<http://www.turknorosirurji.org.tr/menu/71/kok-hucre-nedir> , 07.03.2014 .
- (Çevrimiçi),[www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130.doc](http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/130.doc) ,28.10.2014 .
- (Çevrimiçi),[www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastaliklaridogumad/SSS/INF4.html](http://www.gata.edu.tr/cerrahitipbilimleri/kadinhastaliklaridogumad/SSS/INF4.html) , 13.03.2014 .
- (Çevrimiçi),[http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis\\_v\\_davis.htm](http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm), 06.10.2016 .
- (Çevrimiçi),<http://www.casebriefs.com/blog/law/health-law/health-law-keyed-to-furrow/reproduction-and-birth/davis-v-davis/>, 06.10.2016.
- (Çevrimiçi),[https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/39831/42\\_23CreightonLRev807%281989-1990%29.pdf?sequence=1](https://dspace.creighton.edu/xmlui/bitstream/handle/10504/39831/42_23CreightonLRev807%281989-1990%29.pdf?sequence=1) , 06.10.2016.
- (Y2HD, 1993/ 10893 E, 1993/11668 Kr., 02.12.1993) kararı (Çevrimiçi), <http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=14915> ,03.11.2014.
- (Çevrimiçi),<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/08/20110819-9.htm> , 28.11.2015 .
- (Çevrimiçi), <http://www.jacie.org/about> , 04.11.2016 .
- (Çevrimiçi),[https://en.oxforddictionaries.com/definition/ratio\\_essendi](https://en.oxforddictionaries.com/definition/ratio_essendi), 07.12.2017 .
- (Çevrimiçi),[https://en.oxforddictionaries.com/.../ratio\\_cognoscendi](https://en.oxforddictionaries.com/.../ratio_cognoscendi), 07.12.2017 .
- 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, (Çevrimiçi),[https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202238.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc062/kanuntbmmc062/kanuntbmmc06202238.pdf) , 06.10.2016 .
- Aile hekimliği “Gebelik gözlemleri” (Çevrimiçi), <http://ailehekimligi.gov.tr/ana-cocuk-sal/gebelik/297-gebe-zlemleri.html> ,04.04.2015 .

- Alman Medeni Kanunu : (Çevrimiçi), [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p2651](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2651) , 26.09.2016 .
- Animal Welfare Act, : (Çevrimiçi),<https://www.animallaw.info/statute/germany-cruelty-german-animal-welfare-act>, Erişim Tarihi: 07.11.2017.
- Arıkan, Gürkan Kök : (Çevrimiçi),<http://www.gurkanarikan.com.tr/index.php/seminaler/kokhucretedavisinedir.html> , 04.11.2016.
- Asch, Morton Jay : ”Nondirective teaching in psychology: An experimental study”, **Psychological Monographs: General and Applied**, Vol 65(4), 1951, i-24.
- Aşıya ilişkin Anayasa mahkemesi kararı : (Çevrimiçi), <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx> , 21.12.2017.
- Avrupa Konseyinin R (93) 6 SAYILI TAVSİYE KARARINA EK olarak aldığı karar : (Çevrimiçi),[www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye_kararlari.doc), 05.08.2016 .
- Avrupa Konseyinin R (98) 7 Sayılı Tavsiye Kararına Ek olarak aldığı karar : (Çevrimiçi),[www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye_kararlari.doc) , 05.08.2016 .
- Avrupa Konseyinin REC (2006) 2 SAYILI TAVSİYE KARARINA EK tavsiye kararı için bkz. BBC CO UK : (Çevrimiçi),[http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye\\_kararlari.doc](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslar-arasi/tavsiye_kararlari.doc) , 05.08.2016 .
- BGB im Englisch : (Çevrimiçi),<http://news.bbc.co.uk/2/hi/sci/tech/1477698.stm> , 04.11.2016 .
- Boseley, Sarah : (Çevrimiçi),[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p2651](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p2651) , 26.09.2016 .
- Cambridge Dictionary : (Çevrimiçi),<https://www.theguardian.com/uk/2002/feb/05/sarahboseley> , 01.10.2016 .
- Cheng-Tek Tai, Michael : (Çevrimiçi),<http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hunger-strike> , 22.09.2017.
- Cindemir, Kasım : “Türk Kopyalamak İstiyorum”, 09.08.2001, (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/turk->

- kopyalamak-istiyorum-8943, 22.09.2017.
- Cinsiyet Değişikliği :  
Hakkındaki Kurallara :  
İlişkin Kararların Basın :  
Duyurusu, Basın Duyurusu :  
No: GK 10/18 Tarih: :  
20.03.2018 :  
Daughter hücre : (Çevrimiçi),  
 : [https://en.oxforddictionaries.com/definition/daughter\\_cell](https://en.oxforddictionaries.com/definition/daughter_cell), 22.09.2017.
- De Medicina : (Çevrimiçi),  
 : <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/e/roman/texts/celsus/home.html>, 22.09.2017.
- Digest, Book 47, title 10, : (Çevrimiçi), [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D47\\_Scott.htm#X](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D47_Scott.htm#X), 22.09.2017.  
section 1/5 :
- Doe v Bolton Davası 410 : (Çevrimiçi),  
U.S. 179 (1973). : <https://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-brest/liberty-equality-and-fundamental-rights-the-constitution-the-family-and-the-body/doe-v-bolton/> , 21.12.2017.
- Douglas J. Navarick , : “Reviving the Milgram Obedience Paradigm in the Era  
 : of Informed Consent”,  
 : **The Psychological Record**, 2009, 59, 155–170.
- Duden : (Çevrimiçi),<http://www.duden.de/rechtschreibung/Hungerstreik> , 05.11.2016 .
- Dünya Psikiyatri Birliği : (Çevrimiçi),<http://pb.rcpsych.org/content/pbrpsych/2/1/12.full.pdf> , 02.11.2016.
- ECHR End of : (Çevrimiçi),[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Euthanasia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf) , 04.08.2016.  
life and the European :  
Convention on Human :  
Rights, Factsheet :
- ECHR : (Çevrimiçi),[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_Factsheet-Right\\_to\\_life\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_Factsheet-Right_to_life_ENG.pdf) , 04.08.2016.  
Factsheet-Right to :  
life :
- EKG tanımı : (Çevrimiçi),<http://daricafarabidh.saglik.gov.tr/TibbiBirimDetay.aspx?BirimId=400> , 01.08.2016.
- Ekmekçi, Perihan Elif : “Seçilmiş vakalarla araştırma etiğinin kısa tarihçesi”,  
 : **Pamukkale Tıp Dergisi** 2017;10(1):101-114.
- EVANS / BİRLEŞİK : (Çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-76-430> , 06.10.2016.  
KRALLIK DAVASI :  
(Başvuru No: 6339/05) :  
Çev.Alper Can Aykaç :

- Farmokogenetik : (Çevrimiçi),  
http://www.genetiknedir.com/farmakogenetik/ ,  
22.09.2017.
- FDA : “Step 3: Clinical Research” (Çevrimiçi),  
http://www.fda.gov/ForPatients/Approvals/Drugs/ucm  
405622.htm, 16.09.2016 .
- Fıçıcıoğlu,Cem : “Gebelik hesaplama nasıl yapılır?” (Çevrimiçi),,  
http://www.cemficipcioglu.com.tr/gebelik-hesaplama-  
nasil-yapilir , 04.04.2015 .
- Glyde, Tania : “Angel Of Mercy”, **The Lancet Volume 387**  
(Çevrimiçi),http://www.thelancet.com/journals/lancet/a  
rticle/PIIS0140-6736(16)00333-0/fulltext , 23.06.2016.
- Goffin, et al., : “Patient Rights in the EU - Greece”, European **Ethical-  
Legal Papers N°6**, Leuven, 2007 (Çevrimiçi),  
http://www.eurogentest.org , 07.06.2016 .
- Gören, Zafer : “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana  
İlkesi:Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret  
Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl :6 Sayı : 12  
Güz 2007/2, 21-37.
- Gülpen, Rene : Einwilligung“(Çevrimiçi),http://guelpen.de/dokument  
e/einwilligung.pdf 07.06.2017 .
- Haberman, Clyde : “Baby M and the Question of Surrogate Motherhood”,  
**The New York Times**, 23.03.2017, (Çevrimiçi),  
https://www.nytimes.com/2014/03/24/us/baby-m-and-  
the-question-of-surrogate-motherhood.html?mcubz=0 ,  
22.09.2017
- Hakeri, Hakan : **Ülkemizde Zorla Aşı Yapılabilir mi?**, (Çevrimiçi),  
http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-  
hakeri/tr-ulkemizde-zorla-asi-yapilabilir-mi-72-64-  
3571.html , 19.09.2016.
- Human Genom Project : “What were the goals of the Human Genome Project?”  
(Çevrimiçi), https://ghr.nlm.nih.gov/primer/hgp/goals,  
22.09.2017.
- Human Tissue Act : (Çevrimiçi),http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/  
30/contents , 15.10.2016 .
- Hunter v. Burroughs* : (Çevrimiçi),  
davası 123 Va. 113, 129, https://law.justia.com/cases/virginia/supreme-  
96 S.E. 360, 365 (1918) court/1993/920915-1.html, 21.12.2017.

- Hürriyet Haber : (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/karar-kimin-yapisik-ikizler-ve-insanlarin-yasama-hakki-gecen-hafta-tum-uluslararasi-yayin-organlari-ingiliz-mahkemeleri-tarafindan-birinin-oldurulmesi-38225847>, 01.10.2016.
- Hürriyet Haber : (Çevrimiçi), <http://www.hurriyet.com.tr/kok-hucre-tedavisi-turkiyede-sadece-iki-hastanede-25277150>, 04.11.2016.
- İBÜKHAY : (Çevrimiçi), <https://www.titck.gov.tr/PortalAdmin/Uploads/UnitPages/%C4%B0yi%20Klinik%20Uygulamalar%C4%B1%20K%C4%B1lavuzu.pdf>, 05.08.2016.
- İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü : (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr/>, 16.08.2016.
- İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü : (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr/>, 22.09.2017.
- İnsan Klonlamaya İlişkin Bildirge : (Çevrimiçi), <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/InsanKlonlamayaIliskinBildirge.pdf>.04.11.2016 .
- İskit, Alper B. : "Klinik İlaç Araştırmaları", **Hacettepe Tıp Dergisi** 2006; C.2, S.37, s. 78 (Çevrimiçi), [http://www.tip.hacettepe.edu.tr/actamedica/2006/sayi\\_2/baslik3.pdf](http://www.tip.hacettepe.edu.tr/actamedica/2006/sayi_2/baslik3.pdf), 16.09.2016.
- Jalloh v Almanya : (Çevrimiçi), <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>, 21.02.2017
- Kılıç, Nil / Duman, Demet Cansaran : "Akciğer Kanseri Tedavisinde Farmakogenomik", **Türk Hij Den Biyol Derg.** 2017; 74(2): 175-184.
- Köksal, Selçuk : "Klinik Araştırmalar", (Çevrimiçi), <http://www.ctf.edu.tr/halk/Epi3.pdf>, 22.09.2017.
- Konsültasyon : (Çevrimiçi), [http://www.ttb.org.tr/makale\\_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f78ec404-923f-11e7-b66d-1540034f819c), 21.12.2017.
- Larsen, Knud S : "Conformity in the Asch Experiment", **The Journal Of Social Psychology**, 1974, 94, 303-304.
- Lizbon bildirgesi : MEDIZIN: Lebensblut abgesaugt DER SPIEGEL 46/2000,(Çevrimiçi), <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-17817518.html>, 01.10.2016 .
- McLeod, Saul : "Asch Experiment", 2008, (Çevrimiçi), <https://www.simplypsychology.org/aschconformity.html>, 22.09.2017.
- McLeod, Saul : "Ethics", 2007-2015, (Çevrimiçi), <https://www.simplypsychology.org/Ethics.html>,

- 22.09.2017.
- Medical dictionary : (Çevrimiçi),<http://medicaldictionary.thefreedictionary.com/Informed+refusal> ; ,30.09.2014 .
- Milliyet Haber : (Çevrimiçi), <http://www.milliyet.com.tr/kok-hucre-nedir--pembenar-detay-genelsaglik-2105492/> , 04.11.2016 .
- Mohr v Williams davası : (Çevrimiçi),  
:<https://www.casebriefs.com/blog/law/torts/torts-keyed-to-epstein/intentionally-inflicted-harm-the-prima-facie-case-and-defenses/mohr-v-williams/> , 26.09.2016 .
- Nermin , Ersoy : “Tıbbi Etikte Özeklik” (Çevrimiçi),  
:[http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders\\_notlari/n\\_ersoy/tibbi\\_etikte-ozerklik.pdf](http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tibbi_etikte-ozerklik.pdf); , 22.12.2014 .
- Oosit Donasyonu : (Çevrimiçi),<http://www.jinekolojivegebelik.com/2008/05/yumurta-baii-yumurta-donasyonu-oosit.html>; , 15.08.2016 .
- Oosit Tanımı : (Çevrimiçi)<http://www.biyolojiegitim.yyu.edu.tr/kf/toosit/index.htm>, 22.09.2017 .
- Oxford dictionaries : (Çevrimiçi),[https://en.oxforddictionaries.com/definition/hunger\\_strike](https://en.oxforddictionaries.com/definition/hunger_strike) , 05.11.2016.
- Phases of clinical trials : (Çevrimiçi),  
:[https://www.nccn.org/patients/resources/clinical\\_trials/phases.aspx](https://www.nccn.org/patients/resources/clinical_trials/phases.aspx), 22.09.2017.
- Randomized Controlled Trial (RCT) : (Çevrimiçi),  
:<http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=39532>, 22.09.2017.
- Randomized Controlled Trial (RCT) : (Çevrimiçi),  
:<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmedhealth/PMHT0025811/>, 22.09.2017.
- Resmi gazete, HHY : (Çevrimiçi),<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140508-3.htm> , 22.12.2014 .
- RGSt 25, s.375 : (Çevrimiçi)  
:<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=RG&Datum=31.05.1894&AktENZEICHEN=1406%2F94> , 26.09.2016 .
- Roberson v Menorah Medical Center davası : (Çevrimiçi),  
:<https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1979/cd30260-2.html> , 21.12.2017.

- Sağlık Terimleri : (Çevrimiçi), <http://www.saglikterimleri.com/tag/hasta> , 01.10.2014.
- Salgo v. Leland Stanford etc. Trustees. Annotate this Case : (Çevrimiçi), <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/154/560.html> , 26.09.2016 .
- Schmidt, Ulf : “Cold War at Porton Down: Informed Consent in Britain’s Biological and Chemical Warfare Experiments”, **Camb Q Healthc Ethics**, 2006 Fall; 15(4): 366–380.
- Smith, Cedric M. : “Origin and Uses of **Primum Non Nocere**—Above All, Do No Harm!”, **The Journal of Clinical Pharmacology**, Vol.45, Issue 4, 371–377, April 2005.
- Spain Crminal Code, : (Çevrimiçi), [www.legislationline.org/download/action/download/id/.../Spain\\_CC\\_am2013\\_en.pdf](http://www.legislationline.org/download/action/download/id/.../Spain_CC_am2013_en.pdf) , 31.07.2016 .
- Strunk v. Strunk (445 S.W.2d 145) 1969 : (Çevrimiçi), <http://www.lawandbioethics.com/demo/Main/Media/Resources/Strunk.htm> , 15.10.2016.
- Supreme Court of Kansas, 1960 186 Kansas 393, 350 P.2d 1093 : (Çevrimiçi), <http://law.justia.com/cases/kansas/supreme-court/1960/41-476-2.html> , 14.08.2016.
- Swiss Criminal Code : (Çevrimiçi), [https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss\\_criminal\\_code\\_en\\_html/Swiss\\_CC\\_1937\\_am2013\\_en.pdf](https://www.unodc.org/res/cld/document/che/1937/swiss_criminal_code_en_html/Swiss_CC_1937_am2013_en.pdf) , 31.07.2016 .
- TC Anayasası : (Çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa.htm> , 29.12.2014 .
- TDK Sözlüğü : (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74db2bbb31.21363361](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74db2bbb31.21363361); ,28.10.2014 .
- TDK Sözlüğü : (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74e1d6cda6.20874385](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.544f74e1d6cda6.20874385); ,28.10.2014 .
- TDK Sözlük : (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5447cef5b9dc51.92439706](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5447cef5b9dc51.92439706) , 22.10.2014 .
- TDK Sözlük : (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_eczacilik&view=eczacilik&kategori1=yazimay&kelimesec=2994](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_eczacilik&view=eczacilik&kategori1=yazimay&kelimesec=2994) , 21.05. 2016 .
- TDK Sözlük : (Çevrimiçi), [http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.542c11b85885f0.75747513](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.542c11b85885f0.75747513) , 01.10.2014 .

- TDN : (Çevrimiçi),[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=52&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&Itemid=31); , 22.12.2014 .
- Terapötik : (Çevrimiçi),  
: <https://www.turkcesozlukler.com/terap%C3%B6tik-nedir-ne-demek>, 22.09.2017
- THE MacARTHUR TREATMENT COMPETENCE STUDY (2004) : (Çevrimiçi),[www.macarthur.virginia.edu/treatment.html](http://www.macarthur.virginia.edu/treatment.html) , 29.09.2016 .
- THE PHYSICIAN FALSELY ACCUSED: The Case Of Dr Leonard Arthur : (Çevrimiçi), <https://www.infotextmanuscripts.org/dr-leonard-arthur.html> , 13.10.2016 .
- Tıp terimleri sözlüğü : (Çevrimiçi),<http://www.tipterimlerisozlugu.com/infertility.html> Erişim Tarihi 13.03.2014 .
- Tıp Terimleri Sözlüğü : (Çevrimiçi), <http://www.tipterimlerisozlugu.com>, 22.09.2017
- Torrey, E. Fuller / Yolken, Robert H. : “Psychiatric Genocide: Nazi Attempts to Eradicate Schizophrenia”, **Schizophrenia Bulletin**, 2010 Jan; 36(1): 26–32.
- U.S. National Library of Medicine : (Çevrimiçi),<http://www.definitions.net/definition/Presumed%20Consent> , 16.08.2016 .
- UNESCO : (Çevrimiçi),[http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyotetik\\_komitesi/insangenomu.pdf](http://www.unesco.org.tr/dokumanlar/biyotetik_komitesi/insangenomu.pdf) .
- UNICEF : “Önce Çocuklar: Bağışıklama” (Çevrimiçi),  
: [http://www.unicef.org/turkey/dn\\_2006/\\_mc33.html](http://www.unicef.org/turkey/dn_2006/_mc33.html) , 19.09.2016 .
- UNICEF : (Çevrimiçi),[http://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23a.html](http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23a.html) , 29.09.2014 .
- Vakum aspirasyon kürtaj : (Çevrimiçi),  
: [https://www.sislimed.com/vakum\\_aspirasyon\\_kurtaj.html](https://www.sislimed.com/vakum_aspirasyon_kurtaj.html) , 21.02.2017.
- Zahnextraktionfall kararı : (Çevrimiçi), [https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372\\_77/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1978-02-22/2-str-372_77/) , 08.08.2016 .

## ÖZGEÇMİŞ

1983 yılında Kırklareli’nde doğdum. Ortaokul ve lise öğrenimimi 2000 senesinde Edirne Anadolu Lisesi’nde tamamladım. Akabinde 2000 senesinde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans öğrenimime başladım. 2004 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olduktan sonra 2006 senesinde İstanbul Barosu’nda yaptığım Avukatlık Stajımı tamamlayarak, aynı senenin Eylül ayında İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Anabilim Dalı Yüksek Lisans programına kayıt oldum ve 2010 yılında “Mağduru Birey Olan Bazı Suçlarda Gizli Kalmış Mağduriyet Oranlarının Saptanması” başlıklı tez ile yüksek lisans öğrenimimi tamamlamadım.

2010 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora öğrenimime başladım. Eylül 2011 tarihinde hâlihazırda çalıştığım Edirne Belediyesi Avukatlığından ayrıldım ve 03 Ekim 2011 tarihinden itibaren Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladım. 2013 yılında doktora yeterlilik sınavını başarıyla geçtim. Halen Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.