

## **CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA**

*Prof. Dr. Henning ROSENAU\**

*Çev: Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ\*\*,\*\**

### **I. GİRİŞ**

Varsayılan rıza, ceza hukukunda yeni tartışılmaya başlanılmış olan ve isnad edilebilirlik öğretisine dahil bir kurumdur. *Kühl*, 2004 yılında yapılan bir devlet sınavından bahsetmekte ve o tarihlerde bile varsayılan rıza kavramının çok bilinen bir kurum olmadığını dile getirmektedir<sup>1</sup>. Aslında bu figür yavaş yavaş ceza hukuku kitaplarının son basılarında yer almaya başlamıştır. Ancak bunun nedeni, sanıldığı aksine, son beş yıl içerisinde yüksek yargı kararlarında kavramın ele alınmaya başlanması değildir. Son zamanlarda bu konu ceza hukuku öğretisinde de ciddi bir şekilde tartışılmaktadır. Varsayılan rıza ne ile ilgilidir? Özet olarak şu görüşlerle ilgilidir: Hastanın uygun şekilde yapılmış aydınlatmadan sonra da tıbbi müdahaleye rıza gösterecek olması durumunda, aydınlatmanın yapılmamış olmasının bir önemi yoktur<sup>2</sup>. Ya da başka bir şekilde ifade etmek gerekirse aydınlatma noksanlığından meydana gelen irade bozuklukları, hastanın somut kararı açısından önem arz etmesi halinde dikkate alınır. Sadece bu gibi durumlarda müdahaleyi gerçekleştiren hekimin hareketinin hukuka uygunluğu ortadan kalkar.

---

\* Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza ve Ceza Muhakemesi, Tıp Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

\*\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\*\* Yazar, Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı Doç. Dr. Erhan Temel'e katkılarından dolayı teşekkürü bir borç bilir.

<sup>1</sup> Kühl, *Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler)*, 6. Bası, 2008, s. 28; varsayılan rıza ile ilgili ilk doktora tezleri son zamanlarda yazılmıştır: Edlbauer, *Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv (Hekim Ceza Hukukunda Sorumluluk Denkleştirici Olarak Varsayılan Rıza)* Hamburg 2009; Marx, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht (Tıp Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza)*, Doktora Tezi, Augsburg 2009/2010; Schwartz, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht (Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza)*, Frankfurt am Main, 2009.

<sup>2</sup> Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis (Uygulamada Tıp Ceza Hukuku)*, 4. Bası, 2008, knr. 132.

## II. ÖZEL HUKUKTA VARSAYILAN RIZA

Özel hukuk açısından varsayılan rıza kesinlikle yeni bir kurum değildir. Sorumluluk hukuku ile ve özellikle de tıp hukukunun özel hukuk boyutu ile ilgilenen bilim adamları, son on yıldır varsayılan rıza ile meşgul olmuşlardır. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin sorumluluk hukuku ile ilgilenen 6. Hukuk Dairesinin 7 Şubat 1984'te verdiği karar emsal teşkil edecek niteliktedir ve daha önceki kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, bu konuda istikrar arz eden bir içtihadın oluştuğu sonucuna ulaşılabilir<sup>3</sup>. İmparatorluk Mahkemesi zamanında varsayılan rıza itirazı reddedilmişti<sup>4</sup>. Ancak daha sonra Federal Alman Yüksek Mahkemesi, ilk olarak 1959 yılında, İmparatorluk Mahkemesi'nin görüşlerinin aksine bu tarz hipotezlerin dikkate alınabileceğine işaret etmiştir. 3. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu bir karar ile<sup>5</sup> bu konudaki ilerlemenin aksine, geri bir adım atmış olsa da varsayılan rızanın hukuk doktrinine hakim olmasının önüne artık geçilememiş ve nihayet 6. Hukuk Dairesinin 1965 yılında vermiş olduğu bir karar ile varsayılan rıza özel hukukta hakimiyetini kurmuştur<sup>6</sup>.

1984 yılındaki söz konusu karar, kötü huylu lenf kanseri olan 34 yaşındaki bir bayan hasta hakkındadır. Hastalık nedeni ile bu hastaya radyoterapi tedavisi uygulanmış, fakat bu tedavinin neticesinde hastanın belden aşağısı kısmi felç olmuştur. Bu durum radyoterapi tedavisinin çok nadir, fakat tipik bir rizikosudur. Bu riziko hakkında hasta aydınlatılmamıştır. Hasta, tedaviyi uygulayan doktordan maddi tazminat talep etmiştir. Doktor bu talebe, "hasta usulüne uygun bir şekilde aydınlatılsaydı dahi radyoterapi uygulanmasına rıza gösterecekti" gerekçesi ile karşı çıkmıştır. Zira bu tedavi olmasaydı, hastanın ortalama sadece üç yıllık bir ömrü kalacaktı. Ayrıca bu tedavinin olmaması durumunda hastanın belden aşağısının felç olma olasılığı, tedavinin olması durumunda felç olma olasılığından on kat daha fazladır.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi itirazı ilk başta reddetmiştir. Mahkeme, rizikonun çok az ve tıbbi müdahalenin gerekli olmasına (tıbbi endikasyona) rağmen, hastanın aydınlatılmasının gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Kendi geleceğini tayin etme hakkı, hastanın kararı tıbben çok mantıksız olsa dahi bir müdahale hakkında kendi başına karar verebilmesini ve bu müdahaleyi ret edebilmesini gerektirir<sup>7</sup>. Doktor, hastasına en azından gerçekleşme ihtimali çok az olan felç riski hakkında da yaklaşık öngörülerini bildirmeliydi. Bu yapılamadığı için bir tazminat talep etme hakkı doğmuştur. Çünkü radyoterapi neticesinde

<sup>3</sup> BGHZ 90, 103, 111 vd.

<sup>4</sup> RGZ 163, 129, 138 vd.

<sup>5</sup> BGH VersR 1959, 355, 356.

<sup>6</sup> BGH VersR 1965, 718, 719.

<sup>7</sup> BGH 90, 103, 105 vd.

oluşan yaralama eylemi- röntgen ışınları genel olarak vücudun niteliklerinin olumsuz etkilenmesine neden olur ve dışarıdan fark edilemeyen patolojik sonuçlar da ortaya çıkarır<sup>8</sup> - hukuka aykırılığa işaret eder. Hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için gerekli rıza ise burada mevcut değildir. Çünkü aydınlatma eksikliği hastanın vermiş olduğu rızayı etkisiz kılmaktadır. Haksız fiil teşkil eden tıbbi müdahaleden dolayı doktora karşı Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823 f. 1 ve Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 ile bağlantılı olarak Alman Medeni Kanunu § 823 f. 2 neticesinde bir talep hakkı mevcuttur.

Bu durumda varsayılan rıza itirazı gündeme gelmektedir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi özel hukuk açısından aydınlatılma hakkı ile ilgili bir sorun olduğunu tespit etmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, aydınlatma görevinin yerine getirilmemesi artık maddi tazminat için bir sebep oluşturacaktır ve bu sayede hastalar aydınlanma haklarını kötüye kullanacaklardır<sup>9</sup>. Hasta felç riski hakkında usulüne uygun bir şekilde aydınlatıldığında da terapiye karar (rıza) verecek idiyse böyle bir itiraz dikkate alınabilirdi. Ayrıca doktorun itirazının kabul edilmesi de ona fazla bir şey kazandırmayacaktı. Çünkü hukuk muhakemesinin sistematiği gereği doktor, hastanın her durumda terapi için rıza gösterdiğini ispat etmek zorunda kalacaktı<sup>10</sup>. Doktor bu olayda ortalama, makul şekilde hareket eden hastayı basit bir şekilde iddiasına dayanak olarak sunamaz. Daha önce de belirtildiği gibi, makul olmayan kararlara da mümkün olduğunca riayet edilmelidir.

Bir hastanın subjektif kararı ise her seferinde nasıl ispat edilebilir? Bu nereden ise mümkün gözükmemektedir. Olsa olsa ihtimallerden hareket edilebilir<sup>11</sup>. Varsayılan rızadaki hipotez, hastanın içsel durumunun kesin olarak kanıtlanmadığı halleri ifade eder. Bu yüzden Federal Alman Yüksek Mahkemesi doktorun ispat yükünü hafifletmiştir. Mahkeme karşı taraftan, yani hastadan, en azından gerçek bir karar çatışması içerisinde bulunduğunu açıklamasını ve somut olarak ortaya koymasını istemektedir<sup>12</sup>. Hasta, olayın bilincinde olsaydı, örneğin şahsi sebeplerden dolayı radyolojik terapi tedavisini yine de reddedeceğini ortaya koymak zorundadır. İleri sürülen nedenlerin akla ve mantığa uygun nedenler olması gerekir. Hastanın vermiş olduğu kararın ise akla ve mantığa uygun olması gerekmez. Hasta bir karar çatışması içinde olduğunu gerekçelendiremez ve o zaman kendisine sorulsaydı tedaviyi (muhtemelen) reddetmek durumunda

<sup>8</sup> BGH MedR 1998, 326, 329.

<sup>9</sup> BGH 90, 103, 112; karşılaştığımız Böcker, JZ 2005, 925, 926.

<sup>10</sup> Schellenberg, VersR 2008, 1298, 1299 vd.

<sup>11</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333.

<sup>12</sup> BGHZ 90, 103, 111 vd.; BGH NJW 2007, 217; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333; Staudinger/Hager, 13. Bası, 1999, §823 knr. I 121.

olacağını anlaşılır şekilde ortaya koyamaz ise<sup>13</sup> tedaviye varsayımsal olarak rıza gösterdiği kabul edilir. Bu durumda doktor sorumluluktan kurtulmuş olur.

Buradaki mesele literatürde kısmen ileri sürüldüğü gibi, müdahaleye sonradan verilen onayla ilgili değildir<sup>14</sup>. Çünkü hastanın bir karar çatışması içinde olup olmadığı daha sonradan cevaplandırılacak bir soru değildir<sup>15</sup>. Aksine, müdahalenin yapıldığı anda cevaplandırılması gereken ve ex ante (geriye dönük olarak) cevaplandırılabilen bir sorudur. *Kuhlen*<sup>16</sup> ve *Mitsch*'in<sup>17</sup> karşıt görüşlerini yerinde ve özel hukuka ilişkin yargı kararları ile bağdaştır nitelikte bulmuyorum. Karar çatışmasının ortaya konulup konulmadığına ilişkin sonradan yapılan tespit, tipiklik (olaya uygunluk) şartlarının bütünü için geçerlidir; yani hem hukuk ve hem de ceza yargılaması için aynı derecede geçerlidir. Dolayısıyla bu hukuksal figür herhangi bir özellik arz etmediğinden, başka izahata da gerek yoktur. Usulü olarak da muhtemel rıza ilk olarak ex post tespit edilir<sup>18</sup>. Hastanın tedaviden sonra müdahalenin başarılı ya da başarısız olduğunu bütün hatları ile görüp ona göre değerlendirme yapması, müdahale zamanındaki karar çatışmasının şartlarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Buna paralel olarak Federal Alman Yüksek Mahkemesi, olay mahkemelerinden (ilk derece mahkemelerinden) sonraki hasta ifadelerinin akla uygunluğunun denetlenmesini istemiştir<sup>19</sup>.

Bizim olayımızda ise bu tarz varsayılan bir rızanın kabulü uygun gözükmemektedir. Çünkü bir yandan hastalığın ne kadar ağır olduğu ve diğer taraftan da uygulanan terapinin kabul görmüş ve iyi bir başarı ihtimali olan terapi olması, karar çatışmasından bahsedilmesini zorlaştırır. Zira hastanın durumu, terapiyi kabul etmediği zaman daha kötü olurdu. Müdahalenin aciliyeti ve başarıya ulaşma olasılığının yanında, hastanın duyduğu acının oluşturduğu baskı ve hastanın rizikoyu yüklenmeye hazır olması gibi durumlar, genel olarak değerlendirmede kullanılan parametrelerdir<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> BGHZ 90, 103, 112.

<sup>14</sup> Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 194, 206 vd.; Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hillendorf, Strafrecht BT (**Ceza Hukuku Özel Hükümler**), 2. Bası, 2009, s. 189; Jäger, FS Jung (**Jung Armağanı**), 2007, s. 345, 354; Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv (**Hekimin Cezai Sorumluluğunu Kaldıran Varsayılan Rıza**), Hamburg, 2009, s. 416 vd.: Geriye yürüme varsayımı; aynı şekilde Rönnau, JZ 2004, 801, 803.

<sup>15</sup> Buna karşılık Gropp, Schroeder Armağanı, 2006, s.194, 205.

<sup>16</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 443.

<sup>17</sup> Mitsch, JZ 2005, 279, 281.

<sup>18</sup> 'Burada Kuhlen'in (karşılaştırdığımız Kuhlen, JR 2004, s. 227; aynı yazar FS Müller-Dietz '**Müller-Dietz Armağanı**', 2001, s. 431, 443) varsayılan rızanın aksine muhtemel rızanın ex ante tespit edileceği kaydını düşmek gerekir; isabetli olarak Mitsch, JZ 2005, 279, 281.

<sup>19</sup> BGH, JZ 2004, 800 a. E.

<sup>20</sup> Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht (**Tıbbi Sorumluluk Hukuku**), 10. Bası, 2006, knr. 442a.

Gerçek karar çatışmaları şimdiye kadar şöyle bir olayda hep kabul edilmiştir: Örneğin hasta ‘ben yirmilik dişimi ağrı vermediği için çektirmezdim’ şeklinde bir itirazda bulunmuşsa. Oysa bir ihtisas kliniğinde dişin acilen çekilmesinden başka bir alternatifinin olmadığı durumlarda, yargı bir çatışmanın varlığını kabul etmemiştir. Aynı şekilde müdahale olmadan hastanın hayatta kalacağı sürenin kısa olacağı durumlarda, cinsel güç kaybı tehlikesi dolayısıyla bağırsak kanseri operasyonundan vazgeçilmesi makul ve mantıklı gözükmemektedir<sup>21</sup>. Aynı şekilde zaman kazanmak için bu operasyonun ertelenmek istenebileceği yönündeki itiraz da kabul edilemez<sup>22</sup>.

### III. CEZA HUKUKUNDA VARSAYILAN RIZA

Bu hukuki kurumun ceza hukukuna aktarılması kısmen şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir<sup>23</sup>, ama kabul de görmüştür<sup>24</sup>.

#### 1. Omurilik Diski (Bel Fıtığı) Ameliyatı Esnasında Yanılma

Ceza hukuku bakımından da Federal Alman Yüksek Mahkemesinin bahse konu – çok tartışılan- bir kararında sorun daha belirginleşmiştir: Bir bayan hastanın omurilik disklerinden üst üste bulunan iki tanesinde kayma tespit edilmiştir: Kaymanın tespit edildiği disklerden L4/L5 numaralı diskte kayma daha ağır, L5/S1 diskinde ise kayma daha hafiftir. Daha ciddi şekilde kaymış olan diskin ameliyat ile temizlenmesi gerekmiştir. Ameliyat sırasında ise doktor, diskleri karıştırmış ve sadece daha az kayma olan alttaki L5/S1 bölgesindeki diski ameliyatla temizlemiştir. Hastanın ağrılardan şikayeti ertesi gün de devam ettiği için yapılan yanlış ameliyat ortaya çıkmış ve bunun üzerine doktor ikinci bir ameliyatın gerekli olduğunu belirtmiştir. Doktor, gerçeğe aykırı olarak bu durumun yeni bir disk kaymasından meydana geldiğini söylemiştir. Hasta böylece doktorun yanılması sonucu aldatılmıştır. Hasta sonuç olarak başarılı geçen bu ikinci ameliyata da rıza göstermiştir. Daha sonra, hastanın gerçek durumu bilmiş olsaydı dahi gereklilik ve aciliyet nedeniyle muhtemelen ikinci ameliyata yine de rıza göstereceği anlaşılmıştır.

Bu ikinci ameliyat da hastanın vücut dokunulmazlığına ağır bir müdahale oluşturan, narkoz altında gerçekleştirilen cerrahi bir müdahaledir. Tıbbi müda-

<sup>21</sup> OLG Köln VersR 1990, 663.

<sup>22</sup> Karşılaştığımız BGH NJW 1992, 2351; NJW 1994, 3009.

<sup>23</sup> Puppe, GA 2003, 764, 775; ilave deliller için bkz. Schönke/Schröder/Eser, 27. Bası, 2006, § 223 knr. 40e.

<sup>24</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I (Ceza Hukuku Genel Hükümler I), 5. Bası, 2004, s. 144; Wessels/Beulke, Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 38. Bası, 2008, knr. 381b; Lackner/Kühl, 26. Bası, 2007, § 228 knr. 17a; sonuçta Mitsch, JZ 2005, 279, 285.

hale, yerleşik içtihadı göre tipiklik unsurları tamamlanmış, hukuka uygunluk nedenini gerektiren bir yaralama eylemidir.

## 2. Yaralama Eylemi Olarak İyileştirmeye Yönelik Müdahale

Bu içtihat İmparatorluk Mahkemesi'nin kararına dayanmaktadır<sup>25</sup>. Bu karara göre her vücut bütünlüğüne saldırı teşkil eden tıbbi müdahale, Alman CK § 223'teki yaralama suçunun maddi unsurlarını oluşturur. Vücuda müdahale oluşturan tıbbi uygulamalar ki, bu zararsız bir enjeksiyon olabileceği gibi, ağır bir ameliyat gibi bir uygulama olabilir, sadece ikinci aşamada hasta tarafından verilen geçerli bir rıza neticesinde hukuka uygun hale gelir ve cezalandırılmayan bir eylem olur. Geçerliliği için hastanın yeterince aydınlatılmış olmasını gerektiren bir rızanın bulunmadığı durumlarda doktor, Alman CK § 223'e göre cezalandırılır. Müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun yapılmış olup olmaması, başarılı bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmemesi ya da başarısızlığın nedeninin hastanın vücut yapısıyla ilgili olması gibi durumların herhangi bir önemi yoktur.

*Binding* ve *Bockelmann*'ın mizahi yaklaşımına göre<sup>26</sup>, doktoru kavgada haine bıçağını çekerek karşısındakini yaralayan bir kişi seviyesine indirgeyen bu değerlendirme, bir doktorun tedavi amaçlı uygulamasına haksızlık anlamına gelir. Hukuk düzeni tarafından korunan değerlerden biri olan vücut bütünlüğünü koruyan Alman CK § 223 hükmü, kendi geleceğini tayin etme hakkını koruyan bir norma dönüşmüştür<sup>27</sup>. Buna karşın doktrinde<sup>28</sup> birçok kere eleştirilen bu görüş aşağıda anlatılacak düşüncelere dayanak teşkil etmektedir. Zira bu görüş öylesine yerleşmiştir ki, ister istemez uygulamada da bu görüş kabul edilmek zorundadır.

## 3. Muhtemel ve Varsayılan Rızanın Hukuka Uygunluğu

İkinci ameliyatın hukuka uygunluğu kabul edildiği zaman, hemen karşımıza dogmatik sınırlar çıkmaktadır<sup>29</sup>. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin görüşüne göre de ikinci ameliyat rızaya dayanılarak yapılmamıştır. Çünkü hastanın, ameliyatın gerekliliği için kendisine anlatılan gerekçeler konusunda aldatılması

<sup>25</sup> RGSt 25, 375.

<sup>26</sup> *Binding*, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, BT, 1. Bd (**Müşterek Alman Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 1. cilt) 2. Bası, 1902, s. 56; *Bockelmann*, *NJW* 1961, 945, 946.

<sup>27</sup> *Rosenau*, in: *Rosenau/Hakeri* (Editörler), *Der medizinische Behandlungsfehler (Tıbbi Uygulama Hatası)*, 2008, s. 215, 216 vd.

<sup>28</sup> *LK- StGB/Lilie*, 11. Bası, 2005, Vor § 223 knr. 3; *Meyer*, *GA* 1998, 425, 426 vd.; *Duttge*, *MedR* 2005, 706, 708 vd.; *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (Lex artis ve Hasta Otonomisi Arasındaki Çatışmada Vücut Dokunulmazlığının İhlali Suçları)*, 2000, s. 439.

<sup>29</sup> *Ayrıntılı bilgi için Mosenheuer*, in: *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları)*, Ankara, 2008, s. 1320, 1321 vd.

söz konusudur ve bu yüzden ikinci ameliyat için gösterilen irade fesada uğramıştır. Bu durumda, gösterilen rızanın bir geçerliliği yoktur<sup>30</sup>. Çünkü hasta, ameliyata onam vermeden önce, kendisine yapılan somut ve geniş kapsamlı bir aydınlatma sayesinde, ancak tıbbi müdahaleye geçerli bir şekilde rıza verebilir ve bu rıza ise hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkının kullanılmasına yönelik bir fiildir.

İkinci ameliyat için bu belirtilen –tabir yerinde ise- normal rızanın dışında muhtemel rıza da gündeme gelmeyecektir. Zira muhtemel rıza, ancak normal rızanın ilk etapta özellikle fiili nedenlerden dolayı alınmadığı durumlarda gündeme gelir<sup>31</sup>. Örneğin bilinci kapalı hastalara yapılan acil tıbbi müdahalelerde olduğu gibi. Muhtemel rıza, fiili rızaya nazaran kıyasla ikincildir, yani fer'i niteliktedir. Örnek olaydaki durumda ise hastanın fiilen rızasının elde edilmesi imkân dâhilindedir.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi bu nedenden dolayı, ikinci operasyonun muhtemel veya fiili rızaya dayanılarak hukuka uygun olduğu görüşünü kabul etmemiştir. Mahkeme, burada varsayılan rızayı dikkate almıştır. Buna göre, örnek olayda bu yüzden doktorun fiili hukuka aykırı değildir. Çünkü hasta, ikinci operasyonun gerçek nedenini bilseydi dahi muhtemelen bu operasyona rıza gösterecekti. Federal Alman Yüksek Mahkemesi fiili (normal) rızayı kabul etmemiş, bunun yerine varsayılan rızayı kabul etmiştir. Çünkü hasta, aldatılmamış olsaydı dahi operasyona onam verecekti<sup>32</sup>. Yüksek Mahkeme, hastanın verdiği karar ile yetersiz aydınlatma arasındaki illiyet bağını ispat edecek yeterli delilin olmadığı görüşündedir.

#### IV. VARSAYILAN RIZA DOKTRİNİ

Varsayılan rıza hakkında tam bir fikir birliği oluşmuş değildir. *Roxin*'in varsayılan rıza kavramını prensipte anlaşılabilir (makul) bir doktrin olarak nitelendirmesine karşın<sup>33</sup>, diğer bazı yazarlar ise bu kurumun varlığına taraftar olduklarını belirtmektedir<sup>34</sup>. Üçüncü bir görüşü savunanlar ise varsayılan rızaya bir karşı duruş sergilemektedir<sup>35</sup>. O halde, sonuç olarak şu sorulara cevap aranmalıdır: Bu hukuk figürü dogmatik olarak nasıl kategorize edilecektir? Ceza

<sup>30</sup> BGH, JZ, 2004, 800.

<sup>31</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT (Ceza Hukuku Özel Hükümler), 2. Bası, 2009, s. 188; Müller-Dietz, JuS 1989, 280, 282.

<sup>32</sup> Aynı yönde BGH NSTZ-RR 2007, 340-341.

<sup>33</sup> Roxin, Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler), 4. Bası, 2006, s. 591.

<sup>34</sup> Weber, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT (Ceza Hukuku Özel Hükümler), 2. Bası, 2009, s. 188.

<sup>35</sup> Örneğin bkz. Gropp, FS Schroeder (Schroeder Armağanı), 2006, s. 197.

hukuku sistematığıne dahil olacak mıdır? Zira uygulama bu sorunun cevabını şu ana kadar doktrine bırakmıştır<sup>36</sup>.

### 1. Nedensellik Bağı

Kısmi olarak, yapılmayan aydınlatma ile mağdurun vücuduna yapılan müdahale arasında nedensellik bağının olmadığı söylenmektedir<sup>37</sup>. Bu saptama doğru bir saptama değildir. Çünkü anılan olayların hiçbirinde tabiat kanunları anlamında bir illiyet bağı söz konusu değildir. Böyle bir bağ fiilen de ispatlanabilir nitelikte değildir<sup>38</sup>. Buradaki mesele uygun illiyet sorunu ve yaralama suçunu düzenleyen madde ile korunan hukuki değer, yani normatif isnad edilebilirlikle ilgilidir. Ayrıca, Federal Yüksek Mahkeme de isnadiyet bağlantısı söz konusu olduğunda nedensellikten söz etmektedir<sup>39</sup>.

### 2. Objektif Isnadiyet

Muhtemelen, nedensellik teriminin arkasında, ceza hukukuna karşı beslenen eski önyargıların, özellikle de fiil ile netice arasındaki nedensellik bağının dışında, neticenin objektif olarak isnat edilebilirliğine yönelik önyargılar saklıdır. Düşünceler "objektif isnadiyet" terimi etrafında şekillenmektedir ve gerçekten de varsayılan rızada isnat edilebilirliğin gelişip şekillendiği görülmektedir. Doktorun aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi, hastanın rıza açıklamasında etki doğurmazsa ve bu nedenle yükümlülük ihlali tipik netice üzerinde etkili olmazsa normatif isnadiyet ilişkisi yoktur<sup>40</sup>. Burada objektif isnadiyet öğretisinin ilkelerinden çıkarılan dogmatik figürler hukuka aykırılık alanına aktarılır. Aydınlatma eksikliği ile rıza açıklaması arasında yükümlülüğe aykırılık bağlantısının bulunmadığı söylenebilir<sup>41</sup>.

Bu görüşler çok takdire şayandır. Hastanın usulüne uygun şekilde aydınlatılması ve geçerli rıza açıklaması halinde de vücut bütünlüğüne aynı müdahale yapılacak idiyse neticenin haksızlığından bahsedilemez.

<sup>36</sup> Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 183.

<sup>37</sup> Ulsenheimer, NStZ 1996, 132, 133; aynı yazar bu fikirden dönmüştür, Arztstrafrecht in der Praxis (**Uygulamada Tıp Ceza Hukuku**), 4. Bası, 2008, knr. 132, dn. 1013.

<sup>38</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 332; karşılaştırınız Kuhlen, JR 2004, 227, 228.

<sup>39</sup> Bu bağlamda, örneğin, BGH, JZ 2004, s. 80.

<sup>40</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; aynı yazar, JZ 2005, 713 vd.; aynı yazar, FS Roxin (**Roxin Armağanı**), 2001, s. 331, 334; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 434 vd.; LK-StGB/Rönnau Vor § 32 knr. 230 vd.; aynı yönde Mitsch, JZ 2005, 279, 283 vd.

<sup>41</sup> Kuhlen, FS Roxin (**Roxin Armağanı**), 2001, s. 331, 337; aynı yazar, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 431, 436; Rönnau, JZ 2004, 801 vd.; karşılaştırınız Eisele, Strafrecht-BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), 2008, knr. 300; Geppert, JK 4/08, StGB §223/4.



Hastanın aydınlatılmasında oluşan eksiklik, tipe uygun neticede, vücut bütünlüğüne zarar verilmesinde ve hakim görüşe göre tasarruf özgürlüğünde gündeme gelmemektedir. Bu nedenle yükümlülük ihlali bakımından illiyet bağı mevcut değildir. Müdahaleyi yapan doktor da sürekli bu bağlantıdan hareket ettiği için buna paralel olarak bir teşebbüs eyleminin varlığı da söz konusu olmaz<sup>42</sup>. Yükümlülükler aykırılığın herhangi bir şekilde etkili olduğu durumlarda, ancak kasten yaralama neticesinin hiç ya da gereği gibi yapılmamış aydınlatma hatasına dayandığı kabul edilebilir. Ancak bu anlatılanlar, eğer hasta gereklerine uygun yapılan bir aydınlatma neticesinde, vücuduna yapılacak tıbbi müdahaleyi reddedecek idiyse<sup>43</sup>, yani daha doğru bir ifadeyle, hasta bir karar çatışması içerisinde bulunacak olsaydı, söz konusu olurdu.

### 3. Hukuka Uygun Alternatif Davranışlar

Hukuka uygun alternatif davranış kavramının da hassaten dikkate alınması düşünülebilir. Çünkü bu konu hakkındaki düşünceler biraz önce dile getirilenlerle büyük ölçüde aynıdır. Alternatif davranışlar tipiklik zemininde objektif isnadiyetle alakalıdır ve burada hukuka uygunluk bağlamında bir çözüm olabilir<sup>44</sup>. Yükümlülüğe uygun alternatif davranışta da bir netice kesine yakın bir ihtimale meydana gelecek idiyse istenmeyen netice objektif olarak kaçınılmazdır<sup>45</sup>. Bu görüş, aynı şekilde izin verilmeyen rizikonun neticede mutlaka gerçekleşmiş olması ilkesi ile gerekçelendirilebilir. Hastaların rıza gösterdiğinin varsayıldığı durumlarda ise neticede izin verilmeyen hiçbir şey gerçekleşmemiştir<sup>46</sup>.

## V. KRİTİK

### 1. Mental İtirazlar

Bu figür her şeyden önce muhakeme hukukuna ilişkin düşüncelerden dolayı kuşku ile karşılaşılır. Eylemin cezalandırılabilirliği, hasta „doğru yapılan aydınlatma sonrasında dahi müdahaleye rıza göstermezdi“ şeklindeki bir yargıya

<sup>42</sup> Teorik olarak teşebbüsün varlığı kurgulanabilir gözükmese de, karşılaştırmamız, LK-StGB/Rönnau, Vor § 32, knr. 230; teşebbüsün cezalandırılabilirliğine ilişkin genel kabulün haklı eleştirisi için, Puppe, JR 2004, s. 470, 471; aynı yönde Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht (**Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza**), Frankfurt am Main 2009, s. 135; kararsız Böcker, JZ 2005, 925, 928; detaylı bilgi için Kuhlen, JR 2004, 227, 229 vd.; Geppert, JK 4/08, StGB § 223/4.

<sup>43</sup> Kuhlen, FS Müller-Dietz (**Müller-Dietz Armağanı**), 2001, s. 432 ve 436.

<sup>44</sup> Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 333; karşılaştırmamız Eisele, Strafrecht- BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), Stuttgart 2008, knr. 300; LK-StGB/Rönnau, 12. Bası, 2006, Vor § 32 knr. 230.

<sup>45</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 38. Bası, 2008, knr. 676.

<sup>46</sup> Schroth, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara 2008, s. 88, 89 (Tartışmalar); eleştiri için Sickor, JR 2008, 179, 180 vd.

(varsayıma) bağlanırsa karşımıza eylem zamanında bu yöndeki iradenin (rıza göstermeme iradesinin) nasıl tespit edilebileceği sorunu çıkmaktadır<sup>47</sup>. Tabii ki bu, varsayılan rızaya özgü bir sorun değildir. Fiilin içe dönük yönleri her zaman problemlere sebep olmaktadır. Bu yüzden uygulama bu sorunun üstesinden „şarta bağlı kast“ kurumu ile gelmek durumundadır. Ancak kastın tespiti objektif durumlardan olaya ilişkin subjektif unsurların çıkarılması anlamına gelir. Bu tespit de hastanın içinde bulunduğu bir karar çatışmasının kabulü veya reddi kadar zordur (veya kolaydır). Özel hukuka ilişkin kazai içtihatlar bu tarz kararların tamamen mümkün olduğunu göstermektedir. Ceza mahkemeleri de net tespitlerde bulunabilmişler<sup>48</sup> ve olayları kapsamlı ve detaylı bir şekilde değerlendirebilmişlerdir<sup>49</sup>. Böylece tıbbi endikasyonu olmayan, ve tıp biliminin gereklerine göre (lege artis) yapılmayan bir estetik ameliyatta, haklı olarak karar çatışması ve bununla birlikte varsayılan rızanın varlığı kabul edilmemiştir<sup>50</sup>.

## 2. Önemli Olmayan Yedek Sebepler

Varsayımsal illi süreçlerin (olayların) dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin itirazlar önemlidir. Aynı şekilde önemli olmayan yedek sebeplerin de rıza esnasında geçerli olması gerektiği iddia edilmektedir. Bu durumda varsayılan rızanın tıp ceza hukuku haricindeki olayları da kapsayabileceği şeklinde tutarsız bir sonuç ortaya çıkmaz mıydı? Bu bağlamda örneğin „mağdurun eyleme daha sonradan rıza göstermesi halinde, hırsızın fiili hukuka uygun hale gelir mi“, şeklinde retorik bir soru akla gelebilir<sup>51</sup>.

Ayrıca *Gropp* isabetli olarak, objektif isnadiyet bağlantısının açıklanması için geliştirilen varsayımsal illiyet rabitasının, nedensellik öğretisinde çok da bilinmedik (alışılmadık) bir konu olmadığına işaret etmektedir<sup>52</sup>. *Conditio sine qua non* çerçevesinde varsayılan nedenler hesaba katılmaz. Ancak ihmali suçlardaki nedensellik bağının tespitinde dahi bu varsayımsal düşünceler olmadan çözüme ulaşılamaz. *Maiwald*'ın isabetli olarak belirttiği gibi, ihmali suçlarda varsayımsal bir nedensellik sözkonusudur<sup>53</sup>. İhmali fiilin neticesi kesine yakın

<sup>47</sup> Puppe, GA 2003, 764, 769; aynı yazar, JR 2004, 470; Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 197, 200; Otto, JURA 2004, 679, 683.

<sup>48</sup> Açıkça yapılan tespitlerden dolayı, bir karar çatışmasının varlığı Federal Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir: BGH NStZ 2004, s. 442.

<sup>49</sup> İspat edilememe durumunun cezadan kurtulma sonucu doğuracağı genel bir kural değildir. Buna karşılık Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 184.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

<sup>51</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7.Bası, 2004, s. 133; aynı yazar JURA 2004, 679, 683.

<sup>52</sup> Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 197, 201.

<sup>53</sup> Maiwald, JuS 1989, 186, 187.

bir olasılıkla gerçekleşecekse netice ile ihmali hareket arasında nedensellik bağı vardır. Burada bizim bahsini ettiğimiz rızaya ilişkin sorunla doğrudan bir paralellik durumu bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223'ten hareketle, doktorun kasten yaralamadan dolayı, başka bir ifadeyle icrai hareketi nedeniyle yargılanması gerekir. Ancak doktora isnat edilen şey aslında, aydınlatmanın hiç ya da kısmen yapılamamış olmasıdır; çünkü doktorun müdahalesi tıp ilminin gereklerine göre (lege artis) ve hatta başarılı bir şekilde yapılmış da olabilir. Doktora kusur olarak isnat edilen şey, onun ihmali hareketidir. Bu meyanda varsayılan yedek sebeplere ilişkin düşüncelerden burada da istifade edilebilir<sup>54</sup>.

Bu söylenenler taksirli cezalandırılabilirliğin gerekçelendirilmesi söz konusu olduğunda da geçerlidir. Yükümlülükler aykırılık doktrininde de fail yükümlülüğe uygun davranmış olsaydı yine neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusuna cevap aranır. Burada doktorun sorumluluğuna ilişkin yapısal paralellik daha belirgindir. Rızanın şüpheli olduğu durumlarda doktor sorumlu olur, zira aydınlatma yeterince kapsamlı yapılmamıştır. Ancak böyle bir durumun ne zaman söz konusu olacağı, sürekli değişkenlik gösteren kazai içtihatlar nedeniyle, tıp hukuku uzmanları için bile açıklığa kavuşmamıştır<sup>55</sup>. Asıl yaralama eylemi kasti olarak gerçekleşmiş olabilir, ancak failin yükümlülükler aykırısı ön hareketi prensip olarak taksirli sorumluluğa tekabül eder (eşdeğerdır). Elbette kabul edilebilir ki, verilen olayda olduğu gibi bu hukuki figür doktorun kasti hareketi ile de ilgili olabilir. Doktor operasyondan önce hastayı aldatmışsa ve geçerli bir rızanın mevcut olmadığını biliyorsa rızanın yokluğu bakımından doktor kasten hareket etmiştir. Bununla birlikte, doktorun – taksirli hareket ettiği müddetçe- hastanın öyle ya da böyle rıza göstereceğini düşünerek, ilk operasyondaki kendi hatasını hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına önemli derecede etki edecek bir aldatma olmaksızın ört bas edebileceği de göz ardı edilemez.

Şu ana kadar hukuka aykırılık bağlamında bir öğretisi oluşmamış olsa bile, varsayımsal gelişimin dikkate alınmasına karşı oluşan şüpheler tatmin edici nitelikte değildir<sup>56</sup>. Ancak cezalandırılabilir haksızlığı temellendiren tipiklikte ve haksızlığı münferit olaylarda ortadan kaldıracı hukuka aykırılıkta yapısal bir eşitlik bulunduğu için tam olarak sübjektif unsurların hukuka uygunluk ze-

<sup>54</sup> Aksi görüş için Gropp, FS Schroeder (Schroeder Armağanı), 2006, s. 194, 202.

<sup>55</sup> Kifmann/Rosenau, in: Möllers (Editör), Standardisierung durch Markt und Recht (Piyasa ve Hukuk Aracılığıyla Standartlaşma), 2008, s. 49, 62.

<sup>56</sup> Gropp, FS Schroeder (Schroeder Armağanı), 2006, s. 194, 203; Ayrıca bu kavram, tam olarak taksirli suçlarda yükümlülükler aykırısı hareket edildiği durumlarda kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Erb, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht (Hukuka Uygun Alternatif Davranışlar ve Ceza Hukukunda Neticenin Öngörülebilirliğine Etkileri) 1991, s. 70 vd.; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben, 27. Bası, 2006, § 15 knr. 156 vd.

minine taşınması gibi, yükümlülüklerle aykırılık bağlamındaki düşüncelerin hukuka uygunluk zeminine taşınması ancak tutarlı bir eylem olur. Varsayılan rıza ile sonuç olarak bir ilerleme durumunu ve haksızlık unsurunun dogmatik yapısında bir olgunlaşmayı gözlemlemekteyiz. Bu duruma benzer veya paralel bir husus şimdiye kadar söz konusu olmamıştır. Bu tür bir argümandan dolayı bugün bile objektif isnadiyet öğretisi<sup>57</sup> mevcut olmazdı ve hiçbirimiz kendini savunma iradesini hukuka uygunluk şartı olarak kabul etmezdik<sup>58</sup>.

### 3. İzin Verilmeyen Risk

Hukuka uygun alternatif davranışlarda şu soru gündeme gelmektedir: Fail eylemi ile, korunan hukuki değere izin verilen ölçüdeki riski artırmış mıdır? Varsayılan rızaya şüphe ile yaklaşanlar, rıza olmadan hareket edenin bu yolla yükümlülüklerle aykırı olarak korunan hukuki değere zarar verdiğini iddia etmektedirler<sup>59</sup>. Aydınlatma eksikliği, izin verilmeyen bir risk olsa da aydınlatma eksikliği hastanın kendi geleceğini belirme hakkıyla ilgilidir. Yoksa Alman CK § 223'te korunan hukuki değerle ilgili değildir. Ancak kendi geleceğini belirleme hakkı karar çatışmasının olmadığı durumlarda ise çok önem arz etmemektedir. Vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin neticesine ne de olsa aslında izin verilmektedir.

## VI. CEZA HUKUKUNDAKİ VARSAYILAN RIZANIN ARKASINDA YATAN NEDEN VE HUKUKA UYGUNLUĞU

### 1. Tıpta Gündelik Yaşantı

Varsayılan rızanın ceza hukuku sisteminde yerini almasına yönelik yapılan tartışmaların hiçbirisinde tıbbi gerçeklikler göz ardı edilmemelidir<sup>60</sup>. Hastaların büyük bir çoğunluğu gerekli aydınlatma yapıldıktan sonra, yapılacak müdahaleye rıza göstermektedir. Olağan tedavilerde ve buna bağlı olarak yapılan müdahalelerde- örneğin enjeksiyonda- hasta gerektiği gibi aydınlatıldıktan sonra tedavi genelde reddedilmediği için sonuç olarak bu gibi durumlarda somut bir aydınlatma fazla bir öneme sahip değildir. Somut bir aydınlatma olmasa bile, bu

<sup>57</sup> Ortaya çıkışı için bkz. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 5. Bası, 1996, s. 284 ve 286.

<sup>58</sup> Bu durum Spindel'i memnun ederdi, karşılaştığımız LK-StGB/Spindel, 11. Bası, 2003, § 32 Rn. 138 vd.; ancak haksızlığın sübjektif unsurlarını kabul etme sonucunu doğuran dogmatik gelişmeleri göz ardı etmek anlamına gelirdi, Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I (**Ceza Hukuku Genel Hükümler I**), 5. Bası, 2004, s. 181.

<sup>59</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7. Bası, 2004, s. 134.

<sup>60</sup> Bilgi için burada kendisini takip ettiğim Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1323.

gibi durumlarda varsayılan rızanın şartları bulunmaktadır. Çünkü gerçek bir aydınlatma bulunsaydı dahi hasta bu müdahaleye rıza gösterecekti. Doktor tecrübelerine dayanarak bu tarz durumları bilmektedir. Bu yüzden tıbbi günlük yaşantıda genellikle bir aydınlatma yapılmamaktadır. Şimdi böyle durumlarda doktorları cezai sorumluluğa tabi tutmak mı gerekir?

Muhtemeldir ki, her zaman yapılan rutin müdahalelerin kapsamında değerlendirilmeyen veya riskli müdahalelerde de uygulamada aydınlatma eksikliği birçok durumda hastanın açıkladığı rızası üzerinde etki doğurmamaktadır. Hastanın müdahaleye rızasında başka faktörler, özellikle doktorun tavsiyesi önemli bir rol oynamaktadır. Hastanın doktora gelmesinin ilk nedeni, kendi geleceğini belirleme hakkını kullanmak için değildir; hasta doktordan kendisiyle ilgilenmesini, kendisine öğüt vermesini ve doktorla kurulan güven ilişkisi çerçevesinde düzenli olarak uyacağı tavsiyelerde bulunmasını beklemektedir.

## 2. Rızanın Görecelendirilmesi

Bu noktada varsayılan rızaya ilkesel bir itiraz gündeme gelir. Varsayılan rızanın sistemli bir şekilde kullanılması aydınlatma eksikliğinin ceza hukuku açısından önemsiz hale gelmesi tehlikesini doğuracaktır<sup>61</sup>. Bir kısım yazar yargı içtihatlarını, keyfi yapılan tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerin cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırdığı gerekçesi ile eleştirmektedir. Başka bir deyişle, varsayılan rızanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağdaşmadığı eleştirisinde bulunmaktadır<sup>62</sup>.

Burada esaslı bir yanılğı kendini göstermektedir. Yaralama suçları ile korunan hukuki değer kendi geleceğini belirleme hakkı değildir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 hukukça korunan değerlerden biri olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığını garanti etmektedir ve kendi geleceğini belirleme hakkını garanti eden bir norm şeklinde yorumlanamaz<sup>63</sup>. Doktor tarafından yapılan tıbbi müdahalelerde ne hasta açısından ne de tedaviyi yapan açısından kendi geleceğini belirme hakkına ilişkin bir husus söz konusudur, bilakis burada terapi ve doktorun verdiği tıbbi destek söz konusudur. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223 vd. ile kişi özerkliğinin de dolaylı korunduğu söylenebilir- kişi özerkliğini koruyan Alman Ceza Kanunu (StGB) § 240 tehdit suçu (bir yıla kadar hapis cezası öngörmektedir) ile karşılaştırıldığında § 223'ün daha ağır bir ceza içerdiği görülür-, fakat bu durum, bu suçla korunan hukuki değer kişi özerkliği olduğu

<sup>61</sup> Schönke/Schröder/Eser, 27. Bası, 2006, § 223 knr. 40e; Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (**Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**), Ankara, 2008, s. 1320, 1324.

<sup>62</sup> Frister, AT (**Genel Hükümler**), 4. Bası, 2009, s. 187; Eisele, Strafrecht-BT I (**Ceza Hukuku Özel Hükümler I**), 2008, knr. 301; Kühnl, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler I**), 6. Bası, 2008, s. 289; Sickor, JA 2008, 11, 15.

<sup>63</sup> Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), Der medizinische Behandlungsfehler (**Tıbbi Uygulama Hatası**), 2008, s. 215, 216 vd.; aynı şekilde Mitsch, JZ 2005, 279, 285.

anlamına gelmez. Bu yüzden tıp sanatının gereklerine uygun olmasına rağmen, sadece eksik bir aydınlatmanın söz konusu olduğu vakalarda, daha fazla bir cezanın verilmesinin haklı bir tarafı yoktur.

Ayrıca kabul edilen bir hukuki kurum olan muhtemel rıza da kendi geleceğini belirleme hakkının cezasızlık için mutlaka dikkate alınması gereken bir şart olmadığını göstermiştir. Çünkü muhtemel rıza büyük ölçüde varsayımsal ve varsayılan rızaya oldukça yakın bir kurumdur, muhtemel rıza her zaman varsayılan rızayı aşan bir durumdur. Muhtemel rızanın gündeme geldiği durumlarda, müdahaleye maruz kalan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını kullanması söz konusu değildir. Trafik kazasından sonra yardım bekleyen kişilerin durumunda olduğu gibi, hastaların rızaya yönelik bir açıklamaları olmaz. Hak sahibinin varsayılan rızasının tespit edilebilmesi normalde mümkündür ve mantıklı herkes bunun tespitine katkı sağlamalıdır<sup>64</sup>. Varsayılan rızaya yönelik ipuçlarının eksik olması halinde ise ortalama ve mantıklı bir hastadan hareket edilerek muhtemel rızanın mevcut olduğu kabul edilir<sup>65</sup>. Bu, büyük ölçüde doktorun paternalist davranması ve hastanın doktorun kararına tabi olması anlamına gelir<sup>66</sup>. Bu sebepten dolayı muhtemel rıza ancak rızanın müdahaleden önce alınmadığı durumlarda savunulabilen bir durum gibi gözükmektedir. Çünkü hastanın rızasının alınmaması (daha önce de söylendiği gibi) muhtemel rızanın bir şartıdır<sup>67</sup>.

Bu yüzden yapılan eleştiri yerinde değildir, bu görüşlerin kabul edilmesi halinde birçok durumda muhtemel rızanın şartları ortadan kalkmış olacaktır<sup>68</sup>. Omurilik vakasında da doktor kendi yaptığı yanlışlık hakkında hastayı aydınlatılabildi. Fakat varsayılan rızada muhtemel rızadan farklı olarak hastanın gerçekte var olmayan rızası tamamen varsayıma dayanan bir rıza ile ikame edilmemektedir. Zira varsayılan rızadan ancak gerçek bir karar çatışmasının olmaması halinde bahsedilebilir. Bu yüzden hastanın tasavvurları ve düşünceleri muhtemel rızadakinden farklı bir şekilde göz önünde bulundurulur. Muhtemel rızadakinden farklı olarak ortalama mantıklı bir hasta ölçütü burada yeterli değildir. Varsayılan rıza kendi geleceğini belirlemeye uyumluluk skalasında fiili ve muhtemel rıza arasında bulunmaktadır<sup>69</sup>. Buna bağlı olarak varsayılan rıza, muhtemel rızanın şartlarını ortadan kaldırmaz. Daha açık söylemek gerekirse

<sup>64</sup> BGHSt 35, 246, 249 vd.

<sup>65</sup> BGHSt 35, 246, 250; Roxin, *Strafrecht AT (Ceza Hukuku Genel Hükümler)*, 4. Bası, 2006, s. 824.

<sup>66</sup> Ötenazi bağlamında isabetli olarak Duttge, FS Schroeder (*Schroeder Armağanı*), 2006, s. 179, 182.

<sup>67</sup> BGHSt 16, 309, 312.

<sup>68</sup> Mosenheuer, in: *Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts (Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları)*, Ankara, 2008, s. 1320, 1324; LK-StGB/Rönnau, 12. Bası, 2006, Vor § 32 knr. 231.

<sup>69</sup> Benzer şekilde Böcker, JZ 2005, 925, 926; Yazara göre, varsayılan rıza hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmez.

varsayılan rıza keyfi tıbbi müdahalelere olanak sağlayan bir kurum değildir. Hastanın müdahaleye onay veren irade beyanı, onun geçerliliği için temel bir şarttır. Sadece, aydınlatma eksikliğinden dolayı irade açıklamasının geçerli rıza olarak değerlendirilmediği durumlar önem arz etmektedir.

### 3. Tıp Hukuku Bağlamı

Bilinçli olarak üretilen çözümsüzlük senaryolarının aslında gerçeği yansıtmayan hayal ürünleri olduğu anlaşılmıştır. Ancak dogmatik fikir ayrılıklarının kolay kolay giderilmesi de beklenilemez. Bu kurumu eleştiren yazarlar görüşlerinde adeta saplanıp kalmışlardır<sup>70</sup>. Varsayılan rızanın içinde yer aldığı işlevsel tıp hukuku bağlamı sürekli göz ardı edilmektedir. Varsayılan rıza, medeni hukuk çerçevesinde özel hukuka ilişkin yargısal içtihatlar tarafından, uçsuz bucaksız bir aydınlatma sorumluluğunu makul bir kapsama kavuşturmak amacıyla geliştirilmiş bir kurumdur<sup>71</sup>.

Özel hukukta şu sıralar aydınlatma hatası, ispatı mümkün olmayan tıbbi müdahale hatalarının şifresi olarak işlev görmektedir. Özel hukuka ilişkin birçok tazminat davasında, doktorun tedavi hatası yerine aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline dayanarak sonuca ulaşılacak istenmektedir. Zira aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat için hastanın tedavi sürecine ilişkin düzgün tutulmuş kayıtlar gerekmektedir. Asıl tıbbi müdahale hatası ya da eski tabiriyle söylemek gerekirse sanat hatasının ispatı mümkün olmadığından ya da çok zor olduğundan, sorumluluk davalarında tamamen ikinci plana düşmektedir<sup>72</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, tam olarak ispatlanamayan fakat şüphe edilen tıbbi müdahale hatasının gerçek sebebi haline dönüşmüştür. Bu da aydınlatma yükümlülüğünü konu ile alakası olmayan faktörler nedeniyle ağırlaştırmaktadır. Yargısal içtihatların tek tip bir aydınlatma kültürüne teslim olduğu konusundaki tespit bizce de haklı bir tespittir<sup>73</sup>. Bu, medeni hukuktaki tazminat fonksiyonu için haklı olabilir. Ancak ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından aydınlatmanın aynı seviyede olmasına gerek yoktur<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Otto, JURA 2004, 679, 683; eleştiri için ayrıca Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 185 vd.; Gropp, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 205 vd.; Jäger, FS Jung (**Jung Armağanı**), 2007, s. 350 vd.; Paeffgen, FS Rudolphi (**Rudolphi Armağanı**), 2004, s. 208 vd.; Puppe, JR 2004, 470 vd.

<sup>71</sup> SSW-StGB/Rosenau, Köln 2009, Vor § 32 knr. 53; burada olduğu gibi Rönnau, JZ 2004, 799, 802; Rigizahn, JR 1996, 72, 74; muhtemelen Duttge, FS Schroeder (**Schroeder Armağanı**), 2006, s. 179, 195.

<sup>72</sup> Tröndle, MDR 1983, 887.

<sup>73</sup> Schreiber, FS 50 Jahre BGH (**Federal Alman Yüksek Mahkemesinin 50. Yılı Armağanı**), 2000, s. 503, 507; ayrıca karşılaştığımız Kifmann/Rosenau, in: Möllers (Editör), Standardisierung durch Markt und Recht (**Piyasa ve Hukuk Aracılığıyla Standartlaşma**), 2008, s. 49, 62.

<sup>74</sup> Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), Der medizinische Behandlungsfehler (**Tıbbi Uygulama Hatası**), 2008, s. 215, 221 vd.; aksi görüş için bkz. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı için ceza hukukunun amacına daha uygun daha makul bir ölçü henüz bulunamadığı<sup>75</sup> ve ceza mahkemele-ri de ilk başta Federal Alman Yüksek Mahkemesi Hukuk Genel Kurulunun çözüm yollarını kararlarında esas aldığı için<sup>76</sup> özel hukukta geliştirilen sınırlama evleviyetle dikkate alınmalıdır. İngiliz hukukunun aksine, ceza hukuku tıbbi müdahalelerde yapılan aydınlatma eksiklikleri için kendine has bir sistem geliştirmedeği müddetçe bu söylenen geçerli olacaktır<sup>77</sup>. Bu meyanda hukuk düzeninin birliği düşüncesi akla gelmektedir. Bu birlik arz eden düzende de tüm hukuk sistemi için geçerli olacak bir hukuka aykırılık kavramı belirlenmelidir<sup>78</sup>. Aynı eylemden dolayı doktorun hukuki sorumluluğu gündeme gelmezken onun cezai sorumluluğu yoluna gidilemez<sup>79</sup>.

Cevaplandırılması gereken başka bir soru ise bu kurumun bütün olarak rıza eksenine taşınıp taşınmayacağıdır. Bu konudaki korkuların yersiz olduğu söylenebilir, zira diğer olay kurgularında varsayılan rıza bariz bir şekilde etkisini göstermeyebilir.

Her şeyden önce bu kurumun tutarlı bir şekilde tıp ceza hukuku alanı dışındaki alanlara teşmil edilemeyeceği ileri sürülebilir. Örneğin hırsızlık suçundan sonra malı çalınan kişinin daha sonra rıza göstermesi gibi<sup>80</sup>. Çünkü burada kavram aydınlatmaya ilişkin yargı kararlarında ele alındığı anlamda kullanılmıyor. Ayrıca açıklandığı üzere, buradaki mesele daha sonra verilen onayla ilgili değil, aksine varsayılan rızanın ex ante tespit edilmesi ile ilgilidir. Hırsızlık örneğimizde ceza hukukuna ilişkin kitaplarda daha sonraki rızaya rağmen eylemin suç olarak kalacağı belirtilmiştir: Dünya üzerinde hiçbir mahkeme bu tarz bir durumda hırsızlıktan dolayı failin mahkumiyetine karar vermezdi. Çünkü daha sonra eyleme verilen onay ile cezalandırma ihtiyacı ortadan kalkacaktır ve bu durumda StPO md. 153 ve 153a'ya göre takipsizlik kararı uygulama alanı bulacaktır.

---

(**Tıp Hukuku**), 6. Bası, 2008, knr. 480; aynı şekilde Geilen, in: Wenzel (Editör), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (Tıp Hukuku Uzmanı Avukatın El Kitabı)*, 2007, s. 353.

<sup>75</sup> Jerouschek, JuS 1999, 746, 749.

<sup>76</sup> Schreiber, FS 50 Jahre BGH (**Federal Alman Yüksek Mahkemesinin 50. Yılı Armağanı**), 2000, s. 503, 513. Son zamanlarda Federal Alman Yüksek Mahkemesi katı tutumunu yumuşatmıştır, BGH MedR 1996, 22 vd.

<sup>77</sup> Fatch-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende (**Yaşayan Kişilerin Organ Bağışında Rıza**), München, 2008, s. 215; Rosenau, in: Rosenau/Hakeri (Editörler), *Der medizinische Behandlungsfehler (Tıbbi Uygulama Hatası)*, 2008, s. 215, 223.

<sup>78</sup> HK-GS-Duttge, 2008, Vor §§ 32. vd., knr. 4; BGHSt 11, 241, 244; OLG Köln NStZ 1986, 225, 226.

<sup>79</sup> Sternberg-Lieben, StV 2008, 192 vd.

<sup>80</sup> Karşılaştığımız Otto, Grundkurs Strafrecht AT (**Temel Ceza Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler**), 7. Bası, 2004, s. 133; aynı yazar, JURA 2004, 679, 683; Eisele, JA 2005, 252, 254; Sickor, JA 2008, 11, 16.



Varsayılan rızanın tıp hukukunun haricindeki alanlarda da gerçekten mevcut olduğu öngörüsü mantıklı durmaktadır. Varsayılan rıza tıp hukuku harici alanlarda şimdiye kadar göze çarpmamıştır ve gelecekte de muhtemelen karşımıza çıkmayacaktır. Bu durumun nedeni ise, tıbbi bir müdahaleye geçerli şekilde rıza vermek için (sadece tıp hukukunda) yukarıda bahsettiğimiz üzere ağır ve hatta bazen de abartılmış çok ağır koşullar aranmaktadır. Bu ağır koşullar rızada önce yapılması gereken aydınlatmaya yöneliktir ve hukukça korunan değer anlam ve önemi ile planlanan tıbbi müdahalenin ağırlığını idrak etmeye ilişkindir<sup>81</sup>. Sadece bundan sonra bir idrak eksikliğinin etki doğurup doğurmayacağı sorusu gündeme gelir. Diğer alanlarda bugün muhtemelen hukukça korunan değerlere ilişkin bir yanılmayı kabul etmeyeceğiz ve tıp hukukunda varsayılan rıza olarak adlandırdığımız kurumu, aldatma olayları hariç olmak üzere hukuka uygunluk etkisi doğuran, olağan ve geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edeceğiz<sup>82</sup>. Böylece çocukların oyun yüzünden yapmış oldukları kavgadaki eylemlerin, çok az ve fakat spesifik bir hayati tehlike içermelerine rağmen,<sup>83</sup> Alman Ceza Kanunu (StGB) § 223'teki suçu oluşturmadığını söylemeyi isteyeceğiz<sup>84</sup>. Doktorun müdahalesindeki böyle bir riziko ise aydınlatma yükümlülüğü kapsamına girerdi<sup>85</sup>.

## VII. SONUÇ

Tüm bu söylenenlerden de anlaşıldığı gibi, varsayılan rıza kavramı dogmatik nedenlerden dolayı terk edilmelidir şeklindeki görüş yanlıştır<sup>86</sup>. Federal Alman Yüksek Mahkemesinin bu görüşü reddeden içtihadı yerindedir ve ikna edicidir.

<sup>81</sup> Hakim görüşe göre rızada şartlar bu şekildedir, örneğin bkz. Kühl, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 6. Bası, 2008, s. 282. Korunan hukuki değer değil de değerler tartımları olarak düzenleme için bkz. Amelung, ZStW 109 (1997), 489, 516.

<sup>82</sup> Son tartışma konusu için karşılaştığımız Kindhäuser, LPK-StGB, 3. Bası, 2006, Vor § 13 knr. 183; Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 26. Bası, 2006, Vorbem. §§ 32 vd. knr. 47.

<sup>83</sup> Federal Alman Yüksek Mahkemesinin kararına konu olay ile karşılaştığımız. BGHSt 4, 88.

<sup>84</sup> Örnek için bkz. Roxin, Strafrecht AT (**Ceza Hukuku Genel Hükümler**), 4. Bası, 2006, s. 577.

<sup>85</sup> Karşılaştığımız BGHZ 126, 386, 389.

<sup>86</sup> Farklı görüş için bkz. Frister, AT (**Genel Hükümler**), 4. Bası, 2009, s. 187.

