T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

CEZA HUKUKUNDA HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİ ÇERÇEVESİNDE İŞLENEN TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU

Nebahat KAYAER

Danışman
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İZMİR - 2012

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2006800492

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı ve Soyadı : Nebahat KAYAER

Tez Başlığı : Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu

Savunma Tarihi : 12.11.2012

Danışmanı : Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU	İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.M.Beşir ACABEY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Erdem ÖZKARA	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ali Timur DEMİRBAŞ	İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (✓)
Oy Çokluğu ( )

Nebahat KAYAER tarafından hazırlanmış ve sunulmuş **"Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu"**başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum **"Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu"** adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

……/…/2012

Nebahat KAYAER

ÖZET

Doktora Tezi

Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu

Nebahat KAYAER

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Kişi, sağlığında çeşitli nedenlerden kaynaklanan bozulmalar meydana geldiğinde, genellikle ilk iş olarak hastalığın tedavisi için bir hekime başvurur. Hekim, hastalığın tanısını koyduktan sonra, gerçekleştirilmesi gereken tedavi yöntemini belirleyerek, hastaya tıbbi müdahalede bulunur. Hastaya uygulanacak tıbbi müdahaleler, hastalığın türüne göre çok basit bir ilaç tedavisi olabileceği gibi çok karışık bir cerrahi bir müdahale olabilir.

Tıbbi müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi bir amaca dayalı olsa da, esasında kişilik haklarına sahip bir varlık olan insanın vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Kural olarak, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlali sayılır. Ancak tıbbi müdahaleler, bazı koşulların varlığına bağlı olarak hukuka uygun sayılmaktadırlar.

Uğraşı alanı, Anayasalarda üstün bir değer olarak korunan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü olan hekimlik mesleği, tüm dünyada saygı duyulan mesleklerin başında gelmesini yanı sıra ciddi sorumluluk ve riskler taşıyan bir meslektir. Bu durum, hekimleri hukuka aykırı olarak verdikleri zarardan sorumlu olmalarını engellemeyecektir. Hekim, bu mesleği gereği gibi yerine getirebilmek için tıbbi yeterliğinin yanı sıra, tıbbi müdahaleleri hukuksal açıdan eksiksiz ve hatasız yapması gerekir. Hekim, mesleği gereği kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunmaktadır. Hekim tarafından gerçekleştirilen bu müdahaleler, bazen tam aksi yönde sonuçlara yol açabilmektedir. Hekim, hatalı

davranışlarıyla hastanın durumunun ağırlaşarak ölmesine dahi yol açabilmektedir. Hekimlik mesleğinin çalışma alanı insan vücudu olduğundan hekim, olumsuz sonuçları önlemek bakımından, hastaya tıbbi müdahalede bulunurken azami ölçüde dikkatli ve özenli hareket etmekle yükümlüdür. Hekime yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması unsuru, taksirden doğan cezai sorumluluğunun temelini oluşturur.

Anahtar Sözcükler: Hekim, Tıbbi müdahale, taksirli sorumluluk, adam öldürme.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy (PhD)

Crime of Negligence Manslaughter Arising from the Phiysicien's Medical Intervention in Criminal Law

Nebahat KAYAER

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Public Law Program

When a person's health deteriorates for a variety of reasons, he/she usually starts with consulting a physician for treatment of the disease. After establishing diagnosis of the disease, the physician performs a medical intervention on the patient by setting the treatment method to be put into practice. Medical interventions to be performed on the patient, depending on the type of disease, may be represented by an easy-to-apply drug therapy in some cases while in some other cases it may be a quite complex surgical intervention.

Even though medical intervention is aimed at protecting and maintaining the health, it fundamentally goes towards the physical integrity of human being, who is an entity having personal rights. As a rule, all kinds of interventions going towards human health and physical integrity are deemed to be an unlawful breach of personal rights. However, medical interventions are considered as lawful acts subject to the existence of certain conditions.

The profession of a physician, whose field of occupation consists of ensuring the integrity of life, health and body, which is conserved in constitutions as a superior value, is the leading well-respected profession all over the world; on the other hand, it is a profession bearing tremendous responsibilities and risks. This does not excuse physicians from being responsible for their unlawful acts leading to damages. The physician should not only have a medical competence so that he/she can perform this profession

properly but also carry out the medical interventions perfectly and faultlessly in legal terms. The physician, by nature of his/her profession, intervenes in the physical integrity of a person. Being carried out by the physician, these interventions may sometimes lead to such results that are exact opposite of those expected. The physician may give rise to homicide by getting the patient's medical status more serious due to his/her negligent acts. Since field of occupation of the profession of a physician is human body, the physician is liable to act as observantly and meticulously as possible while performing medical intervention on the patient with a view to preventing possible adverse outcomes. The fact that the liability to act observantly and meticulously, as burdened on the physician, has not been fulfilled underlies any criminal liability arising from negligence.

Keywords: Physician, Medical Intervention, Negligence Liability, Homicide.

CEZA HUKUKUNDA HEKİMİN TIBBİ MÜDAHALESİ ÇERÇEVESİNDE İŞLENEN TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER viii
KISALTMALAR xviii

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

I. TANIM 6
II. TIBBİ MÜDAHALE ve KİŞİLİK HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ (TIBBİ MÜDAHALE ile İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ) 9
A. Genel Olarak Kişilik Hakkının Tıbbi Müdahale İçerisindeki Konumu 9
B. Tıbbi Müdahale ile İhlal Edilen Kişilik Hakkı 10
III. TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI 17
A. Genel Olarak 17
B. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulamasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler 18
1. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler 18
2. Yeni (Modern) Tıbbi Müdahaleler 18
a. Tedaviye Yönelik Araştırma Yöntemleri (Deneme) 19
b. Deneysel Araştırmalar (Tıbbi Deney) 23
C. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler 29
1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler 29
a. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler 30

b. Dolaylı Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler 30
c. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler 30
aa. Estetik Müdahaleler 31
bb. Elektif Olarak Gebeliğin Sona Erdirilmesi 33
d. Doku ve Organ Nakilleri 34
aa. Canlı Vericiden Organ Nakilleri 36
bb. Ölü Vericiden Organ Nakilleri 39
e. Cinsel Faaliyete İlişkin Müdahaleler 42
aa. Kastrasyon (Hadım Etme) 42
bb. Sterilizasyon (Kısırlaştırma) 46
cc. Gebeliğin Tıbben Sona Erdirilmesi 48
dd. Cinsiyet Değişikliği 51
ee. Yapay Döllenme (Suni İlhak) 57
ff. Embriyo Aktarması (In Vitro Fertilizasyon) 60
f. İlaç Tedavileri 63
g. Yapay Maddelerle Yapılan Tedaviler 66
2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler 66
IV. TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI 67
A. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi 67
1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi 68
a. Hekim Kavramı 68
b. Hekimlik Mesleğinin Şartları 72
aa. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak 73
bb. Türk Tabipler Birliğine Kaydolmak 75
cc. Hekimlik Mesleğinin İcrasında Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması 76
aaa. Geçici Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi 77
bbb. Sürekli Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi 77

2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışında Kalan Diğer Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi 78
a. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Görevlileri Tarafından Gerçekleştirilmesi 78
b. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Çalışanları Dışındaki Diğer Kimselerce Gerçekleştirilmesi 81
3. Yetkisiz Tıbbi Müdahalenin Sonuçları 82
B. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörülmüş Amaçlara Yönelik Olması 84
1. Tanı 84
2. Tedavi (Hastalığı Hafifletmek ve Acıyı Dindirmek) 85
3. Hastalıktan Korunmak 85
4. Nüfus Planlaması 86
C. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması 86
D. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi 97

İKİNCİ BÖLÜM
SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN MADDİ UNSURLARI

I. SUÇUN HUKUKİ KONUSU 99
II. FAİL – MAĞDUR 99
A. Suçun Faili 99
B. Suçun Mağduru 99
III. EYLEM 103
A. Hareket 103
B. Netice 105
1. Genel Olarak 105
2. Türk Hukukunda Ölüm Kavramı 106
C. Nedensellik Bağı 108
1. Genel Olarak Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif Yüklenebilirliği (İsnad Edilebilirliği) 108

a. Genel Olarak 108
b. Nedensellik Bağlantısı Hakkındaki Teoriler 110
c. Objektif İsnadiyet Teorisi 111
2. Nedensellik Bağlantısı Konusunda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar 113
a. Üçüncü Kişinin Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi 113
b. Mağdurun Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi 116
3. Hekimin Hatalı Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Öldürme Suçunda Nedensellik Bağının Tespiti 121
a. Genel Olarak 121
b. Hatalı Tıbbi Müdahale ile Ölüm Neticesi Arasındaki Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu 125
aa. Ekip ile Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahalelerde Sorumluluğun Tespiti Sorunu (Tıbbi Müdahalelerde İşbirliği) 126
bb. Ekip Üyelerinin Yetki Alanı ve Sınırlarının Belirlenmesi Problemi Yatay ve Dikey İşbölümü) 126
cc. Koordinasyon ve İletişim Problemleri 130
dd. Güven İlkesine Ait Problemler 131
ee. Konsültan-Müdavi Hekim İlişkisine Ait Problemler 134
c. Hatalı Tıbbi Müdahalede Mağdurun Nedensellik Bağına Etkisi 138
4. İsnad Edilebilirlik Kriterini Ortadan Kaldıran Neden Olarak İzin Verilen Risk 139
IV. SUÇA ETKİ EDEN HALLER (SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ) 145
A. Cezayı Ağırlaştıran Hal 145
1. Bilinçli Taksir 145
a. Genel Olarak 145
b. Bilinçli Taksir Olası Kast Ayrımı 147
c. Tıbbi Müdahale ile Bilinçli Taksir ve Olası Kast İlişkisi 150
2. Birden Fazla Kişinin Ölümüne Sebebiyet Verilmesi 150
B. Cezayı Hafifleten Hal 151
C. Suçun Nitelikli Hallerinin Cezaya Etkisi 151

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

I. GENEL OLARAK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK 152
II. HAKKIN İCRASI 153
III. İLGİLİNİN (HASTANIN) RIZASI 156
A. Genel Olarak 156
B. Aydınlatılmış Onam Kavramı 162
C. Aydınlatılmış Onamın Hukuksal Dayanakları 163
1. Türk Hukukunda Aydınlatılmış Onam 163
2. Uluslararası Platformda Aydınlatılmış Onam 165
D. Aydınlatılmış Onamın İşlevi 166
E. Aydınlatılmış Onamın Önemi 169
F. Aydınlatılmış Onamın Konusu 170
1. Tanı Konusunda Aydınlatma 171
2. Tedavi ve Tedavi Süreci Konusunda Aydınlatma 172
3. Müdahalenin Tehlikeleri Hakkında Aydınlatma (Riziko Aydınlatması) 173
4. Müdahalenin Sonuçları Hakkında Aydınlatma 175
5. Müdahaleye İlişkin Diğer Özel Aydınlatma Türleri 175
6. Otonomi Aydınlatması 176
G. Aydınlatılmış Onamın Kapsamı 176
H. Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları) 182
1. Zorunluluk Durumları 183
2. Kamu Sağlığının Korunması (Üstün Kamu Yararı) 184
3. Hastanın İstememesi 185
4. Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması ya da Daha Önceden Aydınlatılmış Olması 185
5. Aydınlatılmış Onamın Hasta İçin Önemini Kaybetmiş Olması (Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Aydınlatılmış Onamın Alınmaması) 186
6. Tıbbi Müdahaledeki Tehlike Olasılığının Ender Olarak Gerçekleşmesi 187

7. Aydınlatılmış Onamın Terapötik İstisnaları (Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması) 187
8. Kanuni Temsilcinin Kötü Niyetle Tıbbi Müdahaleye İzin Vermemesi 190
9. Hastanın Varsayımsal Rızası 190
İ. Aydınlatılmış Onamın Yerine Getirilmesi 191
1. Aydınlatma Yükümlüsü 192
2. Aydınlatılacak Kişi (Rızaya Ehliyet) 193
a. Genel Olarak 193
b. Küçüklerden Aydınlatılmış Onam Alma 195
c. Kısıtlılardan Aydınlatılmış Onam Alma 201
3. Aydınlatmanın Zamanı 201
4. Aydınlatmanın Şekli 203
5. Aydınlatılmış Onamın Geri Alınması 207
6. Aydınlatılmış Onamda İrade Sakatlığı 208
J. Aydınlatılmış Onamın İhlalinden Doğan Sonuçlar 209
1. İhlalden Sorumlu Kişi 209
2. İhlalden Doğan Sorumluluğun Kapsamı 210
3. İhlalin İspatı 210
4. Sorumluluktan Kurtuluş 213
K. Aydınlatılmış Onam Konusunda Yanılgı 214
IV. HAKKIN İCRASI, İLGİLİNİN RIZASI ve TIBBİ HATA İLİŞKİSİ 214

BEŞİNCİ BÖLÜM
SUÇUN MANEVİ UNSURU

I. TAKSİR KAVRAMI 217
A. Taksir ve Mesleki Taksir Tanımı 217
1. Taksir 217
2. Mesleki Taksir 218
B. Taksirin Benzer Kavramlardan Ayırımı 221
C. Taksirli Suçun Önemi 222
D. Taksirli Suçların Yapısal Özelliği ve Taksirin Çifte Fonksiyonu Görüşü 224

E. Taksirin Hukuki Esası 225
1. Etkin Sebep Teorisi 226
2. Yanılma Teorisi 227
3. Öngörebilme Teorisi 228
4. Öngörebilme ve Önleyebilme Teorisi 230
F. Taksirin Türleri 231
G. Taksirden Doğan Sorumluluğun Unsurları 232
1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması 233
2. Hareketin İradiliği 234
a. Tıbbi Hata Tanımı 237
b. Tıbbi Hata Türleri 244
aa. Tanı Hataları 245
bb. Tedavi Hataları 250
aaa. Müdahalenin Yapılmaması veya Müdahaleyi Zamanında Yapmama 251
bbb. Tanıya Yönelik Gerekli Tetkiklerin İstenmemesi 253
ccc. Yetersiz Muayene ve Hastalık Öyküsü Alınması 254
ddd. Yanlış Tedavi Yöntemi Seçme 256
eee. Ölçüsüz veya Hatalı Tıbbi Müdahalede Bulunma 259
fff. Tıbbi Müdahale Sırasında Vücutta Yabancı Madde Unutulması 260
ggg. İlaç Hataları 261
hhh. Tedavi Sonrası Danışma- Tavsiye- Kontrol- Gözetim Hataları (Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali) 266
iii. Komplikasyon Hataları 268
jjj. Teknik Aletlerin Hatalı Kullanılması 269
kkk. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması 270
lll. Hatalı Sevk ve Uzmana Danışılmama 271
mmm. Hastaların Karıştırılması 272
nnn. Yanlış Tarafa Cerrahi Müdahale 272
cc. Organizasyon Hataları 273
dd. Üstlenme Kusuru 283
ee. Tıbbi Hatayı Bildirme Yükümlülüğünün İhlali 284

ff. Aydınlatma Hataları 248
3. Neticenin İstenmemesi (Neticenin İradi Olmaması) 284
4. Neticenin Öngörülebilir Olması (Tahmin Edilebilmesi) 287
5. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması 291
6. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi 292
a. Genel Olarak 292
b. Dikkat ve Özen Ödevinin Kaynakları 294
aa. Tedbirsizlik 296
bb. Dikkatsizlik 298
cc. Meslek ve Sanatta Acemilik 303
dd. Düzenlemelere, Emir ve Talimatlara Aykırılık 305
c. Dikkat ve Özen Ödevinin Yerine Getirilmesi Olanağının Varlığı 308
II. TAKSİRİ ORTADAN KALDIRAN ZORUNLULUK HALİ 310
A. Genel Olarak Zorunluluk Hali 310
1. Tanım 310
2. Hukuki Esası 312
3. Zorunluluk Halinin Koşulları 317
a. Tehlikeye İlişkin Koşullar 317
b. Korunmaya İlişkin Koşullar 320
B. Tıbbi Müdahale Sırasında Meydana Gelebilecek Zorunluluk Halleri 323
1. Genel Olarak 323
2. Tıbbi Zorunluluk Halleri 323
3. Kanunda Yazılı Haller 325
4. Acil Durumlar 326
5. Rıza Dışı Haller 327
a. Varsayılan Rıza 327
b. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi 330
c. Kamu Sağlığının Korunması 335
d. Hastanın Tedaviyi Reddetmesi 336
e. Açlık Grevlerinde Yapılan Zorunlu Müdahaleler 342
f. Rıza Dışı Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Sorumluluğu 356
6. Hekimin Hastasını Aydınlatamadığı Durumlar 358

7. Görevlerin Çatışması 358
8. Ekonomik Nedenler 360
III. TAKSİRİ ORTADAN KALDIRAN veya AZALTAN HATA HALİ 360
A. Suçun Maddi Unsurlarında Hata (Kastı Kaldıran Hata) 361
B. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata 363
C. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata 363
D. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Hata 366
E. Haksızlık Bilinci (Yasaklılık Yanılması) 366

ALTINCI BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. TEŞEBBÜS 369
II. İŞTİRAK 396
III. İÇTİMA 370
A. Genel Olarak 370
B. Hekimin Hatalı Müdahalesinden Doğan Adam Öldürme Suçunda İçtima 372

YEDİNCİ BÖLÜM

YAPTIRIM VE MUHAKEME

I. YAPTIRIM 376
A. Genel Olarak Ceza Hukukunda Yer Alan Yaptırım Türleri 376
B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi 378
1. Genel Olarak 378
2. Taksirle Öldürme Suçunda Cezanın Belirlenmesi 380
3. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Varlığı Halinde Cezanın Belirlenmesi 381
4. Nitelikli Hallerin Varlığı Halinde Cezanın Belirlenmesi 383
C. Taksirle Öldürme Suçunda Yaptırım 385
D. Hekim Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar 388
E. Zamanaşımı 392
II. MUHAKEME 396
A. Tıbbi Hatanın Tespiti ve İspatı 396

1. Genel Olarak 396
2. Tıbbi Davalarda Bilirkişilik 402
3. Tıbbi Hatalarda Başvurulan Bilirkişilik Kurumları 405
4. Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Sorunlar 409
B. Muhakemeye İlişkin Kurallar 404

SONUÇ 418
KAYNAKÇA 423

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYİM	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
BK	Borçlar Kanunu
bkz	Bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
Dpn	Dipnot
E	Esas
EMK	Eski Medeni Kanun
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HHK	Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	Hasta Hakları Yönetmeliği
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Md	madde
MK	Medeni Kanun
NPHK	Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
RG	Resmi Gazete
S	Sayı
s	sayfa

s. k.	Sayılı kanun
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TDKS	Türk Dil Kurumu Sözlüğü
TŞSTDK	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTBK	Türk Tabipler Birliği Kanunu
TUT	Tıpta Uzmanlık Tüzüğü
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi
vd.	ve devamı
vs	ve saire
Y	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YSŞ	Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

Günümüzde, tıp biliminin hızlı bir gelişim göstermesi karşısında özellikle insan üzerinde gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahalelerin boyutlarının ve türlerinin çoğalması, bir takım yeni hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Yaşam, sağlık ve vücut tamlığı ve onunla ilintili haklar, her insanın insan olmasıyla sahip olduğu, vazgeçilemez, devredilemez haklardandır. Söz konusu haklar, batının liberal, özgürlükçü ve sosyal devlet ilkelerine bağlı anayasalar başta olmak üzere ulusal ve uluslararası belgelerle koruma altına alınmıştır. Söz konusu haklar, 1982 Anayasası'nın 17. ve 56. maddelerinde [1] güvence altına alınmış durumdadır. Bu haklara verilen önem gereği bu haklara yönelik müdahaleler, kural olarak yasaklanmıştır. Ancak belirli koşulların oluşması halinde bu tür müdahalelerin yapılmasına izin verilmiştir.

Hekimin kişilerin bozulan sağlığını eski haline getirmek için yaptığı tüm uğraşılar etik, ahlak ve hukuki açıdan tıbbi müdahale olarak isimlendirilir. Tıbbi müdahale niteliği taşıyan fiiller, kanuni düzenlemelerde yerini almış meşru faaliyetlerdir. Az önce ifade ettiğimiz gibi, bu faaliyetler, belirli koşullar altında yapılabilmektedir. Tıbbi müdahale, sağlığı korumak ve sürdürmek gibi bir amaca dayalı olsa da, esasında kişilik sahibi bir varlık olan insanın vücut bütünlüğüne yönelmektedir. Kural olarak, insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlali sayılır. Hekimler tarafından yapılan tıbbi müdahaleler, bazı koşulların varlığına bağlı olarak hukuka uygun sayılabilirler. Bunlar müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olması, hastanın müdahaleye rıza göstermesi ve hastanın bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, tanı ve tedaviye yönelik olarak yapılabilecek tıbbi müdahaleler için hasta onayının alınmasıdır.

---

[1] AY Md. 17: "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*"
AY Md. 56:"*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.*"

Hekimler mesleklerini icra ederken hastanın vücut bütünlüğü üzerinde etkili fiillerde bulunmaktadırlar. Hastanın eski sağlığına kavuşması, hastalıkların önlenmesi amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler sırasında, sonrasında bazı olumsuz durumlar ortaya çıkabilmektedir. Meydana gelen bu olumsuz sonuçlardan dolayı hekimin cezai, tazminat ve disiplin sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Meydana gelebilecek tüm olumsuz koşullara rağmen çok eski çağlardan beri sağlığını yitiren kişilere karşı tıbbi müdahalede bulunmaya izin verilmiş ve tarihin her döneminde tıbbi müdahalede bulunacak kişiler yetiştirilmiştir. Yine tarihin ilk dönemlerinden bu yana sağlıkla ilgilen kişilerin hastaya verdikleri zarardan sorumlulukları doğmuştur. Hamurabi Kanunları hekimin hatalı tutumuna yaptırımlar getirmişti. Mısırda yazılı tıp kurallarına uymak sonuç ne olursa olsun sorumluluğu ortadan kaldırmaktaydı. Hekimin modern anlamda sorumluluğu Hypocrate ile birlikte Antik Yunan'da başladı. Bu dönemde ihmal ve tedbirsiz davranışlara yaptırım uygulanmıştır. Roma hukukunda tıbbi müdahaleden sorumluluk daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Hıristiyan hukuk sisteminde hekimlerin görevi hastaları dikkat ve özveriyle tedavi etmek olduğu kabul edilmiş, bilgisizlik ve ihmalden dolayı hekimi sorumlu tutulmuştur[2].

Türk Ceza Kanunu'nda suçlar, kural olarak, kasten işlenir. Taksirli sorumluluk, istisnai bir sorumluluk olup ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. Taksirle öldürme suçu, insan yaşamını koruyan suçlardan olup Türk Ceza Kanunun "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan "Hayata Karşı Suçlar" başlığı altında kanunun 85. maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda taksirle ölüme sebebiyet verme suçu, kusurluluk türünün farklı olması ve koruma altına alıp yaptırım uyguladığı hakkın kutsallığı nedeniyle kasten öldürme ve yaralama suçlarından bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. Ceza kanunumuz nispeten daha ağır ve toplum için zararlı sonuçlar doğurabilecek hareketleri yapan veya meslekleri yürüten kişileri daha basiretli, daha dikkatli hareket etmelerini sağlamak için önemli gördüğü bu gibi durumlarda taksirin varlığını kabul etmiştir[3]. Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan taksirle öldürme suçu ile

---

2 Niyazi Öktem, "Tıp, Etik ve Hukuk Üstüne", **Yiğit Okur'a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990 Ankara, s. 305 vd.

3 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara 2007, s. 317.

korunan değerin önemi nedeniyle bu suç taksirle işlendiğinde de suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmıştır.

Tıbbi müdahalelerin neden olduğu ceza sorumluluğunun temeli tıbbi hatalardır. Tıbbi hatalar, tıp öğretisinde ve uygulamasında malpraktis olarak adlandırılmaktadır. Hekimlerin hasta ile karşılaştığı andan itibaren hangi hareketi yapması ya da yapmaması durumunda, hukuka uygun ya da aykırı davranmış sayılacağının tespiti çok önemlidir. Bugün için uygulamada tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi, tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir. Tıbbi hatalar, her türlü müdahalede müdahalenin herhangi bir aşamasında çok farklı boyutlarda meydana gelebilir.

Her tıbbi hatanın ceza sorumluluğunu getirmeyeceğini belirtmek gerekecektir. Öncelikle değerlendirilmesi gerekli husus, taksirli davranışın bir suç tipini ihlal edip etmemesidir. Hekimin sorumluluğu alanında, hukuken bir denge kurmak var olan sorunların çözümüne yardım edecektir.

Hekimin taksirli eylemi sonucu hasta ölebilir veya bir takım olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalabilir. Hastanın ölümü durumunda taksirle öldürme vardır. Bu durumda, hekim trafik kazasında istemeden bir kimseye çarpıp da ölümüne sebebiyet veren veya fabrikada çalışırken yanlış bir düğmeye basarak bir arkadaşının ölümüne neden olan kimse gibi cezalandırılır. Burada anlatmak istediğim husus, hekimler açısından ayrı bir yasal düzenleme yoktur. Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak başkasının ölümüne neden olan herkes ayın hükme tabidir ve bu hüküm Türk Ceza Kanunu'nun 85. maddesi hükmüdür. Buna göre, "taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Ancak fiil birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK 85/2).

Bir yandan hastayı hekimin özen eksikliğine karşı korumak gerekirken diğer yandan hekime yazgının sorumluluğunu taşıtmamak yeni çözümlerin araştırılmasını, daha etkili ancak rizikosunun daha fazla olan tedavi yöntemlerinin geliştirilmesini engellememek gerekir. Hastaları daha etkin bir biçimde koruyacak bir sorumluluk sistemi, hekimlerin mesleği yürütmedeki cesaretini kırabilir. Sorumluluğun katı

kurallara bağlanması hekimi çekingenliğe ve yalnızca kolay vakaların çözümlerini uygulamaya yöneltebilir. Daha ötesi hekimlik mesleğinin normal yürütümünü engeller ve çekinik hekimlik uygulaması gündeme gelir.

Hekimin tıbbi hatalardan kaynaklanan sorumluluğu çoğunlukla taksir sorumluluğudur. Ceza hukukunda suçun manevi unsuru, başka ifadeyle kusurluluk yönü itibarıyla iki türlü sorumluluk söz konusu olabilir: Kast ve taksir sorumluluğu. Hekimin tıbbi hatalarında ise kastı değil, taksirinden bahsedilir. Başka anlatımla, hekim, hekim olmaktan kaynaklanan özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve bu suretle istemese bile bir neticeye sebebiyet vermişse taksir vardır. Taksir, dikkatsizlik, tedbirsizlik, kurallara riayetsizlik veya acemilikten kaynaklanabilir.

Tıbbi müdahale sırasında ve sonrasında oluşan ölüm halinde, hekimin ne sebeple ve ne şekilde sorumlu olduğu konusu çok önemlidir. Uygulamada tıbbi müdahalelerin büyük bir ekiple yapılıyor olma zorunluluğu, hekimin sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde büyük sorunların yaşanmasına sebep olabilmektedir. Hekimin cezai sorumluluğunun anlaşılabilmesi, belirlenebilmesi tıbbi müdahale fiillerinin suç oluşturması için gerekli unsurların bilinmesi ile mümkündür.

Yukarıda ana hatları ile ifade etmeye çalıştığımız "Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu" isimli tez çalışmamız yedi paragraftan oluşmaktadır. Tezin ilk paragrafında tez konumuzun esasını oluşturan adam öldürme suçunun hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelmesi sebebiyle tıbbi müdahale kavramını detaylı bir şekilde incelemek zorunluluğu doğmuştur. Tezin ikinci paragrafında suçla korunan hukuki yarardan bahsedilmiştir. Üçüncü paragrafta suçun maddi unsurları ele alınmış ve bu paragrafta suçun hukuki konusu, fail - mağdur kavramları ile nedensellik bağından detaylıca bahsedilmiştir. Dördüncü paragrafta hukuka uygunluk nedenlerinin tıbbi müdahaleden doğan taksirle öldürme suçu bakımından incelenmiş ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları, aydınlatılmış onam ile tıbbi müdahale fiillerinin suç olmasını engelleyen hallerden detaylıca bahsedilmiştir. Tezin beşinci paragrafında suçun manevi unsuru olan taksir kavramından bahsedilmiştir. Yine bu bölümde tıbbi hata kavramı ve çeşitleri detaylıca irdelenmiştir. Tezin altıncı paragrafında suçun özel görünüş şekilleri ve son paragrafında bu suça ilişkin yaptırım ve muhakeme kuralları üzerinde durulmuş ve uygulamadaki problemlerden

bahsedilmiştir. Konunun somutlaştırılması amacıyla ceza hukuku öğretisinde yer alan görüşler ve Yargıtay ve mahkeme kararları ile bilirkişilik kurumlarına ait raporlara yer verilmiş, uygulamada yaşanan somut olaylardan örnekler sunulmuştur. Tezin sonuç bölümünde çalışmamıza ait sonuçlardan bahsedilmiş ve uygulamada yaşanan problemlere ilişkin önerilerde bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM
TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

I. TANIM

Kişilerin yaşamları süresince sağlıklarında fiziksel ve ruhsal olarak bazı bozukluklar meydana gelebilir. Böyle durumlarda kişiler hemen bir sağlık kuruluşuna başvurup söz konusu bozuklukların giderilmesini hekim ve diğer sağlık personelinden talep ederler. Hekim ve sağlık personeli çeşitli müdahalelerde bulunarak kişilerin sağlığını eski hale getirmek için çaba sarf ederler. Buradaki temel amaç, hastalığın tedavisi, hastalığa bağlı acıların giderilmesidir. Müdahalelerin türü hastalığın türüne, şiddetine göre değişik şekillerde olabilecektir.

Tıbbi müdahale, tıp bilimini ilgilendirdiği kadar hukuk bilimini de yakından ilgilendirmektedir. Tıbbi müdahalenin alanı insan sağlığı insan vücudu olduğundan müdahaleler ile kişilik hakkı arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Daha açık bir anlatımla, tıbbi müdahale ile yaşam hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü, özel yaşam hakkı arasında doğrudan veya dolaylı olarak bir ilişki söz konusudur. Bu bağlamda, tıbbi müdahale, temelde bireyin yaşam hakkının korunmasına ve buna ek olarak bu hakkın kaliteli bir şekilde kullanılmasına yönelik faaliyetlerdir[4].

AİHS'nin denetim organları, tıbbi müdahaleleri, sözleşmenin 8. maddesinde koruma altına alınmış olan özel yaşamın konusuna dâhil etmiştir. AİHM'e göre tıbbi müdahale, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmektir. Bir kimsenin vücudu özel yaşamın en önemli unsurudur. Özellikle kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin olan haklara (yaşam hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü) yapılacak hukuka aykırı saldırılar güvence altına alınmıştır. Bireyin iradesine aykırı olarak yapılan bedeni, psikolojik ve psikiyatrik tıbbi müdahaleler ile çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testi, röntgen ve zorla besleme özel yaşam kapsamında görülmektedir. Yine Mahkeme bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesini ve söz konusu kişinin onayını gerektirdiğinden AİHS'nin 8/2. maddesindeki meşru amaçlardan birini karşılamasını

---

[4] Ahmet Nezih Kök, "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", **Kamu Hukuku Arşivi**, Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 117.

ve demokratik bir toplumda gerekli olmasını tıbbi müdahalenin başlıca kriterleri olarak düşünmektedir[5].

Tıbbi müdahalenin tanımı vermeden önce tıbbi müdahale terimini oluşturan sözcüklerin ne anlama geldiğini bilmek gerekir. Tıp, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, hekimlik, tababet anlamına gelmektedir. Tıbbi tıpla ilgili, hekimlikle ilgili demektir. Müdahale ise karışma, araya girme, el atma anlamına gelir[6].

Hekimin kişilerin bozulan sağlığını eski haline getirmek için yaptığı tüm uğraşılar etik, ahlak ve hukuki olarak tıbbi müdahale olarak isimlendirilir[7]. Öğretide konuyla ilgilenen yazarlar, tıbbi müdahale kavramını çeşitli şekillerde tanımlamışlardır. Bu tanımların ortak noktası, tıbbi müdahalenin amacına yöneliktir[8]. Adı geçen yazarların yapmış olduğu tanımlar göz önüne bulundurularak tıbbi müdahale tanımı Tıp mesleğini yapmaya yetkili kişi tarafından fiziksel veya ruhsal yönden bozulan sağlıklarını geri getirmek bu mümkün değilse acılarını hafifletmek,

---

5 M. Tevfik Gülsoy ve A. Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2005, Cilt: IX, Sayı: 1-2, s. 4.

6 Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Ankara 1988, s. 1051.

7 Özlem (Yenerer) Çakmut, Tıbbi **Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul 2003, s. 24; Ozan Ercan Taşkın, "Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2005, Sayı: 6, s. 140.

8 Söz konusu tanımlar için bkz. Çakmut, s. 24; Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt:50, Sayı:4, s. 66; Bedia Boran, "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 85; Taşkın, s. 140; Mustafa Kıcalıoğlu, "Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Aralık 2006, Yıl:1, Sayı:4, s. 17; Yavuz Filiz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul 2006, s. 22; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991, Sayı: 5; Özlem (Yenerer) Çakmut, "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, Sayı: 4; Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2006, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 179; Hakan Hakeri, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu (Yayına Hazırlayan: Prof. Dr. Yener Ünver), İstanbul 2008, s. 15; Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972. s. 24; Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 67; Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 3, s. 234; Gülsoy/Kök, Sayı: 3; Cemile Güneş, "Hukukumuzda Organ ve Doku Naklindeki İzin Koşulu", **Legal Hukuk Dergisi**, Aralık 2005, Cilt: 3, Sayı: 36, s. 4273; Kürşat Ersöz, "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010, Yıl:5, Sayı: 45, s. 106; Halide Savaş, "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt:81, Sayı:3, s.1002; Mustafa Çeker, "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf, (erişim tarihi: 08.01.2009), s. 3.

sağlıklı kişileri hastalıktan korumak, nüfus planlaması ya da tıbbi araştırmalar yapmak amacıyla tıp biliminin gereklerine göre tanı tedavi basit veya ağır cerrahi müdahaleleri kapsayan her çeşit faaliyet şeklinde yapılabilir. Tıbbi müdahalenin kim tarafından yapıldığını esas alarak yapılan başka bir tanım ise şöyledir: *"Bir hekim tarafından veya bir hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yardımcı personeli tarafından yapılan işlemlerdir"* [9].

Konuyu düzenleyen mevzuata baktığımızda tıbbi müdahale kavramı çeşitli kanunlarda ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu kanunlardan ilki, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'dir (TDN)[10]. Söz konusu düzenleme

> *Tabip ve diş tabibi, ilmî icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. / Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır./ Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplere, aklî veya bedenî mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.*

demek suretiyle, tıbbi müdahalenin amacı ve kapsamını ortay koyan bir düzenleme de bulunmuştur (TDN md. 13).

Yine 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (NPHK) [11] 1. Maddesi

> "*Bu Kanunun amacı, nüfus planlaması esaslarını, gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon ameliyelerini, acil müdahale halleri ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların temin, imal ve saptanmasına ilişkin hususları düzenlemektir."* demek suretiyle nüfus planlamasına ilişkin tıbbi müdahalelerden bahsetmiştir. Aynı kanunun 2/1. maddesi "*Nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir*.

diyerek tıbbi müdahalenin amacını ortaya koymaya çalışmıştır.

Tıbbi müdahale kavramı içerisine cerrahi müdahaleler, anestezi, radyo terapi, şok terapi, ultrason, ilaç tedavileri, kan testleri, organ fonksiyon testleri, aşılar, laparoskopi [12], manyetik rezonans, bilgisayarlı tomografi, genetik testler (gen

---

9 Fatih Birtek, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 2007, Cilt: 81, Sayı: 5, s. 81.

10 RG. 19.2.1960, No. 10436.

11 RG. 27.5.1983, No. 18059.

12 Şenocak, Küçüğün, s. 67.

analizleri)[13], doğum kontrol yöntemleri, aşı uygulamaları, diyet önerilmesi girebilir. Yine hekimin üreme organlarında hastalığı olan bir kadına hastalığın tedavisi sırasında cinsel ilişkiye girmemesi uyarısında bulunması da bir tıbbi müdahaledir[14]. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Son olarak, sağlık hizmeti kapsamında yer alan her şey tıbbi müdahale anlamına gelmez. Örneğin, hastanın hastaneye kabul eden, resmi evrak işlemlerini yapan görevli kişinin vermiş olduğu sağlık hizmeti tıbbi müdahale değildir. Yine hastayı hastane içinde bir yerden diğer bir yere sedye ile nakleden personelin yaptığı işlem de tıbbi müdahale değildir.

II. TIBBİ MÜDAHALE ve KİŞİLİK HAKKI ARASINDAKİ İLİŞKİ (TIBBİ MÜDAHALE ile İHLAL EDİLEN KİŞİLİK DEĞERLERİ)

A. Genel Olarak Kişilik Hakkının Tıbbi Müdahale İçerisindeki Konumu

Genel olarak tıbbi müdahalenin amacı, bozulan sağlığı düzeltmek, acıları dindirmek, hastalıktan korumak ve insan ömrünü uzatmaktır. Söz konusu amaç gerçekleştirilirken kişilere tanı, tedavi, iyileştirme ve koruyucu amaçlı bir takım müdahalelerde bulunulur. Bu müdahaleler kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yöneliktir. Diğer bir deyişle, tıbbi müdahale, yapısı itibariyle, modern hukukun geliştirdiği kişilik hakkı ve onun koruduğu maddi manevi değerlerle karşı karşıya gelir ve bazen iç içe geçer[15]. Tıbbi müdahaleden doğan ceza sorumluluğunun kavranabilmesi ve somut hale gelebilmesi için çeşitli kanunlarda düzenlenen ve tıbbi müdahale ile ihlal edilen söz konusu kişilik haklarının bilinmesi gerekmektedir.

---

13 Mustafa Fadıl Yıldırım, "Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı:1-4, s. 398.

14 Halide Savaş, "Yargı Kararları Işığında Hekim Sorumluluğu", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 177.

15 Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993, s. 7.

B. Tıbbi Müdahale ile İhlal Edilen Kişilik Hakkı

Kişiler hem doğuştan kazanılan hem de toplumda yaşamalarından dolayı bir takım haklara sahiptirler. İnsan varlığını nitelendiren bu hakların teker teker sayılması mümkün değildir. Bunlara yaşam, sağlık ve vücut tamlığı, faaliyet özgürlüğü, haysiyet ve şeref; resim ve ses, kişinin sırları ve özel yaşam örnek verilebilir. Kanunlarda kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin neler olduğu açıkça belirtilmemiş genel olarak, kişilik hakkından söz edilmiştir. Bunun nedeni gelişen teknoloji ve toplumsal gelişmelere bağlı olarak kişilik değerlerin değişmesidir. Bu nedenle hâkim önüne gelen olayda kişilik değerini tespit edebilecek ve bu konuda takdir hakkını kullanabilecektir[16].

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişilik değerleri maddi ve manevi kişilik değerleri olarak iki grupta toplanabilir. Tıbbi müdahale ile ihlal edilen kişilik hakları, maddi-bedensel değerler içerisinde yer alan yaşam, sağlık ve vücut tamlığı hakları olduğundan biz bu başlık altında yalnızca bu haklardan bahsedeceğiz.

Tıbbi müdahale ile ihlal edilen kişilik haklarından ilki yaşam hakkıdır. En temel hak ve özgürlük olan yaşam hakkı, insanoğlunun varlığının ve fizik devamlılığının ilk koşuludur. Bu hak, insanın sadece insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu vazgeçilemez, devredilemez mutlak haklardandır[17]. Bu hakkın kullanımı kişiye sıkı sıkıya bağlı olup kullanılması onaya veya karara bağlı değildir[18]. İnsanoğlunun üstün hakkı olan yaşama hakkına saygı, diğer bütün hakların kullanılması için vazgeçilmezdir. Yaşam hakkı, diğer hakların özünü oluşturur[19] ve bütün bu haklardan yaralanabilmenin ön şartını oluşturur. Dolayısıyla yaşamak, bütün özgürlüklerin en temel şartıdır[20]. Zira yaşamını yitiren kişi, diğer bütün hakları kullanmaktan mahrum kalacaktır[21].

---

16 Aşçıoğlu, s. 10.

17 Bahri Öztürk, "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metotları)", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2003, Cilt: 2, Sayı: 1-2, s. 51; Çakmut, s. 46; İpekyüz, s. 8.

18 Öztürk, Yaşam Hakkı, s. 51.

19 Korff Douwe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Belçika 2006, Sayı: 6; Çakmut, s. 46.

20 İpekyüz, s. 8.

21 Ömer Çelen, "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2007, Cilt:II, Sayı:3-4, s. 52; Douwe, s. 6.

Yaşam hakkı, öğretide "*kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi, varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi demektir"* şeklinde tanımlanmaktadır. Yaşam hakkı, kişinin kendisine (TCK'da yoktur.), üçüncü kişilere (TCK md. 81, 82, 83, 84, 85) ve topluma ve devlete (kamu hürriyetleri Anayasa[22] md. 17) karşı korunmasını gerektirir. Yaşam hakkının anlamı, insanın fiziksel biyolojik bir problemi olmaksızın gerekli olan sağlık ve bütünlük içinde doğması, varlığını moral ve entelektüel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürebilmesi, insan varlığının (süje) hukuki bir kişi olarak, toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar hariç yok edilmemesi demektir[23].

Hukuk düzenimiz, yaşam hakkına kimseye yaşam üzerinde hiçbir şekilde tasarrufta bulunma izni vermeyecek kadar önem verir. Bu derece önemli olan yaşama hakkı, Anayasamızın 17. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabii tutulamaz."* Yaşam hakkı, Anayasamıza paralel olarak diğer genel ve özel nitelikli metinlerde de koruma altına alınmıştır. Yaşam hakkı, Ceza Kanununda koruma altına alınmış ve yaşama yönelik saldırılar yaptırıma bağlanmıştır. Bu bakımdan, tedavisi olanaksız bir hastalığa yakalanan bir kimseyi isteği üzerine öldürmek (ötenazi) ülkemiz ceza hukuku bakımından adam öldürme suçunu oluşturur. (TCK md. 81-82). Kişinin kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkı da var olmadığı için bir kimsenin ölümüne rıza göstermesi hali de (düello gibi) hukuka aykırıdır. Kişi, başkalarının yaşamını kurtarmak amacıyla bazı organları üzerinde tasarrufta bulunabilir. Ancak kişinin kazanç sağlama amacıyla bedeni ve organlar üzerinde tasarrufta bulunması hukuka aykırıdır. Bu nedenle kan satılmasına ya da çift organlardan birinin satılmasına ilişkin sözleşmeler 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun[24] 27. maddesine göre hükümsüzdür. Yine Medeni Kanunu'nun 23 ve 24. maddeleri kişinin yaşam hakkının koruyucu hükümleridir.

---

22 RG. 09.11.1982, No. 17863 (Mükerrer).
23 Öztürk, Yaşam Hakkı, s. 51.
24 RG. 04.02.2011, No. 27836.

Yaşam hakkının varlığının kabulü onun gerek Anayasa gerekse diğer kanun ve düzenlemelerde yer almasını gerektirmektedir. Çağdaş Anayasalarda yaşam hakkının temel hak olarak kişiyi kendine ve üçüncü kişilere karşı koruma altına alacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Yaşam hakkı, temel hak olarak, kabul edilip düzenlenmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Yaşam hakkını sosyal haklarla tamamlamadıkça ve uygulamaya geçirmedikçe toplumun bu haktan yararlanmasının olanağı yoktur. Yaşam hakkı, kamu makamlarının emri ya da izni ile öldürülememe ve yaşama yönelik tehlike ya da risklere karşı kamusal otoriteler tarafından korunma hakkıdır. Kısacası kişinin hiçbir şekilde öldürülemez oluşu, yaşam hakkının esasıdır[25]. Bu nedenle ülkeler yaşam hakkını kanunlarla koruma altına almalı sadece isteyerek ölüme neden olmaktan kaçınma yükümlülüğünü değil aynı zamanda taksirle meydana gelebilecek ölüm nedenlerini de yaptırıma bağlamalıdır. Kısaca, çağdaş ülkeler, Anayasalarında yaşam hakkını olumsuz etkileyebilecek durumları göz önünde bulundurup ilgili düzenlemeleri yapmalıdırlar.

Yukarıda bahsedilen genel nitelikli kanunların dışında bazı özel nitelikli düzenlemelerde de yaşam hakkına ilişkin hükümler vardır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14. maddesi yaşamı koruma altına almış ve hekimin sorumluluğunu bir anlamda yaşam hakkı ile çerçeve altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: "*Tabip ve diş tabibi, hastanın vaziyetinin icap ettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir"*. Yaşam hakkına ilişkin diğer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği 13. maddesidir. Söz konusu madde hükmü "*Ötenazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhil, kimsenin hayatına son verilemez."* şeklindedir.

Yaşam hakkı uluslararası metinlerde de yer almıştır. Bunlardan ilki 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirgenin 3. maddesinde yaşaman, hürriyetin ve kişi emniyetinin her ferdin hakkı olacağını açıkça düzenlemiştir. Yine 1950 tarihinde imza altına alınan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 2. maddesi "*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece*

[25] Çakmut, s. 47.

hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez." şeklindedir.

Tıbbi müdahale ile ihlal edilen kişilik haklarından ikincisi sağlık hakkıdır. Bir insanın, insan onuruna yaraşan asgarî bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli koşul, hastalandığında tedavi olabilmesidir. Sağlık hakkı, yaşam hakkı gibi kişilerin temel kişilik haklarından biri olup hem vücut hem ruhsal sağlığı içine alır.

Sağlık hakkından bahsetmeden önce sağlığın tanımını yapmak gerekir. Toplumdan topluma farklılık gösteren sağlık kavramını WHO (World Health Organisation) veya Dünya Sağlık Örgütü, çağdaş, tam ve geniş anlamıyla tanımlamıştır. Söz konusu tanım şu şekildedir: "*Sağlık, yalnız hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedenen, ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik halidir."*[26]. Sağlık, hukuk öğretisinde "*insan organizmasının iyi ve düzenli işlemesi, uzunca bir zaman içinde organizmanın az veya çok ahenkli işleyişi"* olarak tanımlanmıştır[27]. Sağlık, hukuksal metinler içerisinde 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunda [28] tanımlanmıştır. Sağlığın tanımının yapıldığı kanunun 2. maddesi şu şekildedir: "*Sağlık, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir".*

Sağlık hakkı, öğretide "*kişinin toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesinin, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesidir"* şeklinde tanımlanır[29].

Sağlık hakkı, kişinin temel hakları arasında yer alan ve diğer hakların özü kabul edilen yaşam hakkı ile yakından ilişkilidir. Yaşam hakkı, sağlık hakkının özü iken sağlık hakkı, yaşamın iyi devam etmesini ve yaşam hakkının gerçekleşmesini sağlayan bir haktır. Bu bağlamda yeterli sağlık hizmetlerinin verilmediği, kişilerin sağlığının korunmadığı ve bozulan sağlığın iyileştirilmediği bir toplumda yaşam hakkının varlığından söz edilemeyecektir[30].

---

26 Bedi N. Şehsuvvaroğlu, **Tıbbi Deontoloji,** Bayda Basım Yayınları, İstanbul 1983. s. 54.

27 Bayraktar, Hekimin, s. 15, Çakmut, s. 50; Savaş, Yargı Kararları, s. 176.

28 RG.12.01.1961, No. 10705.

29 Bayraktar, Hekimin, s. 16; Öztürk, Yaşam Hakkı, s. 57; Fatih Birtek, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 11, Sayı:3-4, s. 81; Şehsuvaroğlu, s. 55.

30 Gürkan Sert, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı**,Babil Yayınları, İstanbul 2007, s. 40.

Sağlık bir hak olarak kabul edildiğinde, toplumdaki kişiler için sağlıklı bir ortamın oluşturulması, sağlığın korunması, bozulan sağlığın eski hale getirilmesi gibi bir takım hakların istenmesi gündeme gelir[31]. Örneğin, kişi, sağlığa zararlı bir yerde zorla tutulamaz, ruhsal yapısında bozukluklara ve sarsıntılara yol açılamaz[32]. Tüm diğer sosyal haklarda olduğu gibi sağlık hakkı konusunda da devlete bazı sorumluluklar yüklenmektedir. Devlet bu hakları vatandaşlarına sağlayabilmek için öncelikle bu hakları başta Anayasasında olmak üzere ilgili kanunlarda düzenleme yapması gerekir. Çalışma, sosyal güvenlik, konut, eğitim, sağlık gibi sosyal hakların gerçekleşmesi için devletin bunları düzenlemiş olması yeterli değildir. Bu tür sosyal hakların uygulamada gerçekleşmesi için devletin bir takım girişimlerde bulunması gerekir. Örneğin, devletin hastane yapması, sağlık hakkının gerçekleşmesi için zorunlu bir girişimdir[33]. Günümüzde devletin sağlık işleri ile uğraşması genel bir kural olup, devlet bu hizmeti özel teşebbüslerle ve kamu idarelerince yerine getirmektedir[34]. Kişilerin yaşam ve sağlıklarını korumak için devletin önlem alma, gerekli kurum kuruluşları oluşturma ve bunları denetleme yükümlülüğü vardır[35].

Sağlık hakkı, pozitif statü hakları[36] içerisinde yer alan Devletin olumlu bir müdahalesi ile gerçekleşen sosyal bir haktır[37]. Sağlık hakkı, Devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu ve vatandaşlarında devletten bu hakkı isteme hakkına sahip olduğu haklardandır. Kişilerin devletten bu konuda yardım ve hizmet talep etme hakları vardır.

Sağlık hakkı, doğuştan kazanılan bir haktır. Toplumda yaşayan tüm kişilerin herhangi bir ayrım gözetilmeksizin ana rahmine düştüğü andan ölüme kadar bedenen

---

31 Çakmut, s. 50; Erkul Bulut, "Türk Hukukunda Kişilik Hakları", **Legal Hukuk Dergisi**, Haziran Yıl: 2007, Cilt: 5, Sayı: 54, s. 1838.

32 Hasan Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul 1998, s. 145.

33 Sert, Tıp Etiği, s. 40; Çakmut, s. 51.

34 Bayraktar, Hekimin, s. 18; Sağlık hakkının yerine getirilmesi esası 224 sayılı kanunun 1. maddesinde şöyle belirtilmiştir."*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinden faydalanmanın sosyal adalete uygun bir şekilde ifasını sağlamak maksadıyla tababet ve tababetle ilgili hizmetler bu kanun çerçevesinde hazırlanacak bir program dâhilinde sosyalleştirilecektir".*

35 Sert, Tıp Etiği, s. 42.

36 Bu haklar, bireye devletin sunduğu hizmetlerden yararlanma ve bunların gerçekleşmesi konusunda talep hakkı verirler. Devlete olumlu bir harekette bulunma yükümlülüğü yükler.

37 M. Savaş Bayındır, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan**, Yıl: 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 552.

ve ruhen tam bir iyilik hali içinde yaşamaya hakkı vardır[38]. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği'nin[39] İlkeler başlıklı 5 maddesinde "*Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir."* şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Anayasamız bu hususu da göz önünde bulundurarak sağlık hakkını 56. maddesinde şu şekilde düzenlemiştir:

> *Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."*

Maddenin açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere Devlet sağlık hakkını madde belirtilen hususları yerine getirmekle mükellef tutulmuştur.

Sağlık hakkının yerine getirilmesi ülkenin ekonomik durumuyla yakından ilgilidir. Ekonomik durum bu haktan yararlanmak isteyen vatandaşlar ile bu hakkı sağlamakla yükümlü devlet için önemlidir. Günümüz tıbbının ilerleyişi ve gelişimi göz önünde bulundurulursa bu konu daha da büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte devlet tüm tıptaki ilerleyişin karşısında, toplumdaki kişilerin eşit olarak sağlık hizmeti sunmak zorunda kalmaktadır[40].

1982 Anayasasının "Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı" başlıklı 65. maddesi sosyal hakların dolayısıyla sağlık hakkının sınırlandırılmasına ilişkin esasları şu şekilde düzenlemektedir*: "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilir."* Hal böyle olmakla beraber Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı" ile bağlantılı olan sosyal haklar (örneğin sosyal

---

38 İpekyüz, s. 9.
39 RG. 01.08.1998, No. 23420.
40 Çakmut, s. 52.

güvenlik hakkı, sağlık yardımı) söz konusu olduğunda, Anayasanın 65'inci maddesinde öngörülen sınırlamanın uygulanamayacağına, devletin bu takdirde bu hakları gerçekleştirmek zorunda olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 16 Ekim 1996 tarihli 1996/38 nolu kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir:

> "*Anayasa'nın 65. maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda belirtilen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği öngörülmektedir. Böylece, Anayasa'nın 60. maddesiyle bireylere tanınan sosyal güvenlik hakkının sağlanması için alınacak önlemler ve kurulacak teşkilat bakımından Devleti görevlendirilmekte, 65. madde ile de bu göreve kimi sınırlamalar getirilmektedir. Ancak 60. madde ile tanınan 'sosyal güvenlik hakkı' yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen 'yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı' ile bağlantılıdır. Dolayısıyla Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde yaşama hakkını ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyecektir. Bu nedenle, sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında altı ayı geçemeyeceğine ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez"* [41].

Sağlık hakkı, ulusal ve uluslararası metinlerde de düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde sağlık hakkı, "*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını, ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. Uluslararası metinlerden Avrupa İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi konuya ilişkin 25. maddesinde *"Herkes kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyiliği için beslenme, giyinme, konut, tıbbi bakım .....hakkına sahiptir"* şeklinde düzenlenme getirmiştir. Yine Avrupa Sosyal Haklar Antlaşması'nın 3., 11. ve 13. maddeleri sağlık hakkını doğrudan ve dolaylı olarak korumaktadır.

Vücut tamlığı hakkı, kişinin vücut bütünlüğü başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarla koruma altına alınmış kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir kişilik hakkıdır. Vücut tamlığı, kişinin beden ve ruh tamlığıdır[42].

Vücut tamlığı hakkı özellikle tıbbi müdahaleler açısından önem kazanmaktadır. Hangi amaçla yapılmış olursa olsun her tıbbi müdahale vücut

---

41 http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-38.htm.

42 Fikret EREN, "Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi", **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 nci Yaş Armağanı**, Ankara 1975, s. 481; Çakmut, s. 53.

tamlığına yöneliktir. Bu nedenle yapılan her tıbbi müdahale hukuka uygun olmalıdır. Aksi halde kişinin vücut tamlığı hakkı ihlal edilmiş olur. Kişilere uygulanacak tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için bazı koşullar gereklidir. Bunlar: tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce yapılması, kişinin rızasının alınması ve müdahalenin tıbben kabul görmüş yöntemlerle olması gerekmektedir. Bu koşullar oluşmadan kişiye yapılan tıbbi müdahale "insan vücudunun dokunulmazlığı" ilkesi gereğince hukuka aykırı olacaktır[43]. Bazen bazı istisnai durumlarda kişilere tıbbi müdahalede bulunurken rıza aranmaz. Bu durumlara örnek zorunluluk hali, kamu yararı verilebilir. Bu gibi durumlarda kişilere yapılan müdahale hukuka uygun olup vücut tamlığı hakkı ihlal edilmemiş sayılır. Örneğin, pandemi[44] durumlarında kişilere rızası alınmadan aşı yapılması toplumun menfaati gereği hukuka aykırı olmayacaktır[45]. Yine TCK'nin 191/2. maddesince[46] hâkimin uyuşturucu kullanan kişiyi tedavi kurumuna gönderip tedaviye alınmasında kişinin rızası alınmaz.

Vücut bütünlüğü, Anayasa'nın 17. maddesinde, MK'nun 23-24. maddelerinde, BK'nun 49 ve 471. maddelerinde ve TCK'nun 86. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hakkın dokunulmazlığı İHEB 3-5. maddeleriyle AİHS 3 ve 5. maddelerinde düzenlenmiştir.

III. TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleler, üç ana başlık altında tasnif edilebilir. Bunlar tedavide kullanılan yöntemin tıp bilim ve uygulamasında yerleşik olup olmamasına göre tıbbi müdahaleler, yapılış yöntemine göre tıbbi müdahaleler, yapılış yerine göre tıbbi müdahalelerdir.

---

43 İpekyüz, s. 9.

44 Salgın bir hastalığın kıta düzeyinde çok geniş bir alana yayılmasına verilen isimdir.

45 Çakmut, s. 54.

46 TCK Madde 191/2: *"Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir."*

B. Tedavi Yönteminin Tıp Bilim ve Uygulamasında Yerleşik Olup Olmamasına Göre Tıbbi Müdahaleler

1. Geleneksel Tıbbi Müdahaleler

Geleneksel tıbbi müdahaleler uzun bir süreden beridir yapıla gelen, tıp bilimi ve uygulamasında yerleşmiş bulunan müdahalelerdir. Hasta burada yeterince denenmiş yöntemlerle tedavi edilmektedir[47].

2. Yeni (Modern) Tıbbi Müdahaleler

Bilim teknik sürekli değişim ve gelişim göstermektedir. Buna paralel olarak tıp bilimi alanında da gelişim süreci devam etmektedir. Hastalıklara çare bulmak amacıyla tıp biliminde sürekli deney ve denemeler yapılarak eski yöntem ve uygulamalar terk edilmekte yerini modern yöntemlere bırakmaktadır. Bir yandan hekimin tıbbi standarda uyması istenirken diğer yandan mevcut standardın aşılarak yeni standartların oluşturulması istenmektedir.

Yeni tıbbi müdahaleler adından da anlaşılacağı üzere yeni yöntemlerle hastaların tedavi edildiği tıbbi müdahalelerdir. Buradaki yöntemler geleneksel yöntemlerden farklı olarak yeterince denenmiş araştırma niteliği taşıyan yöntemlerdir. Bu nedenle hastadan alınacak rıza geleneksel yöntemdekinden daha geniş kapsamlı olmalıdır[48].

Bu tür modern yöntemler insan sağlığının korunması ve bozulan sağlığın eski haline getirilmesi bakımından çok önemlidir. Ancak bu tür yöntemlerin, yani bilimsel deney ve denemelerin tümüyle kontrol dışı bırakılması ve yine bu yöntemleri yapan, destekleyen kişi ya da kurumların diledikleri gibi hareket etmeleri mümkün değildir. Sınırları hukuk kuralları özellikle emir ve yasakları düzenleyen ceza hukuku normları düzenleyecektir.

Tıp biliminin amacı, kişinin sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmaktır. Bir tıbbi müdahalenin kişi üzerinde tanı ve tedavi amaçlı olarak kullanılabilmesi -

---

47 Ayan, s. 10.
48 Ayan, s. 12.

teknik olarak tıbbi müdahale kapsamında kabul edilebilmesi- için önceden mutlaka sistemli ve kontrollü olarak araştırılması ve denenmesi gerekir. Tıbbi araştırma, bir ilaç araştırması olabileceği gibi, cerrahi, fizyolojik ya da genetik bir araştırma da olabilir. Bu araştırmalar insan üzerinde yapılan "tıbbi deneyler" ve "denemeler" şeklinde gerçekleştirilmektedir [49].

Deney ve deneme kavramları, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğinde [50] klinik araştırma kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavram Yönetmeliğin 4. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

> "*Bir veya birden fazla merkezde, insanlar üzerinde yapılan ilaç klinik araştırmaları, ilaç dışı klinik araştırmalar, tıbbi cihazlarla yapılan araştırmalar, yeni bir cerrahi yöntem kullanılarak yapılan klinik araştırmaları gibi her türlü araştırmayı ifade eder."*

Ancak deney ve deneme kavramları birbirinden farklı kavramlardır. TCK 90. maddesinde bu kavramlar birbirinden ayrı suçlar olarak düzenlendiği için biz bu kavramları iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun gördük[51]. "Deneme" kavramını "Tedaviye Yönelik Araştırma Yöntemleri" içerisinde "Tıbbi Deneyleri" "Deneysel Araştırmalar" içerisinde anlatacağız.

a. Tedaviye Yönelik Araştırma Yöntemleri (Deneme)

Denemenin sözlük anlamı, denemek işi, sınama, tecrübedir. Denemek ise değerini anlamak, gerekli niteliği taşıyıp taşımadığını bulmak için bir insanı bir nesneyi veya bir düşünceyi sınamak, tecrübe etmektir[52]. Tedaviye yönelik araştırma yöntemleri, kısaca, hastanın yeni yöntemlerle tedavi edilmesidir. Burada amaç hastanın tedavi edilip eski sağlığına kavuşmasıdır[53]. Uygulamada bu tür yöntemler

---

49 Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı Genel Hükümler (Madde 76-169)**, Seçkin Yayınları: Ankara 2008, s. 506.

50 RG. 19.08.2011, No. 28030.

51 Öğretide Şen, deney ve denemelerin birbirinden ayırmayı isabetli bulmamaktadır. Bu iki kavramın birlikte ele alınması gerektiğini bu iki unsurun birbirini takip eden unsurlar olduğunu savunmaktadır (Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney Deneme Suçları", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 609).

52 TDKS, s. 354.

53 Ayan, s. 14.

"Deneme" daha geniş bir ifade ile "iyileştirme amaçlı deneme" olarak adlandırılmaktadır.

Deneme kavramı, Ceza Kanunun 90. maddesine ait gerekçede "*...bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemi"* olarak tanımlanmıştır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik "Deneme" kavramını "Tedavi Amaçlı Deneme" olarak şöyle tanımlamıştır:

> *26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 90 ıncı maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında tanımlanmış bilinen tıbbi müdahale yöntemleri ile tedavisi mümkün olmayan hastalarda veya bu tedavi yöntemlerinin yüksek riskli olduğu durumlarda; bilimsel araştırma sonuçlarının henüz kesin bir nitelik taşımadığı durumlarda dahi hastalığın tedavisi konusunda elde edilmiş somut bazı faydalarından yola çıkılarak, hastanın veya yasal temsilcisinin rızası alınmak suretiyle, uzman hekim tarafından, hastanede yapılan ve bilimsel kurallara uygun olan tedavidir.*

Öğretide iyileştirme amaçlı denemeler[54], *"hekimin tedavi veya iyileştirme amacı ile hastanın üzerinde bazı özel durumlarda gerçekleştirilebileceği kabul edilen bir takım yeni girişimler"* olarak tanımlanmıştır[55].

Bu tür denemelerde kullanılan yöntemler henüz insanlar üzerinde denenmemiştir ve hasta üzerinde sonuçları yeterli kesinlikte tespit edilememiştir[56]. Bu nedenle denemenin yapılabilmesi için en önemli şart, denemenin tıbbi verilerin kesinlik gösteren sonuçları olmasa da tıbbi müdahale açısından öngörülen sonuçlar ile olası riskler karşılaştırıldığında, hastanın iyileşmesi bakımından somut bir şansının olması durumudur[57].

---

54 Tedavi amaçlı denemeler içersine son yıllarda tartışmaya açılan embriyonik kök hücre çalışmaları da girmektedir. TCK 90/4 maddesindeki koşullar bu tür çalışmalar için de geçerlidir (Hakan Hakeri, "Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu", **Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Kalp Damar Cerrahisi**, Yıl: 2006, Cilt: 2, Sayı: 43, s. 80).

55 Onursal Cin, "Yerel ve Uluslararası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney", Kamu Hukuku Arşivi-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 199; Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı (Açıklamalı- Gerekçeli- İçtihatlı) Genel Hükümler (Madde 76-169)**, Ankara 2008, s. 511; Cahid Doğan, "İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul 2008, ,s. 94.

56 Özbek, Yeni 2, s. 506.

57 Cin, Deney, s. 199.

Kişinin hastalığını tedavi etme amacı olan iyileştirme amaçlı denemelerde vücut bütünlüğüne yönelik birtakım müdahaleler söz konusu olmaktadır. Hal böyle olunca bu tür yeni tıbbi müdahalelerin uygulanmasında tıbbi olarak kabul görmüş geleneksel yöntemlere nazaran daha katı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, tıbbi müdahalelerde aranan hukuka uygunluk koşuları daha katı olmalıdır. Bunun nedeni, yöntemin yeni olması dolayısıyla tanınmaması ve tedavi için en doğru yöntem olduğunun ispat edilmemiş olmasıdır.

Bu yöntemle hastanın tedavi edilebilmesi için yöntemin laboratuar ve hayvan araştırmalarında yeterince denenmiş olması ve hasta üzerinde zararlı sonuç doğurmaması gerekmektedir. Bunun nedeni söz konusu yöntemin insan üzerinde uygulanabilme aşamasında mümkün olan en az riskle ulaşılmasını sağlanmasıdır[58]. Yine söz konusu yöntemlerin uygulanması ahlaka, hukuka ve tıbba uygun olmalıdır. Aksi halde hastanın rızası bile olsa geçersiz olur ve bu yöntemi uygulayan hekimin davranışı kusur olarak kabul edilir[59].

Tedaviye yönelik araştırma faaliyetlerinin hasta üzerinde uygulanabilmesi için bir diğer koşul, geleneksel yöntemlerin tedaviye yanıt vermemesi gereklidir[60]. Yani iyileştirme amaçlı denemelerde geleneksel yöntemlerle kendisinde istenilen düzeyde yardım edilemeyen ve yeterli kesinlikte hastalığın tanı ve tedavi edilememe hali mevcuttur [61] . Geleneksel yöntemlerle tedavi edilebilecek veya hastanın geleneksel yöntemle iyileşme olasılığı hastaya modern yöntemlerden daha az zarar verecekse tedaviye yönelik bu tür müdahaleler hasta üzerinde uygulanamaz.

İyileştirme denemelerinin hukuka uygun olması için tıp bilimi kurallarına uygun olması, müdahalenin uygulanacak kişi üzerideki olası olumsuz etkileri önleyici önlemlerin alınması, planlanan müdahalenin öngörülen sonuçlarının kişi için beklenen yarardan çok tehlike içermemesi ve daha benzer müdahalelerin sonuçlarına göre daha az olumsuz sonucun beklenmesi gereklidir [62] . Bu tür müdahalelerin yapılabilmesinin sıkı koşullara bağlanmasının nedeni, yarar- zarar dengesini sağlayabilme çabasıdır.

---

58 Şen, Deney-Deneme, s. 612; Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Teşhis ve Tedavi Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, ss. 97-98.

59 Ayan, s. 14.

60 Ayan, s. 14.

61 Ebru Atıcı Sevindik, **Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları**, Adana 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 37.

62 Sevindik, s. 37.

Bu tür müdahalelerden önce hekim hastadan geniş kapsamlı aydınlatılmış onam almalıdır. Çünkü burada onamı veren ve alan arasında statü farkı vardır. Bir tarafta mesleki bilgi ve tecrübesiyle hekim diğer tarafta iyileşmek isteyen hekimin yardımına muhtaç ve tıbbi bilgisi yetersiz hasta vardır. Aydınlatılmış onam ne kadar ayrıntılı olursa işlevini o derece iyi yerine getirir. Bu tür denemelerde acil durumlarda hastanın varsayılan rızasının varlığı kabul edilebilmektedir[63]. Bu tür müdahale küçük veya kısıtlı bir hastaya uygulanacaksa onam kanuni temsilcisinden alınır. Hekimin bu tür müdahaleyi hasta üzerinde uygulayabilmesi için yöntemi bilmesi gereklidir. Hekimin yöntem hakkında gelişmeleri takip etmesi ve bilgi sahibi olması gereklidir[64].

Ceza Kanunu iyileştirme amaçlı denemelere önem vermiş ve konuyu 90. maddenin 4. fıkrasında detaylıca düzenlemiştir. Söz konusu madde metni şu şekildedir:

> *Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.*

Madde metninden anlaşılacağı üzere belli koşulları gerçekleşmesi halinde, hasta üzerinde rızaya dayalı tedavi amaçlı denemeler uygulanabilmektedir. Bunlar:

a- Bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılmış olması. Tedaviye yönelik bir denemenin gerçekleştirilmesi için bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının hasta üzerinde uygulanması şart koşulmamaktadır. Bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağının anlaşılması, deneme yapılabilmesi için yeterlidir,

b- Denemelerin bilimsel yöntemlere uygun olması,

c- Denemenin mutlaka tedavi amaçlı olması,

d- Denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında, yeterli bilgilendirmeye dayalı bir rızanın olması,

---

63 Özbek, Yeni 2, s. 511.

64 Ayan, s. 14.

e- Rızanın yazılı olması,

f- Tedavinin uzman bir hekim tarafından bir hastane ortamında yapılmasıdır[65].

Madde metninde yer alan ilgilinin rızasının yazılı olması gerekliliği, zorunluluk hallerinde hekimin müdahalede bulunabilmesini güçleştirmektedir. Bu bakımdan zorunluluk halinin düzenlendiği TCK 25/2. maddesi ile söz konusu hüküm çelişmektedir. Daha öncede belirttiğimiz gibi böyle bir durumda hastanın varsayılmış rızasının varlığı kabul edilmelidir[66]. Mağdurun rızasının açık bir biçimde maddede düzenlenmesi, kişinin kendi geleceğini belirleme özgürlülüğünün görünümü olan hasta özerkliği kavramına verilen önemin bir ifadesidir.

b. Deneysel Araştırmalar (Tıbbi Deney)

Deneysel araştırma faaliyetleri, bir hastanın sadece bilimsel amaçlar için yeni yöntemlerle tedavi edilmesidir[67]. **Cin**, tıbbi deneyi, "*Yerleşik tıbbi yöntemlerden farklı, henüz araştırma aşamasında bulunan ve insanlara uygulanması halinde sonuçlarının ne olacağı kesin olarak bilinmeyen yöntemlerin uygulanması"* olarak

---

65 Deneme ve bilimsel deneylerin hastane ortamında yapılmasına ilişkin husus, Klinik Araştırmalar Yönetmeliği 15. maddesinde açıkça şu şekilde düzenlenmiştir: "*Klinik araştırmalar gönüllülerin emniyetini sağlamaya ve araştırmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine, takibine ve gereğinde acil müdahale yapılabilmesine elverişli ve araştırmanın niteliğine uygun personel, teçhizat ve laboratuar imkanlarına sahip olan hastanelerde yapılabilir. Biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları, acil müdahale yapılabilmesine elverişli imkanlara sahip sağlık kurum ve kuruluşlarında yapılabilir. Sorumlu araştırmacı hasta emniyeti açısından gerekli şartların ve tedbirlerin sağlanması amacıyla, başka kurumlardan uygun nitelikleri haiz yardımcı araştırmacıları araştırma ekibine dahil edebilir ve bunu başvuru formunda belirtir. İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu esas alınarak klinik araştırma yapılacak yerler asgari olarak;*
a) Araştırmanın niteliğine göre gerekli ve yeterli personel ve ekipmana,
b) Araştırılan ürünün niteliğine göre ürünün saklanması ve dağıtılması için gerekli yer ve imkanlara,
c) Acil müdahale gerekebilecek durumlar da dahil olmak üzere gönüllü için uygun bakım hizmeti verecek imkan ve donanıma
ç) Gönüllünün gerektiğinde daha ileri bir sağlık kuruluşuna nakledilebilmesini mümkün kılacak yeterli imkan ve donanıma,
d) Araştırmanın tamamlanmasından sonra klinik araştırmaya ve gönüllülere ait bilgi ve belgeleri İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzunda öngörülen sürede muhafaza edebilecek yeterli imkan ve donanıma sahip olmak zorundadır."

66 Öğretide Sevük, hastanın açık rızasının alınmadığı durumlarda yaşamsal tehlikenin bulunduğu hallerde varsayılan rızasının hukuka uygunluk sebebi olacağını savunmaktadır (Handan Yokuş Sevük, "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu,** 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 239).

67 Ayan, s. 14.

tanımlamıştır[68]. Burada öncelikli amaç hastanın iyileştirilmesi değil belirli bir bilimsel araştırmanın sonuçlarını gözlemektir[69]. Diğer bir anlatımla, bilimsel deneylerde hastanın tedavisi amaçlanmaz, daha önce kullanılmamış veya kullanılmakla birlikte farklı şekillerde ve dozlarda kullanılmış ilaçların denemesi söz konusudur[70]. Bu ilaçların insanlara uygulanması halinde sonuçlarının ne olacağı kesin olarak bilinmemektedir[71]. Yani hastalar sadece araştırmaya yönelik amaçlar doğrultusunda kullanılmaktadır. Bu nedenle bu amaçla yapılan müdahaleler teknik anlamda tıbbi müdahale olarak nitelendiremezler[72].

Deneyin sözlük anlamı bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulamak, bir var sayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübedir[73]. Deney, bir anlamda standardın aşılması demektir[74]. Deney, ceza kanunun gerekçesinde "*bilimsel çalışmanın ilk aşamaları"* olarak tanımlanmıştır. İnsan üzerinde yapılan deney,

> *hastalık durumlarının daha iyi tanı, tedavi veya korunma yöntemlerini ve olanaklarını geliştirmek için insanlarda doğrudan veya dolaylı bilimsel bilgi üretme amacıyla tasarlanmış araştırmalar ile normal veya patolojik her türlü işlevin anlaşılması için sağlıklı ve hasta bireylerde veya canlı ve ölü dokularda, organlarda, kanda, genetik değerlendirme için kullanılacak materyallerde ve diğer beden sıvılarında yapılacak her türlü araştırmalar.*

olarak tanımlanabilir[75].

Bilimsel deneylerin bilime sağlayacağı katkılar göz önünde bulundurulduğunda ne kadar gerekli ve önemli olduğu bilimsel çevrelerce kabul edilmekle birlikte bunların hukuka uygunluğu tartışılmaktadır. Sadece bilimsel amaç taşıyan, insanların kobay olarak kullanıldığı bu deneysel araştırmalar kişilik hakkına bir saldırıdır ve izin verilmemelidir[76]. Ancak bilimin gelişmesi açısından bu denli önemli olan yöntemlerin bir şekilde sınanıp hastalıkların tedavisinde kullanılması insanlık için önemlidir. Bu durum Dünya Tabipler Birliği'nin 2000 Helsinki

---

68 Cin, Deney, 199; Öztürkler, s. 99.
69 Ayan, s. 14.
70 Özbek, Yeni 2, s. 511.
71 Doğan, s. 95.
72 Ayan, s. 14.
73 TDKS, s. 354.
74 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara 2010, s. 65.
75 Özbek, Yeni 2, s. 510.
76 Ayan, s. 14.

Bildirgesinde "*Tıbbi ilerleme, nihai olarak kısmen insan deneklerinde yapılan deneylere dayanması gereken araştırmaları temel alır."* şeklinde ifade edilmiştir. Günümüzde bu tür bilimsel deneyler önce hayvanlar üzerinde yapılmakta yeterli sonuçlara ulaşıldıktan sonra insanlar üzerinde uygulanmaktadır. TCK 90/2. maddesi bu durumu açıkça düzenlenmiştir.

Deneysel araştırma faaliyetlerinin yapılabilmesi için ulaşılmak istenen sonuç ile deneye tabi tutulacak kişi için olası tehlikeler arasında bir oran olmalıdır. Yapılacak bilimsel deney, insanlık için önemli olmalı ve üzerinde denecek kişiler için ölümcül sonuçlar doğuracak bir tehlike içermemelidir[77]. Bu itibarla, daha işin başında hasta veya üzerinde araştırma yapılacak kişiyi bekleyen muhtemel yarar ve rizikolar karşılaştırılmalı ve iyiye, kötüye yönelik şanslar tahmin edilmelidir. Burada tıbbi bakımdan savunulabilirlik ve tehlike karşısında yararı ağır basması gereklidir[78].

Bu tür araştırmalar için tıbbi müdahalede bulunacak kişilerin rızasının alınması son derece önemlidir. Alınacak rıza olabildiğince geniş olmalı, deneye ait tüm detaylar ince ayrıntısıyla kişiye anlatılmalı ve kişinin özgür iradesiyle müdahale yapılmalıdır. Bu durumdaki aydınlatma deneysel araştırmaya ilişkin özel rizikoları kapsamalıdır. Deneye tabi tutulan kişi kendisine ne yapılacağını tam olarak bilmelidir[79].

İnsan üzerinde yapılacak bilimsel deneyler, ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenmiştir. Konuya ilişkin ilk uluslar arası belge, 1947 tarihli Nürnberg Kodeksi'dir [80] . 1947 Nürnberg Kodeksi'ne göre insanlar üzerinde deney yapılabilmesi için katılanların rıza ehliyeti bulunması, özgür ve aydınlatılmış rızalarının alınması, deneyin toplumun yararına olması ve gereksiz ya da keyfi yöntemler izlenmemesi, her türlü gereksiz fiziksel veya ruhsal acıdan kaçınılması, kalıcı bedensel zarar veya ölüm tehlikesinin bulunmaması, tehlikenin boyutunun çözülmesi gereken sorunun insani yapısının üzerine çıkmaması, deneklerin

---

77 Ayan, s. 14.

78 Erwin Deutsch, "Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu" (Çev. İrfan Yazman), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1979, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, s. 179.

79 Deutsch, s. 180.

80 Nürnberg Kodeksi Nürnberg Dava'sından doğdu. Bu, hekimlerin insanlar üzerinde yapılan deneylerle bağlantılı olarak insan hakları ihlallerindeki sorumluluğunu formüle eden genel geçerli normları içeren bir katalogdur. Her zaman uygulanmasa da tüm insanlık tarafından kabul edilen bir normlar katalogu niteliğine sahiptir. Kodeksin en çok bilinen temel kuralı, tıbbi deneylerde deneğin hakları olup deneğin özgür onayının varlığının kesinlikle gerekli oluşudur.

korunması ve deneyin denekler tarafından her an sona erdirilmesine izin verilmesi gerekmektedir[81].

Nürnberg Kodeksinde tespit edilen normlar, Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli İnsan Hakları Beyannamesine ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne de etkili olmuştur. İşkence yasağı konusunda Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre *"Kimseye işkence yahut bir başka vahşice, gayri insani ya da aşağılayıcı muamele yahut cezalandırma yapılamaz. Özellikle kimse özgür iradesi ile onay vermediği sürece tıbbi ya da bilimsel deneylere sokulamaz".*

Konuya ilişkin diğer uluslararası düzenleme Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin 15. maddesi biyoloji ve tıp alanında yapılacak bilimsel araştırmaların, bu sözleşme hükümlerine ve insan türünün korunmasını güvence altına alan diğer yasal düzenlemelere bağlı kalmak şartıyla, serbestçe yapılabileceğini düzenlemektedir. Sözleşmenin 16. maddesinde ise insan varlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler içermekte ve bu tür bilimsel deneyler için kişilere tıbbi müdahalede bulunabilmek için bazı koşullardan bahsetmiştir. Bu koşullar şu şekilde sayılabilir:

> *a- İnsanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması,*
> *b- Araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla orantısız olmaması,*
> *c- Araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tabi tutulması dâhil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelendikten sonra onaylanmış olması,*
> *d- Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları,*
> *e- Hasta rızasının açıkça ve uygun bir şekilde alınması ve belgelendirilmiş olmasıdır. Hasta, bu rızayı her zaman serbestçe geri alabilir.*

Konuyla ilgili bir diğer uluslararası belge Dünya Tabipler Birliği tarafından ortaya konan ve 1964 yılından 2004 yılına dek altı kez geliştirilmiş olan Helsinki Bildirgesi'dir. Bildirge temel olarak tüm araştırmalarda uyulması gerekli şu kuralları belirlemiştir:

---

[81] Özbek, Yeni 2, s. 513.

a- İnsan öznelerde yapılan tıbbi araştırmalar genel olarak kabul edilen bilimsel ilkelere uygun olmalı ve bilimsel literatürün tam olarak bilinmesine, konu ile ilgili diğer bilgi kaynaklarına ve uygun düşüyorsa, hayvanlarda deney yapmaya dayanmalıdır.

b- İnsan denekler üzerinde yapılan tıbbi araştırmanın birincil amacının tanı, tedavi ve profilaksiye yönelik işlemlerin geliştirilmesi ve hastalığın etiyoloji ve patogenezinin daha iyi anlaşılması olduğu belirtildikten sonra en iyi biçimde kanıtlanmış profilaksi, tanı ve tedavi yöntemlerinin bile etkinlikleri, yeterlilikleri, erişilebilir olmaları ve kaliteleri açısından sürekli olarak araştırmaya tabi tutulması gerekliliği vurgulanmıştır.

c- Tıbbi araştırma insanların saygınlığını, sağlığını ve haklarını koruyan etik standartlara bağlanmıştır. İnsan deneklerle ilgili her tıbbi araştırmadan önce tahmin edilebilir riskler ve güçlüklerle denekler için öngörülebilen yararlar karşılaştırılarak değerlendirilmesi ifade edilmiştir.

d-İnsan denekleriyle ilgili araştırmalar yalnızca ulaşılacak amacın önemi, deneğe ilişkin risklere ve zahmetlere ağır bastığında yapılması gerektiği ve insan deneklerin sağlıklı gönüllüler arasından seçilmesi istenmiştir.

Bildiride insan üzerinde yapılacak bilimsel denemelerden önce alınacak aydınlatılmış onama ilişkin ayrıntılı düzenlenmeler mevcuttur. Bilimsel deney süjesi olan her kişi (denek) çalışmanın amaçları, yöntemleri, parasal kaynakları, çıkarlarıyla çelişebilecek olasılıkla, araştırıcının kurumsal bağlantıları, beklenen yararlar ve potansiyel riskleri ile karşılaşabilecekleri rahatsızlık konusunda yeterli biçimde bilgilendirilmelidir. Deneğe çalışmaya katılmama veya çalışmayı her hangi bir zamanda ve her hangi bir olumsuz karşılık görmeksizin bırakmakta özgür olduğu konusunda bilgilendirilmelidir. Deneğin verilen bilgiyi anladığından emin olduktan sonra hekim deneğin bilgilendirilmiş gönüllü olurunu tercihen yazılı olarak almalıdır. Eğer deneğin gönüllü oluru yazılı olarak alınamıyorsa, yazılı olmayan onay alınmalı ve tanıkların huzurunda resmi olarak yazıya dökülmelidir.

Araştırma için hastanın bilgilendirilmiş rızasını alırken hekim ile denek arasında bir ilişki olup olmadığını ve deneğin bu oluru zorlama altında verip vermediği konusunda dikkatli olunmalıdır. Böyle bir durumda deneğin gönüllü oluru, araştırmada görevli olmayan ve bu ilişkinin tümüyle dışında kalan başka bir hekim

tarafından alınmalıdır. Bildiride fiziksel veya zihinsel yetersizlik nedeniyle denekten aydınlatılmış onam almak mümkün olmadığında veya deneğin yaşı küçük olduğunda deneğin ulusal yasalara uygun biçimde vasi tayin edilmiş bir yakınından aydınlatılmış onamın alınması gerektiği belirtilmiştir. Son olarak hekim hastayı tedavinin hangi bölümünün araştırmayla ilgili olduğu konusunda tümüyle bilgilendirmesi gerektiği ve hastanın çalışmaya katılmayı reddetmesi halinde, hasta-hekim ilişkisinin hiç bir zaman etkilememesi gerektiği vurgulanmıştır. Böyle bir düzenlemeyle hasta özerkliğine saygı kavramı uluslararası belgede açık ve net olarak vurgulanmıştır.

Uluslararası metinler hukukumuza da yansımış ve benzer düzenlemeler oluşturulmuştur. Konuyla ilgili olarak çerçeve hüküm niteliğinde olan Anayasa 17/2. maddesinin yanı sıra TCK 90. maddesinde konu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre maddenin 1. fıkrasında insan üzerinde bilimsel deney yapılması kural olarak, suç olarak belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında insan üzerinde bilimsel deneyin, rızaya dayanması ve belli koşulların da gerçekleşmiş olması halinde, fiili, hukuken uygun hale getiren kurallar sayılmıştır. Buna göre;

> *a- Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,*
> *b- Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,*
> *c- İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,*
> *d- Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,*
> *e- Deney sırasında kişiye, insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,*
> *f- Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,*
> *g- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması gerekmektedir.*

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde insanlar üzerinde deneme amaçlı hiçbir cerrahi müdahale, kimyevi, fiziki veya biyolojik herhangi bir tedavi uygulanamayacağını kesin bir ifade ile belirtmiştir (TDN md. 11).

Hasta Hakları Yönetmeliği konuyu İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe atıf yaparak düzenlemiştir. Söz konusu yönetmelik, Klinik Araştırmalar Yönetmeliği

yürürlüğe girdiğinde mülga olduğundan bilimsel deneylere ilişkin atfın yeni yönetmeliğe göre yapıldığı kabul edilmelidir.

Konuyla ilgili olarak değinilmesi gereken son husus, ilaç araştırmalarına yönelik olan bilimsel deneylerdir. İlaçlara ruhsat almadan önce gerçekleştirilmesi zorunlu olan bu araştırmalar, uzun yıllar hukukçuları meşgul etmiş ve bazı hukuki sorunları gündeme getirmiştir. Bir tarafta hastalıklarla baş edebilmenin yollarının bulunması gerekliliği diğer tarafta söz konusu araştırmalar için denek olarak insanlara kimyasal maddeler verilmesi hukuki sorunların temelini oluşturmaktadır. Konuyla ilgili olarak Klinik Araştırmalar Yönetmeliği ve TCK 90 maddesinde hükümler bulunmaktadır. Her iki düzenleme, ilaç araştırmalarının yapılma koşullarını sıkı denetime tabi tutmuştur. Özellikle çocuklar üzerinde yapılacak bu tür araştırmalarda araştırmaya başlamadan önce, devam ederken ve sona erdikten sonra bazı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Öğretide bu düzenlemelerin yerinde olduğu ilaç araştırmalarının sağlıklı çocuklar üzerinde istisnai durumlarda ve çok zor izin verilmesi böylelikle hasta çocukları daha az zarar görmesinin önüne geçileceği savunulmaktadır. Özellikle yerel ve merkezi etik kurulların işleyişe dâhil edilmesi suiistimalleri ve çocukların kötü niyetle kullanımını önleyecektir[82].

C. Yapılış Yöntemine Göre Tıbbi Müdahaleler

1. Beden Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler, uygulamada esas olarak, cerrahi müdahale[83] yani ameliyat şeklinde gerçekleşir[84]. Tıp biliminin gelişmesi sonucu birçok ameliyat türü ve yöntemi ortaya çıkmıştır. Bunların hepsi kişinin vücut bütünlüğüne yönelik cerrahi müdahaleler olup tıbbi müdahale olarak kabul edilir. Bu tür tıbbi müdahaleler çok çeşitlidir.

---

82 Hasan Petek, "Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması", **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak Yıl: 2007, Cit: 5, Sayı: 49, s. 63.

83 Cerrahi müdahale, öğretide "*doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek üzere yapılan, organdaki ve dolayısıyla organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik tıbbi girişimdir"* şeklinde tanımlanmıştır (Nevzat Gürelli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1979.80.81**, Cilt: 45-47, s. 271; İpekyüz, Sayı: 30; Petek, s. 180).

84 Ayan, s. 16; İpekyüz, s. 30.

a. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Bu tür müdahaleler, uzun süredir tıp biliminde uygulana gelen geleneksel tıbbi müdahalelerdir. Bu müdahalelere örnek kist ameliyatları, böbrek, kalp ameliyatları verilebilir. Buradaki amaç kişinin bozulan sağlığının vücut bütünlüğüne yönelik bir tıbbi müdahale (cerrahi ameliyat) ile yerine getirilmesidir. Cerrahi müdahaleler tedavi amaçlı yapılmaktadır. Doğrudan doğruya yöneldiği organ ya da dokuda fiziksel değişiklikler meydana getirmektedir[85]. Örneğin, kistin yapışık olduğu organdan çıkarılması söz konusu organlarda ve çevre dokularda bir takım fiziksel değişiklikler meydana getirir.

b. Dolaylı Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Bu tür müdahaleler hastanın iyileştirilmesinin amaçlanmadığı ve gerçekleştirilebilmesi için dolaylı da olsa bir tıbbi endikasyonun bulunduğu müdahalelerdir[86]. Bu tür müdahalelere örnek kastrasyon ve deneysel araştırmalar verilebilir. Bu tür müdahaleler, çok çeşitli olduğundan her biri ayrı başlık altında incelenecektir.

c. Mutlak Olarak İyileştirme Amacına Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Bu tür müdahaleler iyileştirme amacına yönelik değildir. Buradaki endikasyon tıbbi endikasyon olmayıp sosyal, psikolojik ve dinsel veya geleneksel olabilir. Bu tür müdahalelere örnek olarak estetik amaçlı yapılan müdahaleler, sünnet, sterilizasyon ve elektif kürtaj verilebilir. Biz, bu başlık altında estetik müdahalelerden ve elektif olarak gebeliğin sona erdirilmesinden bahsedeceğiz. Diğer müdahaleler, ilgili başlık altında anlatılacaktır.

---

85 İpekyüz, s. 30.
86 Sevindik, s. 34.

aa. Estetik Müdahaleler

Estetik cerrahi, eski cağlardan beri uygulanmakta olmasına karşın, özellikle birinci ve ikinci dünya savaşlarında yaralananların vücut bozukluklarını düzeltmek, doku ve organ kayıplarını onarmak için yapılan ameliyatlar sayesinde büyük bir gelişim göstermiştir[87]. Estetik cerrahi, tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de son yıllarda büyük bir ilerleme kaydetmiş ve estetik ameliyat olanların sayısı artmıştır.

Estetik amaçlı cerrahi müdahaleler, öğretide,

> "*kişinin doğuştan mevcut veya sonradan bir etken sonucu ya da kendiliğinden meydana gelmiş görünüm bozukluklarını düzeltmek veya böyle bir sekil bozukluğu olmamasına rağmen kişinin daha güzel görünmesini sağlamak amacına yönelik tıbbi müdahaleler"*

olarak tanımlanmıştır[88].

Estetik müdahaleler genel olarak, tedavi amaçlı ve güzelleştirme amaçlı olmak üzere iki türdür. Bazen bu iki amaç birlikte bulunabilir. Estetik ameliyatların bir kısmı tamamen görüntünün değiştirilip herhangi bir fiziksel, ruhsal tedavi amaçlamazken, bazıları salt tedavi amaçlı yani fiziksel bir bozukluğu gidermek, böylelikle vücutta oluşturduğu ağrı ve acının dindirilmesi nedeniyle yapılmaktadır[89]. Bazen de hem tedavi hem güzelleştirme amaçlı yapılmaktadır.

Estetik ameliyatların bu tür ayrıma tabi tutulmasının nedeni, bu tür ameliyatların tıbbi müdahale sayılıp sayılmaması konusunda tartışmaların varlığıdır. Öğretide bir kısım yazarlar, hangi amaç için olursa olsun estetik ameliyatları tedavi edici niteliğe sahip olmaması nedeniyle tıbbi müdahale olarak nitelendirmeyip bu tür

---

87 Bayraktar, Hekimin, s. 165.

88 Petek, s. 180; Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet,** İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953, s. 75; Ayan, s. 34; Bayraktar, Hekimin, s. 165; Aşçıoğlu, s. 52; Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1983, Sayı 1, s. 28; Aydın Zevkliler, M. Emre Gökyayla ve Beşir Acabey, **Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara 1999, s. 499; İpekyüz, s. 31; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu,** Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, ss. 200-201; Çakmut, s. 180; Elçin Arı, "Estetik Cerrahın Hukuki Sorumluluğu", **İzmir Barosu Dergisi**, İzmir 2002, Yıl: 2002, Sayı:1, s. 13.

89 Petek, s. 180.

müdahaleleri hukuka aykırı olarak kabul etmektedirler[90]. Diğer bir kısım yazarlar, her türlü estetik ameliyatı cerrahi müdahale dolayısıyla tıbbi müdahale olarak değerlendirmektedir. Bu görüşün temelinde ister tedavi ister güzelleşme amacı olsun tüm estetik müdahalelerin doğrudan ve dolaylı olarak tedavi amacını güttüğüdür. Güzelleşme çabalarının kişinin ruhsal sağlığını korumak ya da düzeltmek bakımında dolaylı bir tedavi yöntemi olduğu kabul edilmektedir[91].

Bizce de tüm estetik ameliyatlar tıbbi müdahale sayılmalıdır. Çünkü sağlık, beden ve ruh halinin iyiliği olarak kabul edilirse estetik amaçlı müdahaleler kişileri ruhen rahatlatmaya yardımcı müdahalelerdir. Örneğin, çocuk yaşta yüzünde yanık izi oluşmuş bir kişinin her gün aynaya baktığında gördüğü manzara karşısında etkilenmemesi düşünülemez. Bu durum, bir süre sonra kişide ruhsal bozukluğa yol açıp onu tedavi olmaya zorlayacağından estetik ameliyatla yüzünün düzeltilmesi kişiyi mutlu edecektir. Bu nedenle bu tür ameliyatlar dolaylı tedavi yöntemi olarak kabul edilmelidir.

Ancak bazen bu tür ameliyatlar kişinin sağlığını önemli ölçüde etkileyebilir hatta onun ölümüne yol açabilir. Eğer bir estetik ameliyat tehlikeli sonuç doğurmaya yol açacaksa uygulanmamalı ya da ameliyat kişiye zarar vermeyecek şekilde sonlandırılmalıdır[92]. Öğretide sırf şöhret için yapılan estetik müdahalelerin hukuka aykırı olduğu savunulmaktadır. Örneğin, bir mankenin daha fazla kazanç elde etmek için yaptırdığı müdahale hukuka aykırı sayılmalıdır[93].

Bu tür ameliyatlarda hekimin sorumluluğu diğer ameliyatlara oranla biraz daha fazladır. Çünkü bu ameliyatlar kişinin fiziki görünüşünde değişikliğe yol açar[94]. Bu nedenle hekim hastasına ameliyat hakkında detaylı bilgi vermelidir. Aydınlatılmış onam olabildiğince detaylı olmalı, ameliyata ve sonrasına ilişkin tüm bilgileri, tehlikeleri içermelidir.

Hekim bu tür ameliyatları tıp bilimince kabul edilen yöntemle ve özenli bir biçimde yapmak zorundadır. Bu konuda Yargıtay'ın verdiği karar şu şekildedir: "…

---

90 Gürelli, s. 270-271.

91 Petek, s. 183, İpekyüz, s. 24; Ayan, s. 9; Şenocak, Küçüğün, s. 66; Ahmet Nezih Kök ve Hasan Çankaya, "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi**, Yıl: 2003, Sayı: 11, s. 200.

92 Petek, s. 185.

93 Petek, s. 185; İpekyüz, s. 32, Zevkliler, s. 29, Zevkliler/Acabey/Gökyayala, s. 500, Çakmut, s. 182; Arı, s. 15; Ayan, s. 34-35, Bayraktar, Hekimin, ss. 168-169.

94 Petek, s. 185.

Estetik ameliyatlarda, hekim estetik görünüm konusunda teminat vermiş ise, sözleşme eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi yüklenici (hekim) isi (tıbbi müdahaleyi) sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup, davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispata zorunludur. Ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarda, eksik görünüm bakımından çok açık farklılık halinde; Yüksek Sağlık Şurasınca verilen raporla yetinmeyip, dosyayı gerekirse tomarı ile Adli Tıp Genel Kuruluna göndermeli ve gerekirse davacı hasta da muayene ettirilip zararın meydana gelmesinde tarafların ne derece kusurlu olduğu konusunda rapor alınmalıdır."[95].

bb. Elektif Olarak Gebeliğin Sona Erdirilmesi

Uygulama kürtaj olarak da adlandırılan gebeliğin sona erdirilmesi, ana rahminde şekillenmeye başlamış olan ceninin bir tıbbi müdahaleyle rahimden tahliye edilmesidir.[96].

Gebeliğe son verilmesi hukukumuzda 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve bu kanununa dayanılarak çıkarılmış bulunan 83/7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzükle[97] düzenlenmiştir. Gebeliğin isteyerek sona erdirilmesi, tüzüğün 5/1. maddesinde şöyle düzenlemiştir: "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir".* Tüzük, bu koşulları sağlayan gebeliklerin tıbbi bir zorunluluk koşulu aranmaksızın sona erdirilebileceğini hükme bağlamıştır.

Gebeliğin bu şekilde sona erdirilmesinin bazı koşulları vardır. Her şeyden önce isteğe bağlı (elektif) kürtaj yapılabilmesi için kişinin rızasının alınması zorunludur. Rızası alınacak kişi gebe kadındır. Kadın evli ise eşinin de rızası gerekecektir(NPHK md. 6). Eğer kadın küçükse kendi rızasının yanında velisinin de rızası gereklidir. Gebe kadın vesayet altında ise ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı kadında kadının izni ve sulh hâkiminin onayı gerekir. Gebe kadın temyiz kudretinden yoksun ise rızasının alınmasına gerek yoktur. Küçük, temyiz kudretinden yoksun ve vesayet altında olan gebe kadın, evli ise gebeliğin sonlandırılmasında eşinin de rızası aranır. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma,

---

95 Y.13. HD., E. 1993/131, K. 1993/ 2741 (Sevindik, s. 32).
96 AYAN, s. 38; İpekyüz, s. 38.
97 RG. 18.12.1983, No. 18255.

derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının yaşamı veya gebe kadının yaşamsal organlardan birisini tehdit eden acil hallerde şart değildir(NPHK md. 6).

Bu normlara aykırılık halinde TCK'da yer alan hükümler devreye girmektedir. Ceza kanununun 99/2. maddesinde tıbbî zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunun düşürtülmesi, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında da yaptırım öngörülmüştür. Buna karşılık, tıbbi zorunluluk bulunduğu takdirde on haftayı aşan gebelik hâlinde çocuğun alınmış bulunması, ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir. Somut olayda tıbbi zorunluluğun bulunup bulunmadığı, tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir.

d. Doku ve Organ Nakilleri

Günümüz teknolojisinin baş döndürücü gelişimi tıp alanında da kendisini göstermiştir. Modern tıbbın insan sağlığına yaptığı en büyük katkılardan biri olarak nitelendirilebilecek tıbbi müdahalelerden birisi de doku ve organ nakilleridir. Tıp alanında organ nakilleri 20. yüzyılın başlarında (1904) yapılmaya başlanmıştır[98]. Geçmişten bugüne nakil konusunda birçok denemelerde bulunulmuş olup[99], bugün için tıp biliminin özellikle ilâçbilim ve cerrahi alanlarında 'insan mühendisliği'[100] ne yönelik çalışmalarından bahsedilmektedir.

Ülkemizde organ nakillerine ilişkin 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun[101], organ ve doku nakillerinin

---

98 Organ naklinin babası ünlü İngiliz cerrah John Hunter'dır. Bir horozun testislerini çıkarıp tekrar karnına dikmiş ve daha sonra çıkarttığı testisi tavuğa aktarmıştır (Şehsuvvaroğlu, s. 79).

99 Özellikle II. Dünya Savaşı'nda askerlerin ciddi yaralar alması üzerine deri nakilleri yapılmıştır. İlk organ nakli denemesi, böbrek nakli olarak Viyana'da hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmiştir. Canlı insandan böbrek nakli ise 1947'de Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılmıştır. Türkiye'de ilk kez 1962'de kalp nakli yapılmış ancak nakil sonrası hasta kaybedilmiştir. İlk başarılı organ nakli 1975 yılında böbrek nakli olarak yapılmıştır (Özlem Koçak Süren, "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2007, Yıl: 20, Sayı: 73, s. 177). Ceza hukuku alanında organ nakline ilişkin ilk ceza sorumluluğu, 1931 yılında İtalya'da bir canlıdan diğerine gudde (bez) naklinden sonra ortaya çıkmıştır. Dünyada organ nakilleri böbrek nakilleriyle başlamıştır (Şefik Güner, "Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü", **Adalet Dergisi**, Ocak- Şubat-Mart- Nisan 1975, Yıl: 66, Sayı: 1-2, s. 585).

100 Nevzat Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, 1978, s. 91.

101 RG. 03.06.1979, No. 16655.

ortaya çıkardığı sorunları yasal bir düzenlemeye kavuşturulması açısından önemlidir. Söz konusu kanunda 1982 yılında 2594 sayılı kanunla bazı değişiklikler yapılmıştır.

Doku ve organ naklinin ne olduğunu açıklamadan önce doku ve organın ne olduğunu ve hangilerinin nakledilebileceğinden bahsetmek gerekir. Doku, tıp terimleri sözlüğünde "*aynı tip hücrelerin oluşturduğu, belirli bir işlevle yükümlü hücre kümesi"* olarak tanımlanmıştır[102]. Organları meydana getiren doku, kalp kapağı, kornea, kemik, yağ, kas, kan dokusu gibi çok çeşitlidir. Organ ise vücutta belli bir işlev görmek üzere farklılaşmış kısım, kısım, yapı ya da oluşum, uzuv şeklinde tanımlanabilir[103].

Doku ve organ naklinin tanımı kanunda yapılmamıştır. Öğretide organ nakli, çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. **Ayan,** "*artık fonksiyonu ifa edemez hale gelmiş hücre, doku veya bir organın çıkartılması ve yerine yeni bir hücre doku veya organın yerleştirilmesidir"* şeklinde tanımlarken[104], **Güner,***"bir insandan diğer bir insana ya da insanın kendi vücudundan kendisine, hücre, doku ya da organın aktarılması"* olarak tanımlamıştır[105]. Yine organ nakli, "*başka hiçbir tıbbi çözüm olmadığı için, bir insanın organ ya da dokularının ihtiyacı olan başka bir insana tedavi amacıyla nakledilmesi işlemi'* olarak da tanımlanabilir[106].

2238 sayılı kanun tanı, tedavi ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasını ve naklini yapmak amacıyla düzenlenmiştir. Kanunda sözü geçen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-greftler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi değildir(2238 s.k. md. 2).

Organ ve doku nakilleri kişilik hakkını yakından ilgilendiren bir tıbbi müdahaledir. Çünkü kişi üzerinde başkası lehine bir tasarrufta bulunulmaktadır[107]. Bu hak sınırsız değildir. Bilindiği üzere kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup başta Anayasa ve diğer kanunlarca sıkı koruma altında bulunmaktadır. Belirli koşullar altında yapılan bu tür tıbbi müdahaleler kişilik hakkına saldırı niteliği olmaktan çıkmış, hukuka uygun olarak kabul edilmiştir.

---

102 Utkan Kocatürk, **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, Nobel Yayınları, İstanbul 2000, s. 877.
103 Kocatürk, s. 601.
104 Ayan, s. 17.
105 Güner, s. 584.
106 Özbek, Yeni 2, s. 531; Süren, s. 176.
107 Çakmut, s. 157.

Nakiller vücut bütünlüğüne yönelik hatta taşıdığı risk dâhilinde insan yaşamına yönelik sayılabilecek ağır bir tıbbi müdahale türüdür. Bu nedenle dünyada ve ülkemizde organ nakillerine izin verilip verilmemesi çok tartışılmıştır[108].

Organ ve doku nakilleri, aynı insan üzerinde yapılabileceği gibi, yaşayanlar arasında ya da ölmüş kişiden yaşayan kişiye olmak üzere farklı insanlar arasında da yapılmaktadır. Hayvandan insana organ nakilleri denense de başarı elde edilememiştir. 2238 Sayılı kanunda insanlar arası organ nakli kabul edilmiş aynı insan üzerinde yapılan nakillerle hayvan insana yapılan nakilleri kapsam dışı bırakmıştır. Kanun, ayrıca oto-gref, kan, saç, derinin aşılanmasını ve alınmasını kapsam dışında bırakmıştır.

Söz konusu kanun insanlar arası organ nakilleri canlı vericiden organ nakilleri ve ölü vericiden organ nakilleri olarak iki türde düzenlemiştir.

aa. Canlı Vericiden Organ Nakilleri

Canlı vericiden organ nakillerinde[109] canlı bir insandan alınan organ ve dokunun ihtiyaç içerisindeki başka bir insanın vücuduna yerleştirilmesi söz konusudur[110].

Böyle bir tıbbi müdahalenin yapılabilme koşulları 2238 Sayılı Kanunda belirtilmiştir. Söz konusu koşullara uyulması yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Öncelikle böyle bir müdahalenin meşru sayılabilmesi için bunun tedavi amacına yönelik olması gereklidir[111]. Yani burada organ ya da dokuya ihtiyacı olan kişiyi tedavi etme amacı vardır. Verici açısından durum insancıl düşüncelerdir. Yani organ ve doku bağışlayan kişinin bir başkasının sağlığına kavuşmasına yardım etmek gibi üstün bir amaç için doku ve organlarını bağışlaması, hukuka uygun bir durumdur[112]. Bu durumun dışında doku ve organların nakledilmesi kesinlikle yasaklanmıştır. Doku ve organ naklinin yaşayan kimseden alınabilmesinin diğer

---

108 Özellikle nakiller sırasında kişilerin yaşamlarının riske atılması ve kötü amaçlarla kullanılabileceği endişesi tartışmaların odak noktasıdır (Çakmut, s. 157); Ayan, s. 18.

109 Özbek**,** canlıdan canlıya yapılan organ alınmasını organ nakil değil organ bağışı adını vermektedir (Özbek, Yeni 2, s. 531).

110 Ayan, s. 18.

111 Toroslu, Organ, s. 97.

112 Çakmut, s. 162-163; Ayan, s. 19; Gökçen Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", **Milenyum Armağanı**, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 67; Sevük, s. 240.

şartlar, zararsızlık ve elverişliliktir. Zarasızlık, vericiden alınacak organ ya da dokunun o kişinin yaşamını tehlikeye düşürmemesi halidir. Elverişlilik ise doku ve organın uyumu ile ilgili olup alıcı ve vericinin bu bakımdan uyumlu olmasını ifade eder[113]. 2238 Sayılı Kanun'un 3. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere bir bedel ya da menfaat karşılığında organ ve doku alınıp satılamaz. Bu amaca yönelik reklam ve ilan veremez. Bu düzenlemeye paralel olarak, ceza kanunun 91. maddesi doku ve organ ticaretini yasaklamıştır. Aynı kanun hükmü, rızası olmadan canlı veya ölüden doku ve organ alınmasını yasaklamış ve çıkar karşılığı doku ve organ elde etmeye yönelik her türlü ilan ve reklam veren ve yayınlayan kişiler için cezai yaptırım öngörmüştür.

Canlı vericiden naklin diğer bir koşulu alıcı ve vericinin rızalarıdır. Rıza olmadan doku ve organların alınması yasaktır[114]. Burada rızanın geçerli olabilmesinin koşulu vericinin ehil olmasıdır. 2238 Sayılı Kanun'un 5. maddesi, bu durumu "*On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır"* şeklinde ifade etmiştir. Buna göre küçükler ve akıl hastalarından organ doku alınamayacaktır. Organ aktarma, verici tarafından tedavi amacına yönelik bir tıbbi müdahale olmadığından kanuni temsilcilerinde rızası kabul edilmeyecektir[115]. Ancak mümeyyiz ve reşit kısıtlılardan kendilerinin ve kanuni temsilcilerin rızasıyla organ ve doku alınabilmelidir. Söz konusu rıza vericinin serbest iradesiyle kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık olmalıdır. Yine organ ve doku alınacak kişilerden müdahale öncesinde kapsamlı bir aydınlatılmış onam alınmalıdır. Kanunda tıbbi müdahaleye ilişkin alınacak aydınlatılmış onamın şekli şu şekilde belirtilmiştir:

> "*On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz 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"*

---

113 Gökçen, s. 67; Aydın Zevkliler, "2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, Cilt: 3 (Özel Hukuk Basın Hukuku), Nakil, s. 284.

114 Burada alıcı yönünden zorda kalım halinde rıza aranmayabilirse de verici yönünden böyle düşünme imkân yoktur. Bu nedenle rızası alınmadan bir kişiden organ veya doku alan bir hekimin bunu diğer kişinin yaşamını kurtarmak için yapmış olsa bile, sorumluluktan kurtulamayacaktır (Toroslu, Organ, s. 101).

115 Ayan, s. 19.

(2238 s.k. md 6)[116]. Aynı kanunun 7. maddesinde aydınlatılmış onamın bizzat tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından yapılması gerektiği belirtildikten sonra hekimin uyması gerekli yükümlülüklerinden de bahsedilmiştir. Buna göre organ veya doku naklini gerçekleştirecek hekimler

a- Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek,

b- Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak,

c- Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek,

d- Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek,

e- Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek,

f- Kan veya sıhrî hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere alıcının ve vericinin isimlerini açıklamama zorundadırlar.

Verici için bahsedilen aydınlatmaya ilişkin açıklamalar alıcı içinde söz konusudur.

Canlı vericiden organ nakli yaparken hayati önem arz eden organlar alınamayacaktır. Örneğin, yaşayan kişiden kalbini, karaciğerini vermesi istenemez. Bu organların alınması vericinin yaşamını sona erdiren bir durumdur. Vericinin bu yönde vereceği rızanın geçerliliği olmayacaktır.

---

[116] 2238 Sayılı Kanun'un 6. maddesi Medeni Kanun 23. maddesine eklenen 3. fıkranın birinci cümlesi ile kısmen değişikliğe uğramıştır. Söz konusu madde "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz."* şeklinde olup kanunun 6. maddesinden daha geniş bir ifadeye sahiptir. Kanunun 6. maddesi sadece vericinin rızasından bahsederken MK 23/3. maddesi alıcının da rızasından bahsetmiştir. Kanun saç, deri ve kan nakillerini kapsam dışı bırakırken MK 23/3. maddesi herhangi bir ayrım yapmamış insan kökenli biyolojik madde terimini kullanmıştır.

Hekim müdahaleyi gerçekleştirmeden önce ortaya çıkabilecek tehlikeleri ortadan kaldırmak için gerekli araştırmayı yapmalıdır (2238 s.k. md. 9). Bu anlamda alıcı ve vericiye ait gerekli tetkiklerin yapılması, kan grup tayini, doku uyuşmasının varlığının araştırılması, vs. gibi işlemlerin yapılması şarttır[117]. Alıcı ve vericinin dokularında bir uyuşmazlık var olmasına rağmen nakil gerçekleştirilmişse hekimin özensizliğinden bahsedilir. Eğer alıcı ve verici bu nedenle yaşamlarını kaybetmişlerse hekim, taksirle adam öldürmeden sorumlu olacaktır[118]. Kanunun 10. maddesinde organ ve doku nakillerini yapacak hekimin dalında uzman yeterli bilgi beceri ve deneyime sahip bir hekim olması gerektiği vurgulanmıştır. Yine naklin gerçekleştirileceği tedavi merkezi gerekli tıbbi cihaz donanım ve personele sahip olmalıdır.

bb. Ölü Vericiden Organ Nakilleri

Bu tip nakillerde verici, ölü yani cesettir. Cesetten alınan doku ve organlar ihtiyacı olan canlı bir insana nakledilmektedir [119]. Bu tür nakillerin meşru sayılabilmesi için vericinin ölmüş olması gereklidir[120].

Ölüden organ almada organ sınırlaması yoktur. Kanunda ölüden yapılan nakiller 11. ile 14. maddeler arasında düzenlenmiştir. Burada ölüden yapılacak nakillerde öne çıkan iki ana sorun vardır. Birinci sorun ölüm anının tespitidir[121]. Nakil ancak vericinin ölümü belirlendikten sonra alınabilir. Ölüm anının tespiti nakli ameliyatlarında özel bir önem taşımaktadır[122].

---

117 Ayan, s. 21.

118 Doğan Soyaslan, "Organ Nakilleri", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 129.

119 Ayan, s. 21.

120 Paul Coste-Floret, "Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli", (Çev., İskender Tepebaşılı), **Adalet Dergisi**, Y. 61, Mayıs 1970, S. 5, s. 318; Gökçen, s. 72.

121 Bkz. §3/III/B/2 başlığı altındaki açıklamalara.

122 Coste-Floret, s 319; Ayan, s. 21; Gökçen, s. 72.

Bu durum verici ve alıcı açısından geçerlidir. Alıcı açısından nakledilecek organın işlevini yerine getirebilecek nitelikte olması ve verici açısından vericinin ölümüne yol açmaması bakımından ölüm anının tespitinin doğru yapılması ve organın zamanında vericiden çıkarılması gerekir[123]. Ölüm anının tespit edilmesi tıp biliminin işidir. Bunu da tıp biliminin verilerine göre hekimler yapacaktır [124]. Ölüm zamanı kanuni olarak belirtilmiş değildir[125]. 2238 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde ölüm anının tespiti için

> *Bu kanunun uygulaması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.*

şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Günümüzde ölüm anının tespitinde esas alınan ölüm şekli, beyin ölümüdür. Kanunda tıbbi ölüm halinden bahsedilmektedir. Tıbbi ölüm halinin tanımı kanunda açıklanmamıştır. Ancak 2238 Sayılı Kanun'a istinaden çıkarılan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği [126] 14/1. maddesinde beyin ölümünden bahsetmiştir. Söz konusu yönetmelik maddesi şöyledir:

> *Organ ve doku nakli koordinatörleri, donörlerin saptanmasından, ilgili hekimlerin olgu başına intikallerini sağlayarak beyin ölümü tutanağının (Ek-1)*[127] *de belirtilen beyin ölüm kriterlerine göre ve kurallara uygun biçimde*

---

123 Ayan, s. 21; Toroslu, Organ, s. 105.

124 Özbek, Yeni 2, s. 538; Coste-Floret, s 320; Ayan, s. 21; Süren, s. 179.

125 Hakeri, Tıp 2, s. 58.

126 RG. 1 Şubat 2012, No. 28191.

127 *EK 1: Beyin Ölüm Kriterleri Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.*
İrreversibl komanın temel bulguları:
I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması,
a) Primer hipotermi,
b) Hipovolemik ya da hipotansif şok,
c) Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar,
II) Bilincin tam kaybı,
III) Spontan hareketin bulunmaması. Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.
a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
b) Yüzeyel reflekslerin alınması,
c) Babinski refleksi alınması,
d) Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu, önemli tidal volum değişikliği olmaksızın interkostal genişleme)

düzenlenmesinden, Kanuna göre, gerekiyorsa, donör ailesinden izin alınmasından, alınan organ ve dokunun ilgili merkeze naklinden sorumludur.

2238 Sayılı Kanun, bu tespiti her hekimin yapamayacağını şu şekilde belirterek hekimlere ilişkin yasak koymuştur: "*Alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer alması yasaktır."*(2238 s.k. md. 12).

Ölüden yapılacak nakillere ilişkin ikinci önemli sorun rıza alınmasıdır. Eğer ölen kişi sağlığında organ veya dokularının tümü ya da bir kısmını tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamışsa, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, çocukları, anne veya babası veya kardeşlerinden birinin bunlar yoksa herhangi bir yakınının onayı ile ölüden organ veya doku alınabilir(2238 s.k. md. 14). Söz konusu kanuna 1982 yılında 14/2. maddesi[128] eklemiştir. Söz konusu madde zorda kalma halini düzenleyen bir maddedir. Böyle durumlarda rıza aranmaz. Bunun tek istisnası kişi sağlığında açıkça doku ve organlarının bağışlanmasını istemediğini veya kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, artık ölünün doku ve organları alınamaz. Aksine bir vasiyet veya beyan

---

e) Patolojik fleksiyon ve ekştensiyon cevabı dışındaki spontan ekstremite hareketleri,
IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınamaması,
V) Spontan solunum bulunmaması,
VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,
a) Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtsız ve dilatedir (4-9 mm)
b) Kornea refleksi yokluğu,
c) Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
d) Okülosefalik refleks yokluğu,
e) Feringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,'

128 (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 sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 nci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelemek 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 (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 ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan 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 hususu dâhil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayım tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir".*

yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Gerçekten böyle bir durumda yani üçüncü bir kişiyi tehdit eden olası bir tehlikenin, ceza kanunu ve ilgili kanun hükümlerinin ihlal edilerek feda edilmesi için, kurtarılan menfaatin varlığında (organ nakli yapılacak kişinin yaşamını tehdit eden bir durum) terk edilen menfaatten (kanun hükümlerinin ihlali gibi) daima daha üstün olması şartı aranır[129].

e. Cinsel Faaliyete İlişkin Müdahaleler

Kişiler üzerinde yapılan tıbbi müdahale türlerinden birisi de cinsel faaliyete ilişkin olanlardır. Bunlar kastrasyon, sterilizasyon, gebeliğin tıbben sona erdirilmesi ve cinsiyet değişikliğidir.

aa. Kastrasyon (Hadım Etme)

Kişinin, cinsel salgı bezlerinin alınması yoluyla cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan tıbbi bir müdahaledir[130]. Kastrasyon, testosteron üreten testislerin cerrahi müdahale yoluyla alınması ya da ilaçla bu hormonun üretilmesinin azaltılması olarak da tanımlanabilir[131]. Kastrasyon türleri cerrahi, fonksiyonel (hormonal), paraziter ve kimyasal ve kastrasyon olmak üzere dört çeşittir.

Fonksiyonel (hormonal, farmakolojik) kastrasyon, cinsiyet hormonlarına yönelik uzun süreli tedavi sonucu cinsiyet bezlerinde oluşan (testis, ovaryum) atrofidir[132]. Bu tür tedaviler genellikle cinsiyet bezlerine ilişkin kanser tedavisi sırasında tedavinin bir parçası ya da etkisi olarak karşımıza çıkar. İlk duruma, testisin

---

129 Coste-Floret, s 320; Teoman Akünal, "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, 12/13. Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 28.

130 Ayan, s. 27; İpekyüz, s. 37; Sevindik, s. 34; Aşçıoğlu, s. 60; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, , Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 27; Çakmut, s. 123; Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 4.

131 Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği", **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Sayı: 17, s. 108.

132 Kocatürk, s. 144.

yerel hastalıklarında ve bazen de prostat bezi kanserlerinde başvurulması hali örnek gösterilebilir. Çünkü testosteron yokluğunda, prostat kanseri daha yavaş ilerler. Hastalara böyle hallerde stilbestrol adlı sentetik östrojen cinsiyet hormonu verilir. İkinci duruma, cinsiyet bezleri ve çevre dokularının kanser tedavisinde uygulanan ışın tedavisi sonucunda organın fonksiyonun yitirilmesi hali örnek verilebilir.

Vücuda yerleşen kimi parazitler, büyüklükleri nedeniyle oluşturdukları mekanik etki veya salgıladıkları kimyasal maddeler nedeniyle konaklarında (cinsiyet bezlerinde) kastrasyona neden olabilir. Cinsiyet bezlerine yerleşen bu parazitlerin tahribatı sonucu bezlerin görev yapamaması hali, paraziter kastrasyon olarak adlandırılır[133].

Son yıllarda özellikle Amerika ve bazı Avrupa ülkelerine kimyasal kastrasyon yani ilaçla cinselliği en aza indirgeme yaptırımı uygulanmaktadır. Genellikle erkek pedofillere[134] uygulanan vücuda kimyasal madde vererek kastre etme yöntemi olarak da bilinen bu yöntem tamamen ilaçla (cyproteron, depo provera) hiçbir cerrahi müdahale olmaksızın kişiye 3 ayda bir ilaç ve iğne yolu ile cinselliği geçici olarak öldüren bir tedavi türüdür[135].. Bu bağlamda kimyasal kastrasyon cerrahi kastrasyona göre daha az girişimsel geri dönülebilir bir yöntem niteliğine sahip olduğundan daha avantajlıdır. Bu yöntem, kişinin cinsel tahrikini önemli ölçüde azalttığı için karşı cinse olan ilgisizliğine yol açar. Yan etkileri kilo kaybı, kas zayıflığı, bitkinlik, ayak krampları, baş ağrısı, mide bulantısı, vücut tüylerinin azalması, hipertansiyon olabilir[136]. Konuyla ilgili olarak, son zamanlarda ülke gündemini işgal eden kimyasal kastrasyon uygulamasını da içine alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin kanun tasarısından bahsedilmelidir. Söz konusu tasarının 7. maddesi cinsel saldırı suçu (TCK md. 102), çocukların cinsel istismarı suçu (TCK md. 103) ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden (TCK md. 104/2) hapis cezasına mahkûm olanların, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde testosteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulmaları ve tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınmaları yönünde düzenleme yapılmasını düzenlemiştir. Yine bu suçlu kişilerin tedavi amaçlı

133 Kocatürk, s. 144.
134 Pedofili, cinsel amaçlarla çocuklara ilgi duyma halidir (Kocatürk, s. 633).
135 Akbaba, s. 9; İpekçioğlu, ss. 113-115.
136 İpekçioğlu, s. 113; Akbaba, s. 9.

programlara katılmakla, suç mağduru kişinin ikamet ettiği yer dışında bir yerde ikamet etmekle yükümlü tutulabileceği belirtilmiş ve bu suçların birden fazla işlenmesi halinde bahsi geçen yükümlülüklerin zorunlu bir şekilde uygulanacağı düzenlenmiştir. Bizce tasarıda kimyasal kastrasyon yönteminin zorunlu olarak uygulanması uygun değildir. Çünkü kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği, tedavi amacıyla uygulanması olması gerektiğinden ve tedavi olarak kabul edildiğinde ise bunun tüm tıbbi müdahale koşullarında olduğu gibi bu işlemi gerçekleştirmeden önce kişinin rızasının alınması gerektiğidir. Yine kimyasal kastrasyonun beden üzerindeki yapmış olduğu yan etkiler kişinin sağlığını tehdit eder boyuta ulaştığında sorumluluğun kime ait olacağı sorun oluşturmaktadır. Konuya ilişkin bir diğer sorun kimyasal kastrasyon uygulamasının uygulamada nasıl gerçekleşeceğidir. Tasarıya göre bu yöntem infaz kurumunda cezasını çekmekte olan ve şartlı salınan kişilere uygulanacaktır. Bu nedenle her iki durumda tedavi için gerekli alt yapı hizmetlerinin (sağlık kuruluşları, psikolojik destek kurumları, maliyet) oluşturulması gerekecektir[137]. En önemlisi bu kişilerinin özellikle şartlı salıvermesi halinde takibinin ciddi problemler oluşturabileceği unutulmamalıdır.

Cerrahi kastrasyon, her iki yumurtalık veya testislerin çıkarılarak testosteron ve östrojen adlı hormonların çalışmasını durdurma işlemidir[138]. Bu işlem cerrahi bir müdahale ile yapılmaktadır. Kastrasyon ile kişide cinsel isteği ve cinsel ilişkide bulunma yeteneğini bütünüyle sona erdirilmekte[139] ve hatta puberte döneminden önce yapılırsa kişinin cinsiyetine ilişkin belirtileri de ortadan kaldırmaktadır. Meydana getirdiği sonuçlar bakımından kastrasyon, kişide bedensel ve ruhsal açıdan bazı etkiler meydana getirmektedir[140]. Bu belirtiler, yüzde sıcaklık, derinin yumuşaması, uyuşukluk ve kas ağırlığında azalmadır[141]. Kastrasyon işleminin geri dönülmez etkisi nedeniyle hukuka aykırılık unsuru daha sıkı ölçütlere bağlanmış ve hukukumuz rızaya dayalı kastrasyonu kabul etmemiştir. Nitekim 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4/3. maddesi "*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir"* şeklinde düzenleme dışında

137 İpekçioğlu, s. 121.
138 Kocatürk, s. 144.
139 Sevindik, s. 34; Ayan, s. 27; İpekçioğlu, s. 110; Akbaba, s. 7.
140 Çakmut, s. 124; Ayan, s. 27.
141 İpekçioğlu, s. 111.

kastrasyona özgü, onu doğrudan düzenleyen başka bir kanun yoktur. Konu hakkında geniş kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanuna göre, bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyon gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon müdahalesi yapılabilir. Düzenlemeye göre, kastrasyon yalnızca ameliyatın genişletilmesi halleri ile sınırlandırılmış bulunmaktadır[142]. Oysa ameliyat hali dışında da tıbben kastrasyon yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Örneğin, kanser vakalarında tümörün ilerlemesini durdurmak amaçlı kişinin testislerinin alınarak testosteron üretiminin durdurulması gerekebilir. Fakat 2827 Sayılı Kanun buna olanak tanımamıştır. Kanuna göre rıza yoksa kastrasyon insan haklarının ihlali niteliğindedir ve cezalandırılması gerekir. Ancak ilgilinin rızasını tamamıyla ortadan kaldıran bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmiştir[143]. Zira Türk Hukuku'nda tedaviyi ret hakkı kurumu tanınmıştır. Bunun yanı sıra sonuçları bakımından bu derece ağır bir tıbbi müdahale de kişinin rızasının alınmaması hasta özerkliğine dolayısıyla temel kişilik hakkına ters düşen bir durumdur. Söz konusu düzenleme geriye dönüşü olmayan böyle bir tıbbi müdahale için son derece sakıncalı görülmektedir[144].

Kastrasyon ile sterilizasyon, farklı kavramlardır. Kastrasyonda cinsel birleşme yeteneği ortadan kalkmaktadır. Ancak sterilizasyonda sadece çocuk yapabilme yeteneği ortadan kaldırılmıştır, yani kısırlaştırılan kimse cinsel ilişkide bulunabilir. Kadınlarda uygulanan kastrasyon işlemi ise, yumurtalıkların cerrahî olarak çıkarılması şeklindedir. Kısırlaştırma ise, tüplerin bağlanması ile yapılmaktadır. Bu çerçevede kastrasyon ya da hadım etme, TCK 101. maddede düzenlenen kısırlaştırma suçu ile karıştırılmamalıdır. Bu işlem, kanundaki tek istisnası dışında hukuka aykırı ve ağır şekilde cezalandırılması gereken bir müdahaledir.

---

142 Sevindik, s. 35; Ayrıca bkz. §4/II/B/5/b başlığı altındaki açıklamalara.

143 Ayan, s. 27.

144 Serap Keskin Kiziroğlu, "Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu** 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 213; Sevük, s. 243.

bb. Sterilizasyon (Kısırlaştırma)

Sterilizasyon, öğretide "*kişinin cinsel arzularına ve cinsel faaliyette bulunabilme yeteneğine zarar vermeksizin kadınlarda yumurta, erkeklerde sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğini ortadan kaldırılmasına yönelik tıbbi bir müdahaledir"* şeklinde tanımlanmıştır[145].

NPHK 4. maddesinde sterilizasyon, "*bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale"* olarak tanımlanmaktadır.

Sterilizasyon, üreme yeteneğinin geriye dönüşsüz kaybedilmesi olup kişilik hakkına yönelik ve onu ihlal eden önemli bir cerrahi müdahaledir. Sadece belirli hallerde ve tedavi amaçlı olarak uygulanmalıdır[146]. Sterilizasyon, yaşamı ve sağlığı tehdit eden, tehlikeye düşüren ya da düşürebilecek bir hastalıktan kişiyi kurtarmak onu tedavi etmek genetik nedenlerden kaynaklanan hastalıkların önüne geçmek bunları önlemek için yapılmaktadır[147]. Bu hallerde yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Sterilizasyon, mecburi ve ihtiyari olmak üzere iki türlüdür. Mecburi sterilizasyonun tarihte örnekleri olmasının yanı sıra günümüzde, bazı ülkelerde nüfus planlamasında kullanılmakta ve fazla çocuk sayısına engel olmak amacıyla uygulanabilmektedir. Ülkemizde mecburi sterilizasyon uygulanmamaktadır. İhtiyari sterilizasyon, ülkemizde ilgili kanun ve tüzükte belirtilen koşullara uygun olarak kişinin rızası alınarak yapılmaktadır[148]. NPHK'un 4. maddesinde "*Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır"* şeklinde açık düzenlemeyle kişinin rızasından bahsetmiştir. Sterilizasyona ilişkin rıza 2827 Sayılı Kanun'a istinaden çıkarılan Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'de[149] düzenlenmiştir. Buna göre *"Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmaması koşuluyla ve reşit kişinin isteği üzerine yapılır".*

---

145 Ayan, s. 27; Sevindik, s. 33; Çakmut, s. 127; Ayan, s. 25; Bayraktar, Hekimin, s. 197; İpekyüz, s. 36; Kiziroğlu, s. 212.
146 Ayan, s. 25.
147 Çakmut, s. 130.
148 Ayan, s. 26.
149 RG. 18.12.1983, No. 18255.

Her iki yasal düzenlemede rızanın reşit kişilerin isteği ile ve tıbbi bir sakıncanın bulunmaması halinde yapılabileceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra bu müdahalenin yetkili kişilerce[150] ve tüzükte belirtilen gerekli koşulları sağlayan merkezlerde[151] yapılması hükme bağlanmıştır.

Rıza, sterilizasyon ameliyatı uygulanacak kişiyi aydınlatılarak alınmalıdır. Aydınlatma ameliyatın içeriğini, nasıl yapılacağı ve sonuçlarını içerecek biçimde olmalıdır. Onam, kişinin ameliyatın yapılacağı merkeze başvurduğu sırada alınmalıdır. Kişi kısıtlıysa kanuni temsilcisinden izin alınarak yapılmalıdır. Sterilizasyon yapılacak kişi evli ise eşinin de rızasının alınması gerekecektir (NPHK Md. 6). Eğer eş gelmediyse sterilizasyona izin verdiğini gösterir imzalı bir belge yeterli sayılır (Tüzük Md. 15).

Sterilizasyon kanunen öngörülen şekilde yapılmazsa, objektif olarak yapısında müessir fiilin unsurlarını taşır[152]. Sterilizasyonun yukarıda sayılan koşullara uymadan yapan kişiler hakkında cezai yaptırım uygulanır. TCK 101. maddesinde rızası dışında kısırlaştıran kimsenin cezalandırılacağı ve bu kimsenin yetkisiz kimse olması halinde cezanın artırılacağı düzenlenmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında rızaya dayalı olsa bile yetkisiz kimsenin kısırlaştırma ameliyatı yapması halinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

---

150 Tüzük madde 10: "*Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca yapılır. Erkeklere sterilizasyon ameliyatı, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılır".*

151 Tüzük madde 11: "*Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, yalnızca, resmi tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Buralarda, Tüzük'e ekli (4) sayılı listede yer alan araç, gereç ve personelin bulunması zorunludur".*

4 SAYILI LİSTE Kadınlara sterilizasyon ameliyatı yapılacak yerlerde bulunması zorunlu koşullar, araç, gereç ve personel:

1 - Histerektomi dâhil kadın doğum operasyonlarının yapılabileceği ameliyathane koşulları

2 - Mini laparotomi seti ya da laparoskopi aygıtı

3 - Genel anestezi verecek uzman hekim ya da teknisyen"

Tüzük madde 12: "*Erkeklere sterilizasyon ameliyatını, uzman hekimler, mesleklerini uyguladıkları yerlerde, pratisyen hekimlerse, resmi tedavi kurumlarında yaparlar. Buralarda, Tüzük'e ekli (5) sayılı listede yer alan araç ve gereçlerin bulunması zorunludur".*

5 SAYILI LİSTE Erkeklere sterilizasyon ameliyatı yapılacak yerlerde bulunması zorunlu araç ve gereçler:

1 - Ameliyatın yapılacağı bir oda

2 - Cerrahi masa ya da muayene masası

3 - Vasektomi seti (steril eldiven, sütür malzemesi, örtü vb.)

4 - Tansiyon aleti, stetoskop, lokal anestetik madde, cilt temizliği için antiseptik solüsyon ve ışık".

152 Çakmut, s. 127.

cc. Gebeliğin Tıbben Sona Erdirilmesi

Konuya başlamadan önce gebeliğin isteyerek sona erdirilmesi ile gebeliğin tıbben sona erdirilmesi arasındaki farkı belirtmek gerekecektir. 2827 Sayılı Kanun'da isteğe bağlı gebelik sonlandırılmasında esas alınana kriter gebelik haftasına ilişkindir. Eğer gebelik haftası on haftadan az ise diğer bir deyişle, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığını tehdit eden bir tıbbi sakınca yoksa gebeliğe son verilebilmektedir. Yani tıbbi açıdan gebeliğe son verilmesi için herhangi bir zorunluluk aranmaz. Eğer gebelik haftası onuncu haftayı aşmışsa bu durumda gebelik isteğe bağlı olarak değil ancak tıbbi açıdan anne be bebek üzerinde ciddi bir tehlike arz ediyorsa sonlandırılabilmektedir.

2827 Sayılı Kanun'da tıbbi açıdan gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin açık düzenleme mevcuttur. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

> *Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.*

Kanundan da anlaşılacağı üzere on haftadan fazla gebeliklerde rahim tahliyesi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla on haftadan sonraki gebeliğe son verebilmek için bir takım endikasyonların varlığı aranmaktadır. Konuyla ilgili olarak Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, 5. maddesinde Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, gebeliğe tıbben son vermek için Tüzük'e ekli (2) sayılı listede[153] sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinin

---

[153] 2 SAYILI LİSTE
On haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar :
A - Doğum ve Kadın Hastalıklarına bağlı nedenler
1) Daha önceki major uterin harabiyet ve hasarları
a) Sezeryan Ameliyatı
b) Miyomektomi
c) Uterus rüptürü
d) Geniş perforasyon
e) Geçirilmiş vajinal plastik operasyonlar
2) Rekürren preeklampsieklampsi

3) İzoimmünizasyon
4) Mole hidatidiform
B - Ortopedik nedenler
1) Osteogenezis imperfekta
2) Ağır kifoskolyoz
3) Doğumu güçleştiren osteomiyelit
4) Faaliyet halinde bütün mafsalları ilgilendiren osteoartiküller hastalıklar
C - Kan hastalıklarına bağlı nedenler
1) Lösemi
2) Kronik anemiye neden olan hastalıklar
3) Lenfomalar
4) Pıhtılaşma defektleri
5) Hemolitik sarılıklar
6) Agranülositozis
7) Tromboembolik hastalıklar
8) Hemoglobinopatiler ve thalasemi sendromları (ağır klinik ve hematolojik bozukluğa neden olan)
9) Gamaglobulinopatiler
D - Kalb ve dolaşım sistemi hastalıkları
1) Doğumu engelleyen konjenital ve akkiz kalb hastalıkları
2) Kalp yetmezliği, perikardit, miyokardit, miyokarad enfarktüsü aşikar koroner yetmezliği, arteriyel sistem anevrizmaları
3) Ağır tromboflebitler ve lenfatik sistem hastalıkları
4) Ağır bronşektaziler
5) Solunum fonksiyonunu bozan kronik akciğer hastalıkları
E - Böbrek hastalıkları
1) Akut ve kronik böbrek hastalıkları
F - Göz hastalıkları
1) Dekolman
2) Renal hipertansif ve diyabetik retinopatiler
G - Endokrin ve metabolik hastalıklar
1) Feokromositoma
2) Adrenal hiperfonksiyon ya da yetmezliği
3) Kontrol altına alınamayan hipotiroidi veya hipertiroidi
4) Pratiroid hiperfonksiyon ya da yetmezliği
5) Ağır hipofiz hastalıkları
H - Sindirim sistemine bağlı nedenler
1) Gebeliğin devamını engelleyen sindirim organları hastalıkları
İ) İmmünolojik nedenler
1) İmmün yetmezliği hastalıkları
2) Kollajen doku hastalıkları
J - Bütün malign neoplastik hastalıkları
K - Nörolojik nedenler
1) Grand mal epilepsi
2) Multipl skleroz
3) Muskuler distrofi
4) Hemipleji ve parapleji
5) Gebeliğin devamını engelleyen ağır nörolojik hastalıklar
L - Ruh hastalıklarına bağlı nedenler
1) Oligofreni
2) Kronik şizofreni
3) Psikoz manyak depresif (PMD)
4) Paranoya
5) Uyuşturucu bağımlılıkları ve kronik alkolizm
M - Enfeksiyon hastalıkları
1) Teratojen intra üterin enfeksiyonlar
a) Kızamıkçık

varlığını aramıştır. Aynı madde hükmü, bu müdahalenin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından yapılabileceğini ve hastalığın, kadın hastalıkları ve doğum uzmanıyla bu hastalığın ilişkin olduğu uzmanlık dalından bir hekimin birlikte hazırlayacakları, kesin klinik ve laboratuar bulgulara dayanan, gerekçeli raporlarla saptanması zorunluluğunu belirtmiştir. Rahim tahliyesini yapan hekim, bu raporu, ameliyenin sonucuyla birlikte en geç bir hafta içinde, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine göndermek zorundadır. Bu raporlar il sağlık ve sosyal yardım müdürlüğünde toplanır.

Böyle gebeliklere son vermek için tıpkı isteğe bağlı kürtaj da olduğu gibi rızaya ihtiyaç vardır. Rızaya ilişkin koşullar, 2827 Sayılı Kanun'un 6. maddesindeki koşullardır. Acil hallerde annenin hayati tehlike içerisinde bulunması ceninin yaşama umudundan daha az görülerek izin almadan tıbbi müdahalede bulunulabilecektir.

Gebeliğin yukarıda belirtilen koşullara uymadan sona erdirilmesi halinde cezai yaptırım söz konusu olacaktır. TCK 99. maddesi rızası olmadan çocuğunu düşürten kişinin cezalandırılacağını belirtmiştir. Yine aynı kanunun ikinci fıkrası gebe kadının rızası olsa bile on haftadan büyük gebeliklerin sonlandırılmasını suç olarak düzenlemiştir. Hukuka aykırı şekilde yapılan gebelik sonlandırılmasına ilişkin tıbbi müdahalelerde gebe kadın beden ve ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramışsa verilen ceza artırılacaktır. Rızaya dayalı bile olsa on haftadan küçük gebeliklerin yetkili olmayan kişilerce yapılması halinde cezai yaptırımlar uygulanacaktır(md. 99/5).

b) Toksoplazmozis
c) Sitomegalovirus
d) Herpes virus grubu hastalıklar
2) Cüzzam
3) Sıtma
4) Frengi
5) Brusella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar
N - Konjenital nedenler
1) Marphan sendromu
2) Mesane ekstrofisi
3) Down sendromu
4) Sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek diğer herediter hastalıklar
5) Gonadlara zararlı röntgen ışını ve ilaç
6) Teratogenik ilaçlar
7) Nörofibromatozis

Görüldüğü gibi, on haftalık gebelikler rızaya dayalı olarak tıbbi zorunluluk aranmadan sona erdirilebilmektedir. Tıbbi zorunluluğun aranmayacağı bir diğer hal kadının mağduru olduğu bir suç sonrası gebe kalması halidir. Böyle gebelikler 20. haftadan fazla olmamak koşuluyla gebe kadının rızasıyla sona erdirilmelidir. Gebelik boşaltımına ilişkin tıbbi müdahale uzman hekim tarafından hastane ortamında yapılmalıdır(md. 99/6).

dd. Cinsiyet Değişikliği

Cinsiyet, "*son derece karmaşık, anlaşılması güç, biyolojik, fizyolojik, hormonal, psikolojik ve sosyal yönleri olan içgüdü"* olarak tanımlanabilir[154]. Cinsiyet değişikliği, bir cerrahi müdahale sonucunda o ana kadar sahip olunduğu cinsiyet özelliklerinin ortadan kaldırılması ve bir dereceye kadar olsa da karşı cinse mensupmuş gibi bir görünüme kavuşturulmasıdır[155]. En kısa anlatımıyla, cinsiyet değişikliği, cerrahi müdahale sonucu bir erkeğin kadın veya bir kadının erkek cinsiyetine dönüştürülmesidir[156]. Cinsiyet değişikliği ameliyatı ise transseksüellere ve hermafroditlere uygulanan bir tür plastik cerrahi operasyonu olarak tanımlanabilir[157].

Bu tip müdahalelerde amaç kişiyi psikolojik rahatsızlıktan kurtarmaktır. Yani kişinin fiziki olarak kendini ait olduğu cinsiyetin bütünüyle zıddı bir cinsiyete ait karakteristik özellikleri taşıyan, hisseden bir insanın fizik yapısının değiştirilmesidir. Böylece kişinin ruhsal yapısı ile fiziksel yapısı arasında uyumsuzluk giderilir ve kişi sağlıklı bir yaşama kavuşmuş olur [158].

Cinsiyet değişikliği ameliyatlarına ilişkin hukukumuzdaki düzenlemeye değinmeden önce ameliyatların hukuka uygunluluğunu değerlendirmek bakımından bu tür ameliyatların içeriğine ve yapılış amacına dolayısıyla tedavi edici niteliğinin olup olmadığı hususuna değinmek gerekecektir. Özellikle cinsiyet değiştirme ameliyatlarının hukuki yönden değerlendirmek için cinsiyet sapmalarına ilişkin dört

---

154 Nurullah Tekin, "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2009, Yıl: 4, Sayı: 39, s. 98.

155 Ayan, s. 30; İpekyüz, s. 39.

156 Zevkliler, 35; Ayan, s. 30.

157 Tekin, s. 100.

158 Ayan, s. 30; Çakmut, s. 175; İpekyüz, s. 39.

ayrı tip insandan bahsetmek gerekecektir. Bu tür müdahalelerin tıbben zorunlu olup olmadığı veya tedavi niteliğinin bulunup bulunmadığı tıp biliminin konusudur. İleride bahsedeceğimiz gibi cinsiyet değiştirebilmenin bir koşulu da mahkemeden izin almadır. Mahkeme böyle bir izni tıbbi raporlara dayanarak verecektir.

Cinsiyet sapmalarına ilişkin inceleyeceğimiz ilk durum, transseksüellerin durumudur. Transseksüel, anatomik olarak cinsiyeti belli olan, ancak dış görünümü bunu yansıtmayan ya da aldatıcı olarak dış görünümüyle karşı cinsin belirtilerini taşıyan kişiler olarak tanımlanabilir[159]. Diğer bir deyişle, kendisini karşı cinse ait hisseden, karşı cinse benzeme isteği duyan veya kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere verilen addır. Bu kişilerde iç ve dış üreme organları belirgindir. Bu özellikler doğumla birlikte mevcut olup ya kadındırlar ya da erkektirler. Oysa ruhsal durumları tamamıyla farklıdır. Yani anatomik durum ile ruhsal durum çelişki halindedir[160]. Hem erkek hem de kadın için geçerli olup kişi erkek olduğu halde kadın olmayı isteyebilir, kadın olduğu halde erkek olmayı isteme hali içindedirler. Bu tür kişiler karşı cinsten olanların davranışlarını sergilerler. Transseksüel, daha çok ruhsal eğilimler için kullanılan bir terimdir. Yani bu kişiler ruhsal bakımdan karşı cinsin dürtülerini taşırlar. Transseksüeller kendilerini karşı cinsten saydıklarından kendi cinsleri ile ilişkide bulundukları zaman bu ilişki onlar açısından eşcinsel bir ilişki olmayıp karşıt saydığı cinsiyetten bir kişi ile yaptığı normal bir ilişkidir[161]. Transseksüellerin karşıt cinsten olan kişilerin davranışlarını sergilediğini söylemiştik. Ancak fiziksel ve ruhsal çatışma halinde olan bu kişilerin hedefi çatışmaya son vermek, önüne geçilemez bir şekilde karşı cinsin anatomik yapısına ulaşmaktır. Bu hedefe ulaşamadıklarında intihara giden psikolojik bunalım içine düşerler. Transseksüeller, olanak varsa ameliyat olmak isterler. Mutlu olmadıkları cinsel durumlarını değiştirmeyi, vazgeçilmez bir arzu olarak kabullenmektedirler. Kişi olarak transseksüeller genellikle hekime, hasta gibi muhtaçtırlar[162]. Bu kişilere çıkış yolu sağlamak için olmak istedikleri cinsiyet kimliğini ulaşmada yardımcı

---

159 Zevkliler, s. 35; Aşçıoğlu, s. 168; İpekyüz, s. 39.

160 Aydın Zevkliler, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, Sayı: 2 s. 269; Tekin, s. 99.

161 Zevkliler, Medeni, s. 270.

162 Adnan Öztürel, "Transseksüelizm İle Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler), Kısım II", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXXVIII, 1981, Sayı: 1-4, ss. 264-265.

olunmalıdır[163]. Bir anlamda kişiyi içinde bulunduğu psikolojik çıkmazdan kurtarmak gerekir. Bu nedenle böyle kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatına hukuken olanak sağlanmalıdır. Bu tıbbi müdahalenin tedavi edici niteliği hatta uygulanma zorunluluğu vardır. Konu Anayasa'nın 17. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde belirli koşullar altında cinsiyet değiştirme hukuka uygun kabul edilmelidir. Özellikle bu kişilerin intihara meyilli oluşu ve onların ruhsal sağlıklarına ancak bu ameliyatla ulaşılabileceği göz önünde bulundurulursa böyle bir ameliyatla kişilerin yaşamı da kurtarmış olacaktır. Yine Anayasa'nın 56. maddesi ülkede bulunan herkes için geçerli olduğundan transseksüellerin böyle bir temel haktan yararlanmaları hukuk devletinde zorunludur. Bu gibi kişilere uygulanan ameliyatlar aslında cinsiyet değiştirme ameliyatı olarak kabul edilemezler çünkü anatomik olarak cinsiyetleri bellidir. Bu kişilere ameliyatla dış görünüm kazandırılmak istenmektedir. Bu tür tıbbi müdahaleler, kişinin ruh sağlığını kazandırmak için yani onu tedavi etmek için yapılır. Kişinin yaşamına yönelik tıbbi bir sakınca yoksa ve kişinin rızası varsa yapılan cerrahi müdahale kişilik hakkına saldırı olarak nitelendirilemez[164].

Cinsiyet sapmalarında ikinci grup eşcinsellerdir. Eşcinsellik, kişinin cinsel, duygusal ilgi ve isteğinin kendisiyle aynı cinsten kişilere dönük olması durumudur. Eşcinseller gerek anatomik gerek dış görünüm itibariyle cinsiyetleri belli kişilerdir. Bu kişiler hem cinsleriyle ve karşı cinsle ilişki kurabilirler[165]. Bu kişilere yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatları sonucunda kişilerin cinsiyetleri gerçekten değişmez. Yoksa kişinin olmak istediği karşı cinsin sahip olduğu cinsiyet özelliklerine yönelik müdahale yapılmamaktadır. Örneğin, kadın olmak isteyen bir erkeğe ameliyatla kendi üreme organının kadın üreme organına dönüştürülmesi mümkün ise de bu kişinin kadınlara özgü olan çocuk doğurma adet görme gibi işlevlere sahip olması mümkün değildir. Hal böyle olunca bu kişilere uygulanacak cinsiyet değiştirme ameliyatının tedavi edici bir niteliği olmadığından öğretide hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir[166]. Gerçekten bu kişileri transseksüellerde olduğu gibi ruhsal sağlığa kavuşma gibi bir gerekçeleri yoktur. Bu gibi kişiler aynı cinsten olan kişilerle

163 Zevkliler, Medeni, s. 271.
164 Zevkliler, s. 35; Sevindik, s. 35; İpekyüz, s. 39.
165 İpekyüz, s. 39; Aşçıoğlu, s. 169; Tekin, s. 99; Zevkliler, s. 35.
166 Aşçıoğlu, s. 169; İpekyüz, s. 39; Zevkliler, s. 35.

ilişkilerini kolaylıkla gerçekleştirme amacını güderler. Yine bu kişiler karşı cinsin ruhsal yapısını taşımazlar.

Bunların dışında doğumla birlikte meydana gelmiş bulunan hermafrodit durumundan bahsedilmelidir. Hermafroditizm, bireyin iki cinsiyetli olma durumudur. Yani hangi cinse girdiği belli olmayan iki cinse ait üreme organı bulunan kişilerdir. Bu kişiler dış ya da iç organları bakımından her iki cinsin özelliğini taşırlar[167]. Bu kişilerde doğumsal anomali olarak kabul edilen bir durum söz konusudur. Böyle kişilerde hem penis hem vajina hem testis hem de rahim vardır. Durum böyle olsa da böyle kişiler bir cinse daha yakındırlar. Doğduklarında cinsiyetlerine karar verilemediğinden ilerideki hayatlarındaki cinsel tercihleri hekimlerin doğru kararı vermesine bağlıdır. Böyle kişilere genellikle hormon desteklemesi veya cinsiyet değiştirme ameliyatı ile yakın olduğu cinsiyeti belirleme imkânı verilmelidir. İşte kişiye kendisinde egemen olan cinsin özelliklerine kavuşturmak amacıyla cinsiyet değiştirme ameliyatı yapılarak gizli olan gerçek cinsiyetin ortaya çıkarılması gerekir[168]. Bu tür tıbbi müdahaleler, kişi için zorunlu tedavi edici nitelik taşıdığından hukuka uygun kabul edilir. Zaten burada kişinin cinsiyet değiştirmesi gibi bir durum söz konusu olmayıp yalnızca belirgin olmayan cinsiyetin belirginleştirilmesi söz konusudur.

Cinsiyet sapmalarına ilişkin bahsedeceğimiz son durum, travestilerin durumudur. Travesti, karşı cinsin giysilerini giymekten hoşlanan kişilere verilen addır. Bu kişilerde karşı cinsiyete ait bir takım özelliklere eğilim vardır. Onların durumu transseksüellerden daha hafiftir. Kendilerini ruhsal açıdan tam olarak karşı cins gibi hissetmezler. Erkekler kadın elbisesi giyerken kadınlarda erkek giysileriyle dolaşırlar. Bu nedenle öğretide bu gibi kişilerin cinsiyet değiştirmeleri hukuka uygun kabul edilmez[169].

Yukarıda da bahsedildiği üzere bu dört tip cinsiyet sapmalarında yalnızca transseksüel yapıda olanlar veya çift cinsiyetli olanlar (hermafroditler) bu tedavi amaçlı ameliyatı geçirip, cinsiyet değiştirebileceklerdir. Bu kişiler için bu ameliyatın geçirilmesinden başka bir çıkar yol yoktur. Cinsiyet değişikliği bu kişiler için bir kapris, bir fantezi değil, tedavi olabilmek için başvurulabilecek yegâne çözümdür.

---

167 Öztürel, s. 258; Zevkliler, Medeni, s. 268; Tekin, s. 100.
168 Zevkliler, Medeni, s. 269; Tekin, s. 100.
169 Tekin, s. 99; Zevkliler, Medeni, s. 280.

Burada önemli olan bu cinsiyet sapmalarının hekim raporu ile tespit edilmiş olmasıdır.

Hukukumuzda cinsiyet değiştirmeye yönelik yapılan tıbbi müdahalelerin tedavi amacı taşıyıp taşımadığı tartışılmıştır. 1988 yılına kadar konuyla ilgili bir yasal düzenleme mevcut değildi. Yeni Medeni Kanun yürürlüğe girmeden önce eski kanunun 29. maddesine 3444 sayılı Kanunla[170] eklenen bir fıkra[171] ile cinsiyet değiştirme ameliyatları hukuki olarak kabul edilmiş bulunmaktaydı. Ancak bu düzenleme bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığı tartışmalarını sona erdirmeye yetmemiş, bilakis ameliyata ilişkin koşulların net biçimde belirlenmemiş olması tereddütlere ve çelişkilere yol açmıştı[172]. Konuya ilişkin olarak Yargıtay, bir kararında[173] cinsiyet talebini reddederek tereddütlerini iki ayrı esasa değinerek belirtmiştir. Bunlardan birincisi böyle bir müdahalenin Eski Medeni Kanunun 23. maddesi gereği kişilik hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmayışıdır. İkincisi, kişinin serbest iradesiyle cinsiyetini değiştirebileceği kabul edilirse kanuna karşı hilelere kapının açık bırakılacağı endişesidir. Kişiler bu yolla örneğin, askerlikten kaçabilir, evlilik birliğini sona erdirebilirler. Yargıtay verdiği ret kararı ile böyle bir duruma olanak vermemiştir. Ancak karar hukuki yönden bir anlamda tatmin edici olsa da sorunun çözümü için yeterli değildir. Bizce Yargıtay'ın gerekçeleri, genel ve somut olay bakımından pek olası gözükmemektedir. Bir kere yukarıda da belirttiğimiz gibi bu ameliyatların amacı kişileri bir anlamda tedavi niteliği içermektedir. Şüphesiz bu tıbbi müdahale kişiye sıkı sıkıya bağlı bir mutlak bir kişilik hakkına yönelik bir girişimdir. Ancak bu tür müdahalelerin tedavi edici yönü bu tıbbi müdahaleleri kişilik hakkı sayılan vücut bütünlüğüne saldırı olmaktan çıkarır ve hukuka uygun hale getirmektedir. Burada bu tür müdahalelerin tedavi edici yönünün araştırılması ve belgelendirilmesi gerekecektir. Eğer cinsiyet değişikliği kişi için zorunlu ve tedavi edici nitelikte ise hukuka uygun kabul edilir ve kişinin tıbbi müdahaleye rızası kabul görür. Yargıtay'ın ikinci gerekçesi kişilerin bu müdahaleyi

---

170 RG. 12. 05. 1988, No. 19812.

171 EMK 29/2. Maddesi: "*Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltilir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tayin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur".*

172 Çakmut, s. 176.

173 Y.2.HD, E. 1986/651 K. 1986/3256, YKD., Yıl: 1986, Cilt: 12, Sayı: 8, ss. 112-1126.

kanuna karşı hile olarak kullanma endişesidir. Bizce bu gerekçe hayatın gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. Kişilerin örneğin sırf askerlikten kaçmak gibi bir nedenle bu tür riski çok yüksek olan ve geriye dönüşü imkânsız bir ameliyatı kabul etmeleri neredeyse imkânsızdır. Çünkü feda edilen değer (cinsiyet) ile elde edilecek yarar (örnekte belirtilen askerden kaçma) arasında uçurum vardır. Kaldı ki kişiler kanuna karşı hile yapmak isteseler daha az risk içeren başka yollar bulabilirler.

Yukarıda bahsi geçen söz konusu değişiklik ile Türk Hukukunda transseksüellerin cinsiyet değiştirmelerine ve bu değişikliğin nüfus kütüğüne değişiklik yoluyla işlenmesine imkân tanınmıştı. Ancak yapılan bu düzenleme amacı aşan bir düzenleme halini almış cinsiyet değişikliği yoluna başvurabileceklerin çevresini son derece genişletmiş, evli olan ve üreme yeteneğine sahip bulunan kişilerin de cinsiyet değiştirebileceğini kabul edilmişti. Kanun koyucu yapmış olduğu böyle bir düzenlemeyle *tam bir cinsiyet karmaşası* yaratmıştı[174].

Bu durumu fark eden kanun koyucu 2002 yılında yeni Medeni Kanun 40. maddesinde cinsiyet değiştirme ameliyatlarının koşullarını daha net düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

> "*Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir".*

Düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere cinsiyet değiştirme koşulları sırasıyla mahkemeye izin için başvurma, on sekiz yaşında olma, evli olmama, üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olmadır.

Konuyla ilgili son olarak, bu tür ameliyatlar öncesinde kişiden alınan rızadan bahsedilmelidir. Bu tür ameliyatlarda kişilerin üreme yetenekleri de ortadan kaldırılmaktadır[175]. Bu nedenle ameliyat öncesi kişiler detaylı biçimde aydınlatılıp müdahalenin etki ve sonuçları açıkça belirtildikten sonra ameliyat edilmelidir. Aksi

---

174 Zevkliler, Medeni, s. 278.
175 Çakmut, s. 177.

halde 2827 Sayılı Kanun'da belirtilen sterilizasyona ilişkin koşullar yerine getirilmediğinden TCK 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırılmaya ilişkin hükümler söz konusu olacaktır.

ee. Yapay Döllenme (Suni İlhak)

Yapay döllenme[176] cinsel birleşme olmaksızın erkekten alınan spermlerin tıbbi yöntemlerle kadın üreme organına aktarılması ve bu şekilde döllenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan müdahaleye verilen isimdir[177]. Diğer bir şekilde tanımlamak gerekirse, erkek üreme organlarında ortaya çıkan bir aksaklık ya da eksiklik nedeniyle, olağan cinsel ilişki yoluyla kadının gebe kalamaması durumunda erkek üreme hücrelerinin kadının rahmine yapay yolla[178] enjekte edilmesidir[179]. Yapay döllenme, bir tedavi yöntemi olup tıbbi müdahaleler içerisinde yer almaktadır. Danıştay, bir kararında bu durumu açıkça şu şekilde ifade etmiştir[180]:

> *Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri: Anne adayının yumurtası ile kocasının spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar.*

---

176 Yapay döllenme, çocuk sahibi olmanın olanaksız olduğu ya da normal yoldan çocuk yapabile ek hallerde isteğe bağlı olarak belirli yöntemlerle çocuk sahibi olmaya olanak vermektedir. (ÜNVER Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Açısından Sun'i Döllenme", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul 2008, s. 21).

177 Haluk N. Nomer, "Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağa**n, İstanbul 2000, s. 545; Çakmut, s. 169; Ayan, s. 40; Onursal Cin, "Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, Sayı: 5, s. 30; Öztekin Tosun, "Ceza Hukuku Bakımından Sun'i İlhak", **İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXV, 1960, Sayı: 1-4, s. 107.

178 Bu yapay yollar iki çeşittir. Söz konusu yapay yollardan ilki inseminasyon denilen bir yöntemdir. Bu yöntem, semen örneğinin yıkanarak, iyi hareketli spermlerin seçilip rahim içine verilmesi işlemidir. Bu yöntemin özelliği, hızlı hareket eden sağlıklı spermlerin seçilmesi, spermlere zararlı olan asit ortamın bertaraf edilmesi, spermin yumurtaya daha yakın bir yere bırakılması ve spermlere kadın fallop tüplerine ulaşma şansı verilmesidir. Diğer yöntem in vitro fertilizasyon denilen Yumurta ve spermin insan vücudu dışarısında laboratuar ortamında bir araya getirilmesi ve döllenme sağlanması, daha sonrada fertilize olup gelişen embriyoların rahime yerleştirilmesi işlemidir.

179 Zevkliler, s. 32.

180 Ünver, Döllenme, s. 28.

Yapay döllenme, homolog döllenme ve heterolog döllenme olmak üzere ikiye ayrılır. Homolog döllenme, evlilik ilişkisi içerisinde gerçekleştirilen ve herhangi bir sebeple (psikolojik, anatomik, eşlerin birbirlerinden uzakta olması gibi) eşler arasında normal bir birleşmenin olamadığı durumlarda yapılan bir yapay döllenme yöntemidir[181]. Heterolog döllenme ise evlilik ilişkisi dışında gerçekleştirilen ve evli bir kadının kocası dışında bir erkeğin üreme hücrelerinin aktarılması işlemidir. Bu yönteme daha çok erkeğin kısır olduğu ve genetik olarak geçen hastalıklı sperm hücrelerinin varlığı durumlarında başvurulmaktadır[182]. Bu yöntem, ayrıca Amerika ve İngiltere'de evlenmeden ve cinsel ilişkiye girmeden çocuk sahibi olmak isteyen kadınlar tercih etmektedir.

Yapay döllenme şekillerinin hangisinin hukuka uygun tıbbi müdahale olarak kabul edileceği geçmişte öğretide tartışılmıştır. Günümüzde hem tıp hem hukuk otoriteleri homolog döllenmeyi hukuka uygun kabul etmişlerdir. Buna dayanak olarak yapay döllenme için yapılan tıbbi müdahalenin çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin fiziksel ruhsal bozukluklar açısından tedavi edilmesi bu sayede döllenmenin sağlanıp ailenin çocuk özleminin giderilmesidir. Bu müdahale tıbbi bir girişim olup tedaviye yönelik olduğundan hukuka uygun sayılmaktadır[183].

Her tıbbi müdahalede olduğu gibi bu tür müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için yetkili kişi tarafından eşlere aydınlatma yapılarak tıp biliminin gereklerine göre yapılması gereklidir[184]. Döllenme, evlilik içerisinde olduğu müddetçe ahlaki ve hukuki açıdan bir sorun teşkil etmeyecektir. Günümüzde heterolog döllenmeye ahlaki ve hukuki açıdan olumlu bakılmamaktadır[185]. Heterolog döllenmenin insan onuruna ve Anayasada güvence altına alınmış aileyi koruyucu hükümlere aykırı olduğu kabul edilmektedir. Heterolog döllenmeye ilişkin yapılacak hukuki işlemler her şeyden önce ahlaka aykırı olması dolayısıyla geçersizdir(BK.

---

181 Cin, Yardımcı, s. 31; Ayan, s. 40; Çakmut, s. 169; Ayfer (Uyanık) Çavuşoğlu, "Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk İle Ana Baba Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl: 2006, S. 17-18, s. 19.

182 Cin, Yardımcı, s. 31; Ayan, s. 40; Çakmut, s. 169; Çavuşoğlu, s. 19.

183 Ayrıca böyle bir tıbbi müdahale ile kişi kişilik hakkından vazgeçmez. Bilakis böyle bir tıbbi müdahale kişisel değerleri güçlendirir. Çünkü kişiler bu yolla çocuk sahibi olup anne baba zevkini tadabilecek ve belki sarsıntılı evlilikleri kurtarabilecektir (Zevkliler, s. 33).

184 Cin, Yardımcı, s. 32; Ayan, s. 42; Çakmut, s. 170; Zevkliler, s. 33; Öztekin Tosun, "Ceza Hukuku Bakımından Sun'i İlhak", **İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXV, 1960, Sayı: 1-4, s. 108.

185 Amerika, İngiltere ve Fransa gibi ülkelerde bu yöntem kabul edilmiştir.

Md. 27). **Zevkliler,** böyle bir işlemin kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığını belirtmiş ve bu durumun soydanlık (nesep) yönünden önemli sorunlar doğurabileceğini belirtmiştir[186]. Öğreti tarafından kabul edilen görüş, heterolog döllenmenin günümüz toplumunda ahlak ve din anlayışıyla bağdaşmaz nitelikte oluşudur[187]. Yine Diyanet İşleri Başkanlığı homolog döllenmenin dine aykırı olmadığı ancak heterolog döllenmenin dinsel yönde kabul edilemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir[188].

Türk Ceza Kanunu açısından konuyu açıkça düzenleyen ve fiili suç sayan bir hüküm bulunmamaktadır[189]. Ortada gerçek anlamda bir cinsel birleşme bulunmadığı için bu yolla yapılan tıbbi müdahaleler, cinsel hürriyet aleyhine işlenen suçlar kapsamında yer almaz. Eşlerden birinin rızası olmaksızın yapılacak yapay döllenmelerin rızası olmayan eşin şerefine karşı işlenmiş bir suç oluşturacağı ifade edilmiştir[190]. Yine kişiden zorla, hile ve cebir ile rızası olmadan ya da irade sakatlanarak yapay döllenme yapılmışsa somut olayın özelliğine göre TCK 106, 107, 108 maddelerinde düzenlenen suçlardan birinin oluşabilecektir.

Görüldüğü üzere, yapay döllenmede en önemli unsur kişilerin rızasının alınmasıdır. Eşlerden ya da eş olmayan çiftlerden birinin dahi olsa rızasının alınmamış olması işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Yine yapay döllenmede hekimin üzerine önemli görevler düşmektedir. Özellikle yapay döllenmeye ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarını yerine getirilmelidir. Tıbbi müdahaleyi her yönüyle değerlendirip gerekli önlemler alınmalıdır. Gebeliğin kadın için uygun olup olmadığı, eşlere ait genetik problemlerin varlığının sorgulanması, kan uyuşmazlığının olup olmadığı ve diğer olabilecek risk faktörlerinin detaylıca incelenmesi gereklidir[191].

---

186 Çavuşoğlu, s. 19; Zevkliler, s. 33.

187 Ayan, s. 42; Zevkliler, s. 33; Cin, Yardımcı, 32; Çakmut, s. 171.

188 Zevkliler, s. 33.

189 Öğretide Ünver, üremeye yardımcı araç ve yöntemlerin mutlaka kanuni olarak düzenlenmesi gerektiğini ve bu düzenlemelerin hem ceza hem özel hukuk anlamında olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kanuni boşluk uygulamada ciddi sorunlara yol açmakta ve suiistimallere neden olmaktadır (Ünver, Döllenme, s. 31).

190 Çakmut, s. 171.

191 Ayan, s. 42.

Konu hukukumuzda Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği[192] ile yasal bir zemine oturtulmuştur. Yönetmelik homolog döllenmeyi 1. maddesinde "*Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanması için,…"* şeklinde ifade ederek kabul etmiştir. Yine söz konusu yönetmelikte eşlerden alınacak rızaya ilişkin detaylı açıklamalara da yer verilmiştir. (Md. 17, 19, 20.).

Yönetmeliğin adından da anlaşılacağı üzere, yapay döllenme tedavi amacı taşıdığında tıbbi müdahale olarak kabul edilmektedir[193].

ff. Embriyo Aktarması (In Vitro Fertilizasyon)

Embriyo aktarması, erkek spermi ile kadın yumurtasının dış ortamda döllendirilmesi ve belirli bir gelişme aşamasından sonra ana rahmine yerleştirilerek çocuk doğumunun sağlanmasıdır[194]. Diğer bir deyişle, klasik yöntemlerle gebe kalamayan gebe kadınlarda erkek spermi ile kadın yumurta hücrelerinin laboratuar koşullarında birleştirilmesi sonucunda oluşan embriyoların ana rahmine transferidir[195].

Embriyo aktarmaları konusunda dört değişik ihtimal mevcuttur. Bunlardan birincisi evli bir kadının yumurta hücresi ile kocasından alınan spermin bir tüpte ya da özel kapta döllendirilip bir süre sonra döllenmiş embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesidir. Bu yöntem tıpkı homolog döllenme gibidir. Tek fark üreme hücreleri dış ortamda birleştirilmektedir. Bu yola daha çok doğal yoldan gebe kalamayan eşler için başvurulur. İkinci ihtimal, evli kadının yumurta hücrelerinde bir bozukluk olması nedeniyle kocasının sperminin yabancı bir kadına enjekte edilip, döllenme sağlandıktan sonra yabancı kadının rahminden alınan embriyo evli kadının rahmine aktarılmakta ve gelişimini orada tamamlamaktadır. Bu yöntem, erkeğin

---

192 RG. 19.11.1996, No. 22822. Söz konusu yönetmelik ilk önce 21.08.1987 tarihinde 19551 sayılı RG de yayınlanmış ve "İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği" adı altında yürürlüğe girmişti. Bu yönetmelik 1998 tarihinde değiştirilerek şimdiki halini almıştır.

193 Ünver, Yapay döllenmenin yapılış tür ve biçimine göre klasik, genelde uygulanan yöntemlerin dışında kaldığından deney veya deneme sayılması gerektiğini savunmaktadır (Yener Ünver, "İnsan Üzerinde Deney Deneme Suçları", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, Beta Basımevi, İstanbul 2007, s. 179).

194 Ayan, s. 43; Çakmut, s. 172; Zevkliler, Tedavi, s. 34.

195 Cin, Yardımcı, s. 32; Çavuşoğlu, s. 25; Şehsuvaroğlu, s. 123.

sperm hücrelerinin, yabancı kadının yumurta hücreleri ile laboratuar koşullarında özel bir tüpte döllendirilmesi şeklinde de uygulanmaktadır. Embriyo aktarmalarında üçüncü yöntem, evli kadının gebeliği yürütemeyecek ve doğumu kaldıramayacak yapıda ise eşiyle gerçekleştirdiği normal bir cinsel birleşme sonunda oluşan embriyo yabancı bir kadının rahmine transfer edilmekte ve doğum bu kadın tarafından yapılmaktadır. Embriyo aktarmalarında karşılaşılan son durum, kadın ve erkeğin her ikisinin de steril olması durumunda başka bir kadın ve erkeğin cinsel birleşmeleri sonucunda üreme yeteneği olmayan fakat gebeliği yürütebilecek ve doğurabilecek kadının rahmine aktarılmasıdır. Bu yöntem aynı zamanda doğum öncesi evlat edinme olarak bilinmektedir [196].

Yukarıda bahsedilen embriyo aktarma durumları evli çiftlerin çocuk sahibi olamadıklarında uygulanabilecek infertilite yöntemlerdir. Üremeye yardımcı bu yöntemler bazı etik ve hukuki tartışmaları başlatmıştır. Yukarıda bahsedilen embriyo aktarma türlerinden hukuka ve ahlaka uygun kabul edilen ve öğretide kabul gören ilk yöntemdir. Diğer yöntem türleri heterolog döllenme benzeri olduğundan hukuka uygun değildir[197].

Ülkemizde konuyu Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği düzenlemiştir. Yönetmelik, üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvurabilmeleri için bir takım ölçütler getirmiştir. Bu ölçütler, evli çift olması, sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması, evli çiftlerin bu yönetmelikte öngörülen tedavi yöntemleri dışındaki mevcut tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarının belgelenmiş bulunması şeklinde sayılabilir.

Görüldüğü üzere, yönetmelik bu yola başvuracak kişilerin evli olmasını aramış böylece birlikte yaşayan ya da imam nikâhlı eşlerin embriyo transferi yaptırmasına izin vermemiştir. Yine embriyo transferinde evli kişilerin üreme hücrelerinin kullanılabilecek olmasıdır. Taşıyıcı annelik ya da diğer embriyo transfer türleri kabul edilmemektedir.

Uygulamada hekimler, embriyo transferi konusunda hukuki engellerden yakınmaktadırlar. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği 18/8-b

---

196 Cin, Yardımcı, s. 32; Nomer, ss. 556-561; Çakmut, ss. 172-173; Ayan, s. 43; Zevkliler, Tedavi, s. 34-35.

197 Ayan, s. 43; Çakmut, s. 174; Zevkliler, Tedavi, s. 34. Karşı görüş için bakınız. Cin, Yardımcı, s. 32.

maddesine göre tüpte oluşan her embriyonun bir tedavi döneminde sınırlı sayıda anne rahmine yerleştirilebilecektir. Konuyla ilgili madde hükmü şu şekildedir:

> *Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.*

Yine annenin bu yolla birden fazla gebe kalması halinde fetüslerden bazıları fetosid olarak adlandırılan bir yöntemle diğer fetüsün veya fetüslerin yaşamını korumak ve kurtarmak için rahim içinde öldürülmekte ve rahimden uzaklaştırılmaktadır. Bu tıbbi müdahaleler gizli tutulmaktadır. Çünkü bu yöntemde çoğul gebelikler başarı değil başarısızlık olarak kabul edilmektedir[198]. Yönetmeliğin konuyla ilgili olarak sınırlama ve yaptırımları içeren 18/10. maddesi şu şekildedir:

> *ÜYTE teknikleri kullanılarak oluşan çoğul gebeliklerde embriyonal ya da fetal redüksiyon yapılamaz. Ancak tıp fakültesi hastaneleri ve Bakanlığa bağlı eğitim hastanelerinden alınan durum bildirir heyet raporuna göre redüksiyon işlemi yapılabilir. Tıbbi endikasyonu belgelemeden redüksiyon yapan merkezlerin üç ay süre ile yeni başvuru kabulü durdurulur. Tekrarı halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi iptal edilir.*

Kanun koyucu haklı olarak, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde tüpteki embriyoların yaşama yetilerinin tespiti amacıyla incelenmesinin gerekli olduğunu vurgulamış, bunun dışında keyfi ve ayırımcı bir seleksiyona izin vermemiştir. Uygulamada polkörberbiyopsi denilen bir yöntemle hekimler, henüz döllenmeden olmadan yumurtada bir kromozom dağılımlı problemi olup olmadığını anlamak için testler yapmaktadır. Bu işlem, döllenme sonrasında embriyoyu anne rahmine yerleştirmeden öncede yapılabilmektedir. Preimplantasyondiagnostik (embriyo taraması) olarak adlandırılan bu yöntemde embriyonun genetik yapısı incelenmekte embriyoya ait kromozoma ait bozukluk ve genetik hastalıkların olup olmadığı tespit edilebilmektedir[199]. Yönetmelikte bu durum

---

198 Hans Lilie, "Tüp Bebek (Suni Döllenme) Alanında Yeni Problemler", (Çev. Ramazan Uzun), **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 113.

199 Lilie, 'Tüp Bebek', s. 113.

"Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Bu durumun tespiti halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve merkez ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilir."

şeklinde düzenlenerek, bu yöntemin uygulanmasına sadece kalıtsal hastalıklar bakımından izin vermiştir.

f. İlaç Tedavileri

Hekimin hastayı iyileştirmek amacıyla uyguladığı tedavi faaliyetleri içerisinde başvurulan tıbbi müdahale türlerinden biri de ilaç uygulamalarıdır. İlaçlar uygulamada çoğu kez hekim tarafından önerilmekte ve ilgili sağlık personeli ya da bizzat hasta tarafından uygulanmaktadır. Her kim tarafından her ne şekilde önerilirse önerilsin ya da uygulanırsa uygulansın ilaçların vücuda bir takım etkileri vardır.

En basit şekliyle ilaç, bir hastalığın tedavisi için kullanılan maddeyi ifade eder[200]. İlaç, insanlara ya da hayvanlara bir hastalığın tedavisi, önlenmesi ya da tanısı amacıyla verilen maddeleri belirten genel terimdir. İlaçlar, ağrıları ya da başka rahatsız edici durumları dindirmek, ruhun ve vücudun normal dışı durumlarını düzeltmek ve kontrol altında tutmak için kullanılırlar. İlaç, canlı hücre üzerinde meydana getirdiği tesir ile bir hastalığın tanısını, iyileştirilmesi veya semptomlarının azaltılması amacıyla tedavisini veya bu hastalıktan korunmayı mümkün kılan, canlılara değişik uygulama yöntemleri ile verilen doğal, yarı sentetik veya sentetik kimyasal preparatlardır[201].

Ülkemiz mevzuatı incelendiğinde ilaç terimi yerine "beşeri tıbbi ürün" terimi kullanılmaktadır. Beşeri tıbbi ürün tanımı, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelikte[202]

---

200 Ayan, s. 36.
201 Vikipedi: Özgür Ansiklopedi,http://tr.wikipedia.org/wiki/.
202 RG 17. 02. 2005, No. 25730.

Beşeri tıbbi ürün/ürün: Hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonunu.

şeklinde tanımlanmıştır.

İlaçlar, farmakolojik etkili olan veya farmakolojik etkisi olmayan ilaçlar olarak ikiye ayrılabilir. Farmakolojik etkili ilaçlar tedavi edici özelliğe sahiptirler. Bu ilaçlar genellikle hekim tarafından reçete edilir. Bu nedenle bu ilaçların kullanımında tıbbi sorumluluğa ilişkin esaslar geçerlidir. Özellikle, hekimin ilacın kullanım şekli dozajı ve yan etkiler hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğü vardır. Yine hekim ilacın seçiminde özenli davranmalı ve ilacın hasta üzerinde yapabileceği olası etkileri göz önünde bulundurmalıdır. Hekim bu özen yükümlülüğüne aykırı davrandığında ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır[203].

Bazı ilaçlar araştırmaya yönelik, tıp alanında yeni kullanılmaya başlanmış ya da başlanacak türde olan ilaçlardır. Bu ilaçların uygulanması tıbbi araştırmalardan başka bir şey değildir. Bu ilaçların bazıları tedavi amacıyla bazıları da deneysel amaçla üretilmektedir. İlaç araştırmaları, 29.1.1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliği mülga eden Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir. Yönetmelik bu tür ilaç araştırmaların yapılabilme koşullarını detaylıca düzenlemiştir. Bu tür yeni ilaçların hastaya uygulanırken hekimin daha dikkatli olması ve hastayı ilaç hakkında detaylıca bilgilendirmesi gereklidir.

Plasebo[204] olarak da adlandırılan farmakolojik etkisi olmayan ilaçlar ise içeriğinde farmakolojik unsur bulunmayan ilaçlardır. Bu ilaçlar hem tedavi hem de klinik araştırmalar için kullanılmaktadır[205]. Plasebolar özellikle psikiyatri alanında hastaların tanı ve tedavisinde kullanılmaktadır. Hastaya plasebo olarak adlandırılan bu madde ilaç olarak verilir. Hasta ilaç içtiğini zanneder. Böylece hastanın rahatsızlığının geçip geçmediği ölçülür. Plasebo farmakolojik etkili bir madde olmadığından herhangi bir yan etkisi de söz konusu değildir.

---

203 Ayan, s. 37.

204 Latince bir sözcük olan plasebo, 'hoşnut edeceğim' anlamına gelir. İlaç ya da deva niyetine alınan bir şeyin öznel olarak olumlu etkisini ima eder (Erol Göka, "Plasebo Kavramı ve Plasebo Etkisi", **Türkiye Psikiyatri Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 1, Sayı: 13, s. 59).

205 Ayan, s. 38.

Plasebonun kullanıldığı bir diğer alan bilimsel araştırmalardır. Klinik ilaç araştırmalarında kontrol grubundaki hastalara plasebo verilirken deney grubundaki hastalara yeni ilaç verilir ve yeni ilacın yan etkileri araştırılır.

Hukukumuzda plasebo kullanımına ilişkin düzenleme TDN 20. maddesidir. Söz konusu madde şu şekildedir:

> *Tabip ve diş tabibi, faydasızlığını bildiği bir ilâcı, hastaya veremez. Ancak, esaslı bir tedavi yapılması mümkün olmayan hallerde, teselli bakımından bazı ilâçlar tavsiye edebilir. Malî vaziyetleri müsait olmayan hastalara, mutlak zaruret olmadıkça, pahalı teselli ilâçları verilmesi caiz değildir. Tabip ve diş tabibi, hastaya lüzumsuz ve fuzulî masraflar yaptırmayacağı gibi faydası olmayacağını ve hastanın malî kudretinin kâfi gelmeyeceğini bildiği bir tedaviyi tavsiye edemez.*

Dünya Tıp Birliği insan denekler üzerinde tıbbi araştırma yapan hekimlere ve bu araştırmalara katılan diğer kişilere rehberlik etmek amacıyla etik ilkeleri bir araya getiren Helsinki Bildirgesi'ni oluşturmuştur. 2004 Tarihinde Tokyo/Japonya'da düzenlenen Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi 29. maddesinde plasebodan bahsedilmiştir. Buna göre yeni bir yöntemin yararları, riskleri ve yaratacağı rahatsızlıkları etkililiği, halen geçerli kabul edilen en iyi profilaksinin, tanı ve tedavi yöntemleri karşısında test edilmesi gerektiği ancak, kanıtlanmış profilaksi, tanı ve tedavi yöntemlerinin bulunmadığı çalışmalarda plasebo kullanılabileceği veya hastanın tedavisiz bırakılabileceği ifade edilmiştir. Yine Dünya Tıp Birliği plasebo-kontrollü denemelerin kullanımında ileri düzey bakım yapılması gerektiğini ve genel olarak bu yöntemin kanıtlanmış mevcut tedavinin bulunmadığında kullanılmasını belirtmiştir. Bununla beraber, kanıtlanmış bir tedavi mevcut olsa bile plasebo-kontrollü denemenin aşağıdaki koşullara uygun yapılmasını belirtmiştir:

a-Bir profilaktik, diagnostik ya da terapötik yöntemin, güvenliliği ve etkinliğini belirlemek için gerekli zorlayıcı ve bilimsel olarak doğru metodolojik nedenlerle kullanımında,

b-Bir profilaktik, diagnostik ya da terapötik yöntem önemli sorunlar yaratmayacak bir durumda araştırılacak olmalı ve plasebo alacak olan hastayı ilave ciddi ya da geri dönüşü olmayan bir zarar riskine maruz bırakmamalıdır,

c-Özellikle, uygun etik ve bilimsel inceleme için Helsinki Bildirgesi'nin bütün diğer koşullarına sadık kalınmalıdır.

g. Yapay Maddelerle Yapılan Tedaviler

Tedavi amacına yönelik faaliyetlerin bir bölümünü protez, ortez, pil, diş dolgusu gibi yapay maddelerin insan vücuduna takılması oluşturmaktadır[206]. Bu tür müdahalelerin tedavi edici özelliği olduğundan tıbbi müdahale olarak kabul edilir.

2. Beden Bütünlüğüne Yönelik Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Bazı tıbbi müdahaleler vücut bütünlüğünü doğrudan etkilemez. Bu müdahaleler hastalığın tanısı, cerrahi müdahale sonrası kontrol faaliyetleri ile psikolojik tedavi faaliyetlerini içermektedir[207].

Hekim, sağlığı bozulan kişi kendisine başvurduğunda öncelikle hastalığın tanısı ile meşgul olur. Bu nedenle bir takım faaliyetlerde bulunur. Bunların bazıları vücuda doğrudan etkisi olmayan tıbbi müdahale türüdür. Yine ameliyat sonrası ya da diğer bir tıbbi müdahale veya ilaç tedavisi sonrası kontrol amaçlı faaliyetler de vücut bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahalelerdir. Bu anlamda hastaya hastalığın tedavisinin bir parçası olan diyet uygulaması beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilecektir. Hekimin bu hususta yaptığı yanlış yöntemler onun sorumluluğuna yol açar. Örneğin, kortizon tedavisi alan bir hastaya tuzdan kısıtlı bir diyet önermeyen ya da diyetisyene yönlendirmeyen hekim, tıbbi hata yapmıştır.

Psikolojik tedavi faaliyetleri de bu tür tıbbi müdahalelerdendir. Böyle durumlarda hasta ile hekim karşılıklı konuşarak rehabilitasyon yapıldığı görülür. Vücuda yönelik doğrudan bir müdahale olmasa da hastanın ruhsal durumunun bozukluğu tedavi edilirken kendisine verdiği bedensel zararlardan dolayı hekimin sorumluluğu doğabilir[208].

---

206 Ayan, s. 44.
207 İpekyüz, s. 45.
208 İpekyüz, s. 45.

IV. TIBBİ MÜDAHALENİN KOŞULLARI

Koşullara uygun yapılan tıbbi müdahale eylemi hukuka uygun kılan hususdur. Bu koşullar tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonun bulunması, aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahalede bulunması olarak sıralanabilir. Tüm bu hususlara uyularak yapılan tıbbi müdahale, esasen hekimin tıbbi müdahalesinin taksirle öldürme suçunun oluşmasını engelleyen bir durumdur. Şimdi bu koşulları sırasıyla inceleyelim.

A. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini İcraya Kanunen Yetkili Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Bir davranışın tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için faaliyetin hekim ya da diğer sağlık çalışanları tarafından gerçekleştirilmiş olması gereklidir[209]. Bu durum aynı zamanda müdahalenin hukuka uygun olmasını da sonuçlar. Dolayısıyla, hekim ya da tıbbi müdahalede bulunan kişiler kanundan doğan yetkilerini kullanarak bir takım müdahalelerde bulunabilecektir[210]. Gerçekten hekim, tıp konusunda eğitim görmüş bir kişi olarak kendisine devletin, yasaların tanıdığı bir hakkı kullanan kişi konumunda olmakla bir hukuka uygunluk sebebi içinde hareket etmektedir. Bu hakkın en temel dayanağı, TCK 26 maddesidir. Bu çerçevede hekim hakkını kullanan bir kişi olarak yapmış olduğu eylem kural olarak hukuka uygun kabul edilecektir[211]. Tıbbi müdahalelerde hakkın yerine getirilmesi, tıp ve meslek sanatının icrasından ileri gelir[212]. Bu kişi çoğu kez hekim olmakla birlikte tıp ve teknolojideki ilerlemeler göz önünde bulundurulduğunda diğer sağlık çalışanlarının da azımsanmayacak ölçüde tıbbi müdahalelerde bulunduğu gözlenmektedir.

---

209 Yargıtay bir kararında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun şartları içerisinde *"hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması"* gerektiğini açıkça ifade etmiştir (Y.4HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, Ömer Köprülü, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1984, Cilt: 58, Sayı: 10-11-12, s. 607).

210 Bayraktar, Hekimin, s. 111; Sevük, s. 226.

211 Ümit Kocasakal, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu", 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 152.

212 Ersöz, s. 107.

1219 Sayılı TŞSTİDK'da kimlerin tıbbi müdahalede bulunacakları açıkça ve sınırlayıcı olarak belirtilmiştir. Söz konusu kanuna bakılarak müdahalede bulunacak kişileri hekim ve hekim dışında kalan sağlık personeli olarak gruplamak mümkündür.

1. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalede bulunan kişi hekim, olmalıdır. Hukuka uygun olarak bir tıbbi müdahalede bulunmanın koşullarından biri olan yetkili kişilerce tıbbi müdahalede bulunma yetkisi, sadece hekimlere verilmiştir. Söz konusu yetkinin kullanılabilmesi için hekimde bulunması gereken bazı şartlar mevcuttur. Bu şartlardan bahsetmeden önce hekim kavramından bahsedilmelidir.

a. Hekim Kavramı

Bir mesleği icra etmek, yeterli düşünsel ve bilimsel niteliklere sahip olup toplumsal amaçlara uygun olarak faaliyette bulunmaktır[213]. Tıp mesleğini icra eden hekimlerin de bu mesleği icra etmeye yetkili olması ve kanunun öngördüğü koşulları yerine getirip kanuni bir sınırlamaya uğramaksızın bunu devam ettirmeleri gerekmektedir. Aksi halde ne hekimlik sıfatını kazanabilirler ne de mesleğin icrasını yerine getirebilirler.

Hekim[214], Arapça kökenli bir sözcük olup sözlük anlamı insanlardaki hastalıkları tanı koyan ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimsedir[215]. Modern toplum yaşamında hekim, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisi tanınmış kişileri ifade eder[216]. Diğer bir deyişle hekim, hekimliği icra eden kimsedir. Hekim bu işi yerine getirirken kişinin sağlığını korumak ve sürdürmek amacıyla bir takım faaliyetlerde

---

213 Bayraktar, Hekimin, s. 111.

214 Türkçede hekim anlamına gelen iki sözcük daha vardır. Bunlar Fransızca kökenli "doktor" ile Arapça kökenli "tabip" sözcükleridir. "Doktor" sözcüğü uygulamada yaygın olarak kullanılmakta iken tabip sözcüğüne mevzuatta rastlamak mümkündür. Biz ise bu çalışmamızda hukuk dilinde yaygın olarak kullanılması sebebiyle "hekim" sözcüğünü benimsemeyi uygun gördük.

215 TDKS, s. 631.

216 Hakeri, Temel, s. 5.

bulunur[217]. Bunlardan bazıları hastalıklara tanı koymak, hastalığın seyrini izlemek, ilaç vermek, cerrahi müdahale yapmak ve tıp biliminin gelişmesi için yeni tedavi yöntemlerini incelemek ve uygulamaktır.

Yukarıda verilen tanımlar mevzuatta yer alan ve aynı zamanda çalışmamızın konusunu oluşturan hekimin tıbbi müdahalesinden doğan taksirle öldürme suçuna ait hükümlerin yorumlanması açısından yetersiz ve muğlâk kalmaktadır. Öyleyse mevzuatta yer alan düzenlemelerin daha iyi anlaşılabilmesi için bu kavramının daha belirgin hale gelmesi gerekmektedir.

Öğretide konuyla ilgili bazı kaynaklarda hekim, geniş anlamda tanımlanmış ve tüm tıpla ilgili olan meslek sahiplerini içine alacak şekilde bir üst kavram olarak ifade edilmiştir[218]. Bu anlamda eczacı, psikolog, pedagog, veteriner, ebe, sağlık memuru hekim kavramı içinde yer alabilecektir. Bizce hekim kavramı, çoğunluk görüşe[219] paralel dar olarak yorumlanmalıdır. Çünkü hekim, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen kişidir[220]. Bu itibarla, tıp öğrenimi görüp tıp sanatını uygulamaya hak kazanan hekim grupları: pratisyen hekimler, uzman hekimler ve diş hekimleridir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen veteriner[221], ebe, sağlık memuru vd. gibi sağlık alanında hizmet veren meslek grupları[222], bir sonraki başlık altında detaylıca bahsedeceğimiz gibi, tıp[223] ile ilgili sahalarda çalışmalarına rağmen tıp fakültesinden mezun olmadıkları ve kanunlara uygun olarak bu mesleği icra etmeye yetkili kılınmadıkları için hekim kavramı içinde yer almamaktadırlar. Yine doğal yöntemlerle halk arasında hasta tedavi eden kişiler[224] ve intern hekimleri[225], hekim olarak kabul etme olanağı yoktur. Gerçekten de halk arasında büyücü, çıkıkçı gibi isimlerle iyileştirme sanatını uygulayan kişiler

---

217 Bayraktar, Hekimin, s. 111.

218 Süheyl Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul 1976, s. 158; Aşçıoğlu, s. 1.

219 Donay, s. 158; Aşçıoğlu, s. 1.

220 Aşçıoğlu, s. 1.

221 Veterinerler insan sağlığını uğraş edinmediği için hekim kavramı içerisinde yer alamaz. (Bkz. Ayhan Önder, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 1964'ten ayrı bası, Cilt: XXIX, Sayı:.4, s. 502).

222 Ebe, sağlık memuru, hemşire, çeşitli tıp alanlarındaki teknisyenler radyoloji teknisyeni, anestezi teknisyeni gibi sağlık çalışanları dahi hekim olarak kabul edilemezler.

223 *"Hastalıkları ve sakatlıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan, teknik ve bilimsel çalışmaların tümüdür*." (TDKS, s. 1471).

224 Ayan, s. 5, Dpn. 2.

225 BAYRAKTAR, Hekimin, s. 226.

hekim olarak kabul edilemezler[226]. Örneğin, hekim süsü takınmadan bir ilacın kendi üzerinde olumsuz etki yaptığını söylemek suretiyle hastaya ilaç öneren kişiler, çeşitli ilaçlarla yara bakımı yapan kişiler ya da hastaya hiçbir ilaç vermeden psikolojik telkinlerde bulunan kimselerin yapmış olduğu faaliyet hekimlik icrası olmadığından bu kişilerin hekim olarak kabul edilmesi olanaksızdır[227]. İntern hekim, tıp fakültesi son sınıf öğrencilerine verilen isimdir. Bu kişiler tıp fakültesi lisans eğitiminin poliklinik aşamasında olduklarından asıl hekimin yönetimi ve denetimi altında tedavi faaliyetine katılmaktadırlar. Bu kişiler hekimlik mesleğini bağımsız olarak icra edemedikleri için hekim olarak nitelendirilemezler.

Kural olarak, tıp fakültesi mezunu olup, hekim sıfatını kazanmış kişiler tıbbın tüm alanlarında müdahale yetkisine sahiptir. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun[228] uzmanlık şartı aramamıştır (TŞSTİDK md. 8). Ancak bazen bazı tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilebilmesi için kişinin tıp fakültesini bitirip hekimlik diplomasını alması yetmez. Söz konusu müdahalenin ilgili uzmanlık alanında uzman olmuş hekimlerce yapılması zorunludur. Bu durum sürekli gelişen tıp biliminin zorunlu bir sonucudur. Bazı tıbbi müdahalelerde bulunabilmek ya da bazı ilaçların sadece belli alanlarda uzman olan hekimlerce reçete edilebilmesi için uzmanlık diplomasının varlığını gerektirir. Bu durum, uygulamada hekimlerin uzmanlık seviyelerine göre pratisyen ve uzman (mütehassıs) hekimler olmak üzere iki ayrı gruba ayrılmasını gerektirmiştir. Pratisyen hekimler grubunu tıp fakültesini bitirmiş (lisans eğitimi almış) tıp mesleğini icra eden kişiler oluşturur. Uzman hekim grubu ise lisans eğitimin üstüne uzmanlık (lisansüstü) eğitimi almış kişilerin oluşturduğu gruptur. Bu hekimler almış oldukları uzmanlık eğitimine göre isimlendirilirler. Örneğin, cerrahi uzmanı, dâhiliye uzmanı gibi. Hukukumuz bakımından tıpta uzmanlık eğitimi, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü [229] hükümleri çerçevesinde gerçekleşir. Tıpta Uzmanlık Tüzüğü ihtisas sürelerini, öğrenim şartlarını belirtmiş ve öğrenim sonucu başarılacak bir sınavdan sonra uzmanlık belgesi verileceği düzenlenmiştir. Uzman hekimler almış oldukları uzmanlık diplomasına göre hastaya tıbbi yardımda bulunur. Uzmanlık belgesi,

---

226 Reşat Atabek ve Merih Sezer, "Hekimin Mes'uliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXVIII, s. 2, İstanbul 1954, s. 157.

227 Aşçıoğlu, s.1, Dpn. 2; Ayan, s. 6.

228 RG. 14.04.1928, No. 863.

229 RG. 19.6.2002, No. 24790.

hukukumuzda bu bakımdan hekimler için tekelci bir nitelik taşımaktadır. Bu konu TŞSTİDK 3. maddesinde cerrahi ya da alt dallarında uzman olduğuna ilişkin belgeleri olmayan kişiler cerrahi girişimde bulunamaz şeklinde açıkça düzenlenmiştir[230]. Aynı kanunun 23. maddesinde bu konuya bir istisna getirilmiş, önemli cerrahi girişimlerin uzman hekim ve diğer bir hekim ile beraber yapılacağı uzman bulunmasının veya çağrılmasının olanaksız olduğu durumlarda yapılması gerekli cerrahi girişimlerin herhangi bir hekim tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Öyleyse küçük cerrahi müdahalelerin yapılmasının zorunlu olduğu hallerde pratisyen hekimler uzmanlık eğitimi almadan bu tür girişimlerde bulunabileceklerdir. Uzman olmayan hekimlerin uzmanlıkla ilgili tıbbi müdahalelerde bulunmasını yasaklayan bir diğer düzenleme, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 4. maddesidir. Madde hükmü şu şekildedir: *"Bu Tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyette bulunamazlar."* Hekimin bu yasağa uymayıp uzman olmadan ya da uzman olup farklı uzmanlık dalına ilişkin tıbbi müdahalede bulunması halinde somut olayın koşullarına bağlı olarak kast ya da taksirli sorumluluğu gündeme gelir. Aynı zamanda somut olayın koşullarına göre üstlenme kusuruna yol açabilir ki bu bir tıbbi hatadır[231]. Yargıtay, bir kararında uzmanlık hususunu özellikle aramıştır[232].

Uzman hekim olabilmeyi düzenleyen kurallara genel olarak baktığımızda yapılan düzenlemelerin günümüz koşullarında yetersiz olduğu gözlenmektedir. Baş döndürücü bir hızla ilerleyen tıp biliminin gelişmelerin gerisinde kalmış ve bu konuda yaşanabilecek sorunlara çözüm getirmekten uzak bir mevzuatla düzenlenmeye devam edilmesi, büyük bir eksikliktir. Bugün için tıp bilimi çeşitli bölümlere ayrılmıştır. Hatta birçok anabilim dalı kendi içerisinde de küçük anabilim dallarına ayrılmış durumdadır. Hal böyle olunca tıp fakültesinden mezun olup pratisyen hekim diplomasını alan bir kişinin tüm hastalıkları tedavi etmesi

---

230 Yine *"28.04.1947 tarih ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanun röntgen ışını, radyum veya her türlü elektrik aletleriyle teşhis ve tedavide bulunabilmek için uzmanlık aramıştır. Bu istisnalar dışında ülkemizde tıpta uzmanlık hekimlik yapmada sınırlayıcı bir engel oluşturmamış sadece uzman olmayanların bu unvanları kullanması yasaklanmıştır"* (TŞSTİDK md.10).

231 Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara 2010, s. 91.

232 *"Kalp Damar Cerrahi asistanı sanık hekimin, uzmanlık alanına göre, tek başına torakotomi (göğüs duvarı ameliyatı) yapılmasına karar vermeye ve operasyona yetkili olup olmadığı…"* Y.4.CD., E. 2007/1624, K. 2007/5160, Hakeri, Tıp 2, s. 92.

düşünülemez. Bu nedenle bizce konuyla ilgili mevzuatın bir an önce günümüz koşullarına uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde yapılan veya yapılacak tıbbi hataların önüne geçilemediği gibi bunlara sebebiyet verilmiş olunacaktır.

b. Hekimlik Mesleğinin Şartları

Bazı mesleklerin özel bilgi ve yetenek sahibi olmadan yapılamayacağının kesin kural haline gelmiş olması uygarlığın gelişmesinin bir sonucudur[233]. Böylesine zor ve önemli bir o kadar da sorumluluk gerektiren bir mesleğin icra edilebilmesi diğer mesleklere oranla daha güçtür. Çağdaş toplumlarda bir kişinin hekim sıfatını kazanması ve bunu sürdürmesi oldukça yorucu bir iştir. Altı yıllık bir fakülte öğreniminden ve 2 ile 6 yıl arasında değişen asistanlık hizmetinden sonra uzman hekim olma bunun en önemli göstergelerindendir. Hal böyle olunca insan sağlığı gibi önemli bir konuda meslek icra edecek olan kişilerde aranacak koşullar -dolayısıyla hekimlik yapabilme koşulları- ağırlaştırılmıştır.

Hukukumuz bakımından kimlerin tıp mesleğini icra etmeye yetkili oldukları genel olarak, 1219 Sayılı TŞSTİDK ile 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu[234] hükümlerine göre belirlenmektedir. Bu hükümlere göre bir kimsenin hekim sıfatını alabilmesi için şu koşullar aranmaktadır[235]:

a) Tıp fakültesi mezun olmak ve hekimlik diplomasına sahip olmak,
b) Tabip odasına kayıtlı olmak,
c) Hekimlik mesleğinin icrasına geçici ve sürekli engel bir halin bulunmaması.

---

233 Aşçıoğlu, s. 43.

234 RG. 31.01.1953, No. 8323.

235 Bu koşulların içerisinde 1219 sayılı kanunda yapılan değişiklikle "Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı Olmak" koşunlun bir gereği kalmamıştır. 02.11.2011 tarih ve 28103 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 1219 sayılı TŞSTİDK'nun 1. maddesi birinci cümlesindeki *"Türk hekimlerinin" ibaresi "hekimlerin"* şeklinde değiştirildiğinden artık hekimlerin ülkemizde hekimlik yapabilmeleri için Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşı olmasına gerek yoktur. Bugün için Avrupa Birliği'nde hekimlerin serbest dolaşım hakkı 05.04.1993 tarih ve 93/16/EEC Sayılı Komisyon direktifi ile kabul edilmiş bulunmaktadır. Böylece üye devletler birbirlerinin vatandaşı olan hekimlerin diplomalarını ülkelerinde geçerli kılarak ve mesleklerini icra edebilmelerine olanak vermişlerdir. Bizde de yapılan bu değişiklikle Avrupa Birliğine uyum sağlanmıştır (Erman, s. 94).

aa. Tıp Fakültesi Mezunu Olmak ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak

Bir kimsenin bir mesleği yapabileceğini gösteren belge, diplomadır. Hekimlik mesleği gibi insan sağlığını uğraş edinen mesleklerin diplomaya sahip olmadan yapılması düşünülemez. Bu nedenle hekimlik mesleğinin icra edebilmesinin ilk ve en önemli koşulu diploma sahibi olmaktır. Bir kimsenin hekimlik diplomasına sahip olması demek söz konusu kişinin tıp öğrenimi gördüğünü ve tıp mesleğini yapabilecek bilgi ve yeteneğe sahip olması anlamına gelir.

Tıp mesleğine sahip olma ve bunun devam ettirilebilmesi için gerekli koşulların sıkı kayıtlarla düzenlenmesinde ve bunun ancak yetkili kişilerce söz konusu düzenlemelere ait sınırlar içinde yürütülmesinde bireyin ve toplumun menfaatleri bulunmaktadır[236]. Yine bu mesleğin hekimler tarafından yapılmasının kişi özgürlüğünü koruma amacı da vardır. Tıp biliminin çok geniş olması ve kişiye uygulanacak tıbbi müdahalelerin çok karmaşık olabilmesi sebebiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik girişimlerde bireylerin ve toplumun rızası olmaksızın bu mesleği icra edecek kişilerin hekimlik diplomasına sahip olması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu zorunluluk **Bayraktar**'ın da belirttiği üzere, toplumun menfaati gereğidir ve burada korunan kişi menfaati somut bir kişinin değil soyut bireyin menfaatidir. Dolayısıyla hiçbir özel irade kamunun menfaatiyle çatışmaya girerek etkisiz kimseleri bu mesleği yapmaya yetkili kılamaz[237]. Aksi halde bilgisiz ve yeteneksiz kişilerin yapacağı faaliyetler toplum için tehlike yaratıp kamu sağlığını bozar hale gelecektir[238].

Hukukumuzda tıp mesleğini yapabilmek için aranan diploma, kural olarak, Türk Üniversiteleri bünyesindeki tıp fakültelerinden alınan diplomadır. 1219 Sayılı TŞSTİDK'nun 1. maddesi bunu *"Türkiye Cumhuriyetinde hekimlik yapmak ve ne biçimde olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden*[239] *diploma almak"* şeklinde düzenlemiştir. Aynı kanunun 2. Maddesinde diplomanın geçerli olabilmesi için diplomanın Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nca

---

236 Bayraktar, Hekimin, s. 112; Ersöz, s. 108.

237 Bayraktar, Hekimin, s. 112.

238 Çakmut, s. 28.

239 Kanunda "Türk Tıp Fakültesi" deyimini genişletici yorumlayıp, kanunun yürürlüğe girişinden sonra kurulmuş tüm tıp fakültelerini kapsar nitelikte anlamalıyız. Çünkü kanunun yürürlük tarihi olan 1928'de ülkemizde tek bir tıp fakültesi bulunmaktaydı.

onaylanmış ve kaydedilmiş olması gerekeceği belirtilmiştir. **Bayraktar**, bu işlemin kurucu değil, bildirici nitelikte olmasını söz konusu diplomanın üniversiteler tarafından verilmesine ve bu konuda bakanlığın sadece kanuni hükümlere uymasına başka bir çalışmada bulunmamasına bağlamaktadır[240]. Bakanlığın bu işlemi, sadece denetleme amacını taşıması nedeniyle şüphe uyandıran durumlarda bakanlık, diplomanın verildiği üniversiteden gerekli bilgileri talep edebilecektir.

Türk vatandaşlarını yabancı ülke üniversitelerinden aldıkları diplomalar da belirli koşullar altında geçerli olabilmektedir[241]. 1219 Sayılı TŞSTİDK'nun 4. Maddesi bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre yabancı ülkelerin tıp fakültelerinden mezun Türk hekimlerinin Türkiye'de hekimlik yapabilmeleri için şu aşamalardan geçmesi gerekmektedir:

a- Öncelikle kişinin kimlik tespiti yapılacaktır. Bu işlem Sağlık Bakanlığı'ndan ve Üniversite Tıp Fakültesi kurulundan seçilmiş bir jüri tarafından yapılması gerekmektedir.

b- Aynı jüri yabancı üniversiteden alınan diplomanın Türkiye tıp fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav dönemleri geçirilerek alınıp alınmadığının araştırmasını da yapacaktır.

c- Eğer söz konusu diploma bu koşullara uyuyorsa diploma kabul edilecek ve Sağlık Bakanlığı'nca onaylanarak kütüğe geçirilip diploma sahibinin hekimlik yapmasına izin verilecektir.

d- Eğer söz konusu diploma bu koşullara uygun değilse, diploma sahibi tıp fakültesi profesörler kurulunca seçilmiş bir jüri ile Sağlık Bakanlığı'ndan gönderilen bir görevli tarafından teorik ve pratik bir sınava tabi tutulacaktır. Bu sınavın şekli Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlıkları'nca belirlenecektir. Sınava girmeden önce Türk Tıp Fakültesi öğrenim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere tıp fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınava girecek ve sınavı başaran diploma sahiplerine usulüne göre hekimlik yapmasına izin verilecektir.

---

240 Bayraktar, Hekimin, s. 113.

241 Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 23. maddesinde yabancı ülkede uzmanlık eğitimi alanların ilgili tıp fakültesi öğretim üyelerinden seçilmiş bir heyet tarafından yapılacak sınavda başarı gösterdikleri takdirde uzmanlık belgeleri Sağlık Bakanlığı'nca onaylanacağı düzenlenmektedir.

Yukarıda bahsedilen diplomaların hukuka aykırı yollardan elde edilmesi halinde evrakta sahtekârlık suçu oluşacak ve bu kişilerin hekimlik yapmasına izin verilmeyecektir[242].

bb. Türk Tabipler Birliğine Kaydolmak

Hekimlik mesleğinin yürütülebilmesi için aranan diğer bir şart da Türk Tabipler Birliği'ne kaydolmaktır. Tabip odaları hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının bir bölümünü oluşturan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biridir[243]. 1982 Anayasası bu tür kuruluşları Anayasal bir kurum olarak kabul etmiş ve ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Anayasamız kamu meslek kuruluşlarını 135. maddede şöyle tanımlamıştır:

---

242 Bayraktar, Hekimin, s. 115.

243 *"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının genel nitelikleri Anayasa'nın 135. maddesinde öngörülmüştür. Bunlar:*
a) belli bir yasa ile kurulur. (Tabip odaları 6023 Sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda düzenlenmiştir.).
b) belli bir meslek gruplarını içine alır. Bunlara katılma zorunludur. Katılmadan meslek faaliyetinde bulunma olanağı yoktur. Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlara bu kural uygulanmaz.
c) organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilir
d) Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler.
e) Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir.
f) Milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesine veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yetkili merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile etkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içerisinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.
g) Devletin bu kuruluşlara faaliyet alanlarına ilişkin bazı kamu hizmetlerini yerine getirmek görevi verdiği de görülmektedir. Meslek kuruluşlarının kamu hizmeti ile görevlendirildikleri ölçüde kamusal yetkiler kullandıkları da bir gerçektir. Esasen kamu tüzelkişisi olmaları dolayısıyla yönetmelik yapabilmekte, kamulaştırma kararı verebilmektedirler. Bunun yanında düzenledikleri belgeler karşılığı ücret alabilmekte, meslek kurallarına uymayanlara para cezası ve diğer yaptırımlar uygulayabilmektedirler.
h) Bu kuruluşların özel bütçeleri vardır. Gelirleri üye aidatları, yaptıkları hizmet karşılığı aldıkları ücretler, ve para cezalarından oluşmaktadır.
i) Yasada öngörülen idari ve mali denetime tabidirler. Yasanın öngördüğü durumlarda meslek kuruluşlarının işlemleri üzerinde merkezi idarece yerine getirilen bir vesayet denetimi söz konusudur." (A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara 1998, Cilt:1, s. 274).

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslek faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmelerini sağlamak, meslek mensuplarının birbiriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleridir.

Bu tür kuruluşların kamusal düzenleme konusu yapılması, hekimlik mesleğinde olduğu gibi, kamusal yaşam açısından önem taşıyan mesleklerde meslek disiplinini kurmaktır. Böylelikle Devletin bu kuruluşlar üzerindeki denetimini kolaylaşmış olacaktır[244].

6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu 7/1. maddesi bu durumu bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Buna göre tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden hekimler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak zorundadır. Görüldüğü üzere tabipler birliğine üye olmak her şeyden önce serbest hekimlik yapabilmek için gereklidir. Aynı kanunun 7/2. maddesi kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışan hekimler ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyen hekimlerin tabip odasına üye olabilecekleri belirtilmiştir. Yani bu hekimlerin tabip odasına kayıtlı olma zorunlulukları yoktur. Ancak bu durum 27.01.1956 tarih ve 1956 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi yorum kararında memurların da tabip odasına kayıt yaptırmak zorunda olacaklarını belirtmesiyle değişmiştir. Böylelikle hukukumuzda sivil, memur, asker farkı gözetilmeksizin bütün hekimler için kayıt zorunluluğu bulunmaktadır[245].

cc. Hekimlik Mesleğinin İcrasında Geçici veya Sürekli Engel Bir Halin Bulunmaması

Hekimlik mesleğini yapabilmesinin son koşulu mesleği icra etmede geçici ya da sürekli engel bir halin olmamasıdır. Biz bu durumların farklı iki kanun içerisinde düzenlenmesinden dolayı iki ayrı alt başlık halinde inceleyeceğiz.

---

244 Gözübüyük/Tan, s. 272.
245 Bayraktar, Hekimin, s. 120.

aaa. Geçici Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi

Hekimlik mesleğinin yapılmasının geçici olarak engelleyen hal, hekime Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslek icrasından men cezasının verilmesi ve bu cezanın Yüksek Haysiyet Divanınca onaylanması sonucu kesinleşmesidir. 6023 Sayılı TTBK'nın 39. maddesi gereğince Haysiyet Divanı kanunun hekime yüklediği görevlerin hekim tarafından yerine getirmemesi üzerine 15 günden 6 aya kadar geçici olarak mesleğin icrasından men cezası verebilir. Yine madde hükmünde aynı organın bir bölgede üç defa mesleğin icrasından men cezası almış olanların o bölgede çalışmaktan men cezası verebileceğini de düzenlemiştir.

Meslekten geçici olarak el çektirilen hekimler hekimlik mesleğini icra edemeyecek olup hasta kabul ettikleri yerler de kapatılacaktır (TTBK md. 49/1).

bbb. Sürekli Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi

1219 sayılı TŞSTİDK'nun 28. maddesi bazı durumlarda hekimlerin sürekli olarak meslekten çıkarılabileceğinden bahsetmektedir. Bu durumlar ağır hapis, beş seneden fazla hapis, sürekli olarak kamu hizmetinden yasaklılık veya meslek ve sanatı kötüye kullanma suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkum olan ya da sanat icra etmesine engel ve iyileşmesi olanaksız bir akıl hastalığı ile malul olduğunun muayene sonucu tespit edilmesidir. Bu hekimler, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı'nın kararıyla mesleğin icrasından yasaklanır ve diplomaları geri alınır. Ancak bu maddedeki bazı şartlar öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Bu duruma siyasal düşüncelerinden dolayı ağır hapis cezasına mahkûm olan hekimin meslekten sürekli olarak çıkarılabilmesi gösterilebilir. **Bayraktar**'a göre, meslekten sürekli men edilme cezası sadece hekimlik mesleğinin kötüye kullanılması durumlarında uygulanmalıdır[246]. Bizce de söz konusu maddenin kapsamının suç tipleri bakımından daha dar ele alınması ve sınırlarının daha belirgin bir hale getirilmesinde fayda vardır.

---

[246] Bayraktar, Hekimin, s. 30

Yukarıda açıklandığı üzere bir hekim çeşitli disiplin cezaları nedeniyle mesleğini yerine getirmekten geçici veya sürekli olarak men edilebilmektedir. Böyle bir hekim mesleğini devam ettirirse örneğin herhangi bir tıbbi müdahalede bulunursa kanuna aykırı olarak hekimlik yapma suçunu işlemiş olacaktır.

2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Dışında Kalan Diğer Kişiler Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalenin kişiler üzerinde oluşturabileceği olumsuz etkilerinin olması nedeniyle tıbbi müdahalede bulunma yetkisi sadece sağlık personeline verilmiştir. Bundan amaç bireyin ve toplumun sağlığının korunmasıdır[247]. Söz konusu yetkinin, acil haller dışında, ilgili kanunlarda belirtilen kişilerden (hekim-sağlık personeli) başka bir kimseye verilmesi geçersizdir[248]. Ancak bazı hallerde sağlık personeli haricinde bazı kişilerde tıbbi müdahale yapmak durumunda kalabilirler. Öyleyse hekim dışında tıbbi müdahalede bulunabilecek kişileri ikiye ayırarak incelemek gerekecektir.

a. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Görevlileri Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahaleler hekim dışında sağlık alanında hizmet veren, ekibin diğer üyeleri olarak kabul edilen sağlık görevlilerince de yerine getirilebilir.

Tıbbi müdahalenin hekim dışında kalan diğer kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin hukuka aykırı olmaması için yetkili bir sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Yetkili personel kavramı, ceza hukukumuz açısından oldukça önemlidir. En geniş anlamıyla sağlık personeli *"sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler*" olarak tanımlanabilir[249]. Sağlık personeli Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/3..maddesi personel başlığı altında

247 Hakeri, Tıp 2, s. 94.
248 Bayraktar, Hekimin, s. 112.
249 Hakeri, Tıp 2, s. 94.

"Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler"

olarak tanımlanmıştır.

Yukarıdaki tanımlar, sağlık personelini oldukça geniş kapsamda tanımlamıştır. Bu tanıma göre sağlık hizmetinde çalışan ve ekip üyesi olan herkes sağlık personeli olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda, ambulans şoförü, temizlik görevlileri, klinik kat görevlileri, tıbbi sekreterler ve hasta bakıcılar sağlık personeli içine dâhildir. Ancak tıbbi müdahaleler açısından az önce sayılan kişilerin tıbbi müdahalede bulunma yetkisi yoktur. Hastanın bu kişilere verdiği rıza da geçersizdir. Dolayısıyla tıbbi müdahaleler açısından sağlık personeli kavramı daha dar olmak durumundadır. Öyleyse konumuza uygun sağlık personeli tanımı şöyle yapılabilir: "*İnsanların sağlığını korumak ve geliştirmek, hastalıkları tanı ve tedavi etmek, ruhen, bedenen ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin oluşturulmasını ve devamını sağlamak amaçlarıyla, doğrudan çalışan kişiler"*[250].

TŞSTİDK da hekim dışında kimlerin tıbbi müdahalede bulunacağı belirtilmiştir. Buna göre dişçiler (TŞSTİDK, 29- 30. maddeleri), ebeler (TŞSTİDK, 47. maddesi), sağlık memurları (TŞSTİDK, 3. maddesi), sünnetçiler (TŞSTİDK, 58. maddesi), hastabakıcı hemşireler (TŞSTİDK, 68. maddesi) kanunda öngörülen yetkiler ve sınırlar içerisinde tıbbi müdahalede bulunabilirler.

Yine Türk Ceza Kanunu 280. maddesi sağlık personelini tanımlamıştır. Bu maddeye göre '*Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.'*.

Son olarak konuyla ilgili Dünya Sağlık Örgütü tarafından yayımlanan insan gücü istatistiklerinde sağlık personeli liste halinde şu şekilde belirtilmiştir:

1- Hekimler
2- Yardımcı hekimler
3- Çok görevli sağlık yardımcıları
4- Diş hekimleri
5- Dişçiler
6- Diş hekimi yardımcıları

[250] Hakeri, Tıp 2, s. 95.

7- Eczacılar
8- Eczacı yardımcıları
9- Veterinerler
10- Hayvan Sağlığı yardımcıları
11- Ebeler
12- Yardımcı ebe- hemşireler
13- Hemşireler
14- Yardımcı hemşireler
15- Ebe ve hemşire yardımcıları
16- Fizyoterapistler
17- Laboratuar teknisyenleri
18- Laboratuar teknisyen yardımcıları
19- Tıp fizikçileri
20- Tıp radyoloji teknisyenleri
21- Tıp radyoloji teknisyen yardımcıları
22- Tıp radyoloji teknisyen yardımcıları
23- Sağlık mühendisleri
24- Çevre sağlığı teknisyenleri
25- Çevre sağlığı teknisyen yardımcıları
26- Diğer sağlık personeli (biyologlar, biyokimyacılar, entemologlar, psikologlar, beslenmeciler, diyetçiler, sağlık eğitimcileri, özel dalda terapistler, sağlık istatistikçileri, tıp kütüphanecileri gibi)
27- Diğer teknik personel (kardiyoloji teknisyenleri, ensefalografi teknisyenleri, işitme cihazı teknisyenleri, istatistik teknisyenleri gibi)
28- Diğer yardımcı personel (mikroskopistler, laboratuar hizmetlileri, film banyo teknisyenleri gibi)
29- Geleneksel sağlıkçılar (bitkisel tedavi verenler, ayurvedik hekimler, akupunkturcular)

Bu meslek grubundaki kişilerin mesleklerini yapabilmeleri, hekimlerde olduğu gibi bazı şartlara tabi tutulmuştur. Söz konusu şartların neler olduğu ilgili kanunlarda detaylı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kişiler ancak ilgili mevzuatta yer alan tıbbi müdahaleleri, gösterilen sınırlar içerisinde

yapabilmektedirler. Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırı hale gelecektir[251]. Bu kişilerin yapmaya yetkili kılındığı müdahalelerin ortak özelliği, yönetmelikle çerçevesi çizilmiş küçük çaplı müdahaleler oluşudur[252]. Yine uygulamada, söz konusu kişilere, sağlık bakanlığı veya ona bağlı birimlerce eğitilerek bazı küçük müdahaleleri yapabilmek için sertifika verildiği görülmektedir. Sonuç olarak, sağlık personelinin hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunabilmesi, somut olayda ilgili mevzuatın izin verdiği ölçüde yetki ve aldığı eğitim doğrultusunda olmalıdır. Biz, konumuz açısından sadece hekimlere ait koşulları irdelemeyi yeterli görmekteyiz. Burada yukarıda adı geçen sağlık personeli tek tek irdelenmeyecektir.

Yukarıda sayılan bu kişiler dışında toplum içinde mevcut olan kırık çıkıkçılar, kendi yaptıkları ilaçları kişilere uygulayan, doğal hekim olduğunu iddia edenler hukuki anlamda tıbbi müdahalede bulunma yetkisinden yoksundurlar[253].

b. Tıbbi Müdahalenin Sağlık Çalışanları Dışındaki Diğer Kimselerce Gerçekleştirilmesi

Bazı durumlarda yapılan tıbbi müdahale hekim ya da sağlık çalışanları dışında kanunen yetkili olmayan hatta tıp ve herhangi bir sağlık dalında eğitim almayan kişilerce gerçekleştirilmiş olabilir. Bu duruma en iyi örnek zorunluluk halleri verilebilir. Örneğin, hiç kimsenin olmadığı kırsal bir alanda tıbbi bilgisi ve eğitimi olmayan bir kimsenin yaralan kişiye yaptığı ilk müdahale zorunluluk halidir. Burada yapılan müdahale yetkisiz bir kişi tarafından yapılmış olsa da zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun kabul edilecektir.

Zorunluluk hali dışında hukuk düzeni, bazı tıbbi müdahaleleri gerçekleştirecek kişilerde de herhangi bir tıbbi sıfat aramamaktadır. Buna örnek reçetesiz satılan tıbbi malzemenin bir başka kişiye uygulanması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi işlemler günlük yaşamın bir parçası haline gelmiştir. Ancak bahsettiğimiz tüm bu durumlar yapılan müdahalenin tıbbi nitelikte olduğu gerçeğini

---

251 Erman, s. 95; Sevük, s. 227.

252 Erman, s. 95.

253 Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**, Ankara 2011, s. 27.

ortadan kaldırmaz[254]. Herkesin gerçekleştirebileceği bu tür tıbbi müdahaleler çok önemsiz ve hastanın yaşam ve sağlığını tehdit etmeyen veya ona zarar vermeyen bir müdahaleyse hukuka uygunluğu araştırılmaz. Eğer yapılan müdahale ceza kanunu veya diğer özel kanunlarda belirtilen suç tipine uymuyorsa, cezai ya da hukuki sorumluluk doğmayacaktır.

3. Yetkisiz Tıbbi Müdahalenin Sonuçları

Yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması müdahalede bulunanın o müdahaleye yetkili olması halinde mümkündür. İlgili kanunlarca tıbbi müdahale yapma yetkisi bulunmayan kişilerin yapacağı müdahale, yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırıdır. Öğretide böyle bir davranışta bulunan kişilerin kendi başına en azından taksir derecesinde bir kusurluluğu doğurduğu kabul edilmektedir[255]. Böyle durumda yetkisiz müdahaleyi gerçekleştiren kişi ceza kanununda yer alan hükümlere göre -taksirli ya da kastlı- işlediği suçtan sorumlu tutulacaktır. Örneğin, Ceza Kanunu 99. maddesi on haftayı doldurmamış bir kadının çocuğunun rızası olsa bile yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi halinde cezalandırılacağını düzenlemektedir. Yargıtay, diplomasız hekimlik yapan kişilerin eylemlerini tıbbi müdahale olup olmadığını bilirkişi incelemesi yaparak belirlemektedir[256].

---

254 Erman, s. 96.

255 Erman, s. 96.

256 *"...23.2.1997 ve 5.3.1997 günlü tutanaklarda sanığın bel fıstığı, romatizma, migran gibi hastalıkların tedavisini bioenerji yoluyla yaptığı, tedavide pomad ve krem kullandığı hususları kaydedilerek aile efradının beyanlarında da sanığın hasta tedavi ettiğinin öğrenildiği belirtilmiş olup, zabıt mümzilerinin beyanları etraflı bir şekilde alınıp olay açıklığa kavuşturulduktan ve kastedilen aile fertleri de tespit olunup dinlendikten sonra dosya Y. Sağlık Şurasına gönderilerek sanığın tedavi yönteminin 1219 sayılı Kanun'un 25 ve 1593 sayılı Kanun'un, 10. maddeleri kapsamına göre sahte tabiblik yapma niteliğinde olup olmadığına dair rapor temin edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm tesisi Yasa'ya aykırı sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), oybirliğiyle karar verildi."* Y.7.CD., E. 1999/2704, K. 1999/3290, www.hukuktürk.com, erişim tarihi. 12.07 2012); *"Sanık doktorluk yapmadığını öne sürdüğüne göre, suç konusu eyleminin 1219 sayılı Kanunun 25 ve 1593 sayılı Kanunun 10. maddeleri kapsamına göre sahte tabiplik yapma niteliğinde bir eylem olup olmadığı Y. Sağlık Şurasından sorulup tespit edilmeden eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi, 2- Zaptolunarak emanete alınan bitkiler hakkında bir hüküm kurulmaması Yasaya aykırı, Sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün, isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), 14.10.1998 günü oybirliğiyle karar verildi"* (Y.7.CD., E. 1998/7454, K. 1998/8007, www.hukuktürk.com, erişim tarihi. 12.07.2012).

Zorunluluk hallerinde yetkisiz kişilerin yaptığı müdahaleler öğreti ve uygulamada hukuka uygun kabul edilmektedir. Böyle kişiler, hekim dışı (hemşire, paramedik, herhangi bir tıp mesleği icra etmeye kişiler, vs.) hekim olsa bile uzmlanlığı dışında [257] müdahale yapmak zorunda kalan kişiler olabilir. Burada yaşamsal tehlike içeren acil durumlarda böyle kişilerin yaptığı tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için olay yerinde tek başlarına olmaları ve hekimi yardım için arama olanağının bulunmaması gereklidir. Yine belirli koşullarda zorunluluk halinin dışında, tıbbi müdahale üzerinde sınırlı egemenlik hakkı bulunan bu gibi kişilerin yaptığı müdahaleler, duruma göre varsayılan rıza ya da zorda kalış gibi hukuka uygunluk sebeplerine dayandırılabilecektir. Hangi şekilde olursa olsun o anda hastanın yaşamına ve sağlığına yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi amacıyla uygulanan tıbbi müdahalenin hukuk uygun olabilmesi için öğreti iki kriter belirlemiştir. Bunlar aynı amaca daha az sert önlemlerle ulaşılamıyor olması ve yetkisiz müdahalede bulunan kişiden olayın koşullarına göre bu şekilde davranmasının bekleniyor olmasıdır[258].

Konuyla ilgili olarak, 1219 Sayılı Kanun yetkili olmadığı halde tıbbi müdahale yapan kişileri cezalandırıcı hükümler içermektedir (Md. 25, 26, 41, 42, 54, 61, 67.) [259]. Kanunun 25. maddesi iki kısımda incelenmelidir. İlk kısım, TCK'da ayrı bir suç olarak gösterilmese dahi tıp diploması olmayan bir kimsenin tedavi amacıyla olmasa bile, tıbbi müdahalede bulunmasını veya sadece tabip unvanını takınmasını dahi cezalandırmaktadır. İkinci kısım ise zararlı bir sonucun ortaya çıkması halinde TCK'da belirlenen cezaların uygulanacağını belirtmektedir. Böyle bir uygulamaya maruz kalan bir kişinin rızasının hiçbir önemi yoktur. Yani rıza yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez [260] . Sonuç olarak yetkisiz hekimlik yapmanın kendisi başlı başına bir suçtur. Ortaya çıkan sonucun daha ağır olması halinde TCK'nın ilgili hükümleri uygulanır.

---

257 Türk Tabipler Birliği Genel Kurulu tarafından 11.10.1998 tarihinde kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 10. maddesi uyarınca, *"Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılmadığı durumlarda ilk yardımda bulunur.*

258 Erman, s. 97; Taşkın, s. 145.

259 Yargıtay, sahte hekimlik yapılmasına ilişkin bir kararında sahte hekimlik yapılıp yapılmadığının YSŞ'na sorulmamasını gerekçe gösterip bozmuştur (Y.7.CD., E. 1999/2704, K. 1999/3290, Savaş, Malpraktis, s. 29).

260 Taşkın, s. 144.

B. Tıbbi Müdahalenin Kanunen Öngörülmüş Amaçlara Yönelik Olması

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesinin diğer bir koşulu tıbbi müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması gereklidir[261]. Bilindiği üzere tıbbi müdahalelerin çoğu hastalıktan kurtulmak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bunun yanı sıra tıbbi müdahaleler tanı, koruyucu, nüfus planlaması amaçlarıyla da yapılabilmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13/3. maddesi hekimin bir tıbbi müdahaleyi ancak tanı, tedavi ve korumak amacıyla yapabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için kanunen öngörülmüş amaçlardan en az birine yönelik olması gerekir.

1. Tanı

Öğretide tanı, şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Bir kişide var olduğu sanılan fiziksel veya psikolojik bir rahatsızlığı, hastalığı aramak, bulmak ve eğer böyle bir rahatsızlık varsa ne olduğunu belirlemek için tıp bilimine uygu olarak yapılan faaliyetlere teşhis adı verilir."*[262]. Tanı içerisinde birçok fiili barındıran özelliğe sahiptir[263].Tanıya örnek olarak hastadan kan, idrar, BOS almak; MR, USG çekmek; endoskopi, rectoskopi gibi tanısal girişimler yapmak; hastadan öykü almak; vs. verilebilir. Tanı sonucunda bir hastalığın bulgusuna rastlanılmamış olması yapıla bu işlemleri teşhis olmaktan çıkarmaz[264].

---

261 Ancak burada ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu, bazen tanı ve tedavi amacı taşımasa da çeşitli düşüncelerle hekime tıbbi müdahalede bulunma hakkı tanımıştır. Örneğin, kan bağışı, kişiden organ ve doku alınması ve cinsiyet değişikliği gibi tıbbi müdahaleler teşhis ve tedavi amacı dışında kalan müdahalelerdir. Bu gibi durumlarda, söz konusu amaçlar doğrultusunda kişilerin rızasının varlığı zorunludur.

262 Çilingiroğlu, s. 18; Bayraktar, Hekimin, s. 231; Çakmut, s. 35.

263 Bayraktar, Hekimin, s. 231; Çilingiroğlu, s. 18; Çakmut, s. 35.

264 Bayraktar, Hekimin, s. 231; Çakmut, s. 35.

2. Tedavi (Hastalığı Hafifletmek ve Acıyı Dindirmek)

Tedavi öğretide,

> *kendisinde bedensel veya psikolojik bir rahatsızlığın bulunduğu teşhisi konulan kişiyi iyileştirmek, hastalıktan kurtarmak veya bu mümkün değilse hastalığı hafifletmek, yani ilerlemesini engelleyerek, ilk ve daha az zararlı safhalarına döndürmek ya da acılarını dindirmek için yapılan hareketlerdir.*

şeklinde tanımlanır[265].

Tedavi de tıpkı tanı gibi içerisinde birçok hareketi barındırır. Tedaviye örnek ilaç verme, cerrahi girişimde bulunma, psikoterapi uygulama verilebilir. Hekim hastaya uygulayacağı tedaviyi seçmekte özgürdür. Temel sınır, seçilen tedavi yöntemi tıp bilimince kabul gören bir yöntem olmasıdır. Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13/3. maddesinde ve Medeni Kanunun 23 ve 24. maddelerinde tanımda belirtilen amaçlar dışında kişinin rızası olsa dahi ruhsal bütünlüğünü ve vücut tamlığını bozacak tıbbi müdahalelerde bulunmak açıkça yasaklanmıştır.

Bazen tedavi, dolaylı olarak amaçlanmış olabilir. Bu duruma örnek, estetik amaçlı yapılan ameliyatlardır. Yine organ naklinde verici bakımından tedavi amaçlanmamıştır. Doğrudan doğruya tedavi amaçlanmamış olup dolaylı yoldan tedavi amacına hizmet eden bu tür girişimler, tıbbi müdahale kabul edilmelidir. Ötenazi ve tedavi amacı gütmeyen bilimsel araştırmalar tıbbi müdahale kapsamında bırakılmalıdır. Diğer direkt ve dolaylı olsa da tedavi amaçlı girişimlere tıbbi müdahaleye ilişkin esaslar uygulanmalıdır[266].

3. Hastalıktan Korunmak

Hastalıktan korunma, "*henüz hasta olmayan ancak vücut tamlığına, sağlığına veya yaşamına yönelmiş ileride ortaya çıkabilecek olası bir rahatsızlıktan kişiyi uzak tutmak, korumak için yapılan faaliyetlerdir"*[267]. Bu duruma en güzel örnek, aşı

---

265 Aşçıoğlu, s. 49; Bayraktar, Hekimin, s. 232; Çakmut, s. 36; Çilingiroğlu, s. 18; Aşçıoğlu, s. 49.
266 Ayan, s. 9.
267 Çakmut, s. 36; Çilingiroğlu, s. 18.

uygulamalarıdır. Yine ameliyat öncesi yapılan koruyucu amaçlı antibiyotik tedavisi de hastalıktan kurtulmak amacına yönelik tıbbi müdahaledir.

4. Nüfus Planlaması

Nüfus planlaması, kişilerin istedikleri
sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir (NPHK md. 2/1). Yine tıbbi zorunluluklar dışında çocuk sahibi olmak istemeyen eşlerin sterilize edilmesi ve gebeliğin sona erdirilmesi, söz konusu kanun bakımından nüfus planlaması amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir. Bu amaç dışında yapılan bu tür müdahaleler hukuka aykırı olup ilgili ceza kanunu hükümlerince yaptırıma tabi tutulacaktır.

C. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimince Genel Kabul Görmüş İlke ve Kurallara Uygun Olarak Yapılması

Hekimin hastayı tedavi ederken seçeceği yöntem tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmalıdır[268]. Tıp biliminin verilerine uygun olmayan tıbbi müdahale, kanunen öngörülmüş amaçlarla ve hasta rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa bile hukuka aykırıdır ve taksire dayalı ceza sorumluluğunun doğmasına neden olur[269]. Tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş ilke ve kurallara uygun yapılması ile anlatılmak istenen durum, tıbbi standarttır[270].

---

268 Ayan, s. 12; Çakmut, s. 38; Çilingiroğlu, s. 33; Sevük, s. 227; Yargıtay, bir kararında görüşünü "*hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmek olduğu …"* böyle belirtmiştir (Y.4.HD., K.1980/2175, Selim Kaneti, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan**-2, İstanbul 1982, s. 528), *"Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz bir biçimde ve gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz."* (Y.13.HD. E. 2005/11159, K. 2005/17474, Halide Savaş, "Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2007, Yıl: 2, Sayı: 15, s. 175).

269 İzzet Özgenç, "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk", **Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Yıl: 2007, Cilt: 2, Ssyı: 2, Tıbbi, s. 2195.

270 Hakeri, Tıp, s. 328; Zarife Şenocak, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 244; Erdem Özkara, Ahmet Çoker ve Hamit Hancı, "Türkiye'de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları", **Ulusal Travma Dergisi**, Ocak 2004, Cilt: 10, Sayı: 1, s. 7; İpekyüz, s. 136.

[271]. Tıbbi standart, Bakanlar kurulunca 04.06.2002 tarihinde kabul edilerek, 24.07.2002 tarih ve 4095 sayılı yazı ile TBMM Başkanlığına sunulan ancak yasalaşmayan, "Tıbbi Hizmetlerin Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı"nın"S*tandart Tıbbi Uygulama"* başlıklı 3. maddesinde "*Bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbi uygulama kurallarına uygun olarak yapılan işlemleri*" olarak tanımlanmıştır.

Konuyla ilgili mevzuat, tıbbi standardın tanımını vermemekle birlikte hekimin tıbbi standartlar doğrultusunda müdahalede bulunma zorunluluğunu ortaya koymaktadır[272]. Söz konusu hükümler tıbbi standardın ilgili uzmanlık dallarına ilişkin ne şekilde ve kim tarafından oluşturulacağı konusunda bir açıklık da getirmemektedir[273].

Konuyla ilgili Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi çeşitli hükümler içermektedir. Nizamnamenin 13. maddesi "*Tabip ve diş tabibi, ilmî icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder… Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır."* şeklindedir. Aynı tüzüğün 11. maddesi bilimsel ya da tedavi amacıyla yapılan bilimsel tıbbi denemelerden bahsetmektedir. *"Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı*

---

271 Hakeri, Tıp, s. 328.

272 Söz konusu hükümler şunlardır:
Hekimlik Meslek Etiği Kuralları Hekimin Görev ve Ödevleri başlıklı 5. maddesi "*Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler."*
Hasta Hakları Yönetmeliği 11. maddesi "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz."*
Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesi "*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır."*
Biyotıp Sözleşmesi 4. maddesi: "*Araştırma dâhil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."*

273 Birkaç uzmanlık derneği veya uzman bir araya gelerek her hangi bir hastalıkla ilgili tanı-tedavi klavuzu hazırlayarak bunu yayıma verirlerse ve bir hekim bu klavuza göre hastalığı tanı ve tedavi ederse meydana gelen sonuçtan kim veya kimlerin sorumlu tutulacağı hukuksal olarak bir problem olarak karşımıza çıkar. Böyle durumda tedaviyi uygulayan hekim sorumludur. Çünkü hekim, tıpta vatandaşlık kazanan bir yöntemi uygulamamaktadır. Yine klavuzu yayıma veren kişi veya dernekler ihtirazı bir kayıt yazarak klavuzun içeriğinin hukuksal bağlayıcılığının olmadığını ve klavuzdaki yöntemler kanun tüzük yönetmelik gibi hukuki bir düzenleme şeklinde belirtilmişse, o zaman hekim klavuzun içeriğinde yazılanlar standarda uymasa bile mevzuat ve TCK 30. maddesinde düzenlenen hata- yanılma kuralları dolayısıyla sorumlu tutulamayacaktır (Yener Ünver, "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu (Yayına Hazırlayan Prof. Dr. Yener Ünver), İstanbul 2008, s. 91).

gibi aynı maksatla, kimyevî, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez." şeklindeki düzenleme insanların kobay olarak kullanılması kesinlikle yasaklanmıştır. Hatta öğretide bu tür girişimler, tıbbi müdahale olarak nitelendirilmemektedir[274].

Tedavi amacı taşıyan tıbbi denemeler, yeterli derecede araştırma ve deney yapılması halinde olumlu sonuçlar elde edildikten sonra hasta üzerinde hastalığı tedavi etmek amacıyla tedavi yöntemi ya da ilaç denemesi için yapılan girişimlerdir. Bu tür girişimler ancak hastanın izni alınarak yapılmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Bu durumu açıkça şu şekilde düzenlemiştir:

> *Klâsik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutat tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması katî görülen bir müdahale yapılabilir.*

Örneğin, zakkumun kanser tedavisinde kullanılması, hekimin diğer tedavi yöntemini izlemeden hastanın ölmesi durumunda, hekimin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaması gerekir. Aksi halde acemilik söz konusu olur ve hekim taksirle adam öldürme hükümlerine göre yargılanır[275]. Alışılmadık tıp biliminin bilindik yöntemleri dışına çıkmak ancak söz konusu yöntemlerin hastaya bir yarar sağlamadığı hallerde ve yeteri kadar deney hayvanları üzerinde denenip yararlı olduğu anlaşıldıktan sonra uygulanabilir. Konuyla ilgili diğer bir düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'dir. Yönetmeliğin **11.** maddesi şu düzenlemeyi getirmiştir: *"…Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz."*.

Tıbbi standarda ilişkin uluslararası düzenleme Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi 4. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslek yükümlülükleri ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir.

---

274 Çakmut, s. 40; Çilingiroğlu, s. 34; Ayan, s. 9.

275 Sevük, s. 228.

Hekimin uygulamış olduğu tıbbi müdahaleden kaynaklanan taksirli sorumluluğu, tıbbi standart dışına çıktığı zaman gündeme gelir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünün temelinde tıbbi standart eksikliği vardır. Tıbbi standart, hekimin objektif özen yükümlüğünün ölçüsünü oluşturmaktadır. Özenli tıbbi müdahale, müdahalenin yapıldığı andaki tıbbi standartlara uygun yapılmış olan tıbbi müdahaledir[276]. Tıbbi standardı uygulayan hekim, meslek kurallarına ve gereklerine de uygun davranmışsa sorumluluğu doğmayacaktır. Her hekim tıbbi standardı takip edip uygulamak zorundadır. Yargıtay'ın 1977 yılında bir kararında da belirttiği üzere, hekim tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir[277]. Görüldüğü gibi, tıbbi standart, tıbbi müdahalenin sorumluluk hukuku açısından değerlendirilmesinde merkezi bir öneme sahiptir.

Bir tıbbi müdahale yönteminde tıbbi standarttan bahsedebilmek için tüm hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından müdahalenin uygulanıyor olması gerekir. Diğer bir deyişle, söz konusu tedavi yönteminin somut olayda uygulanabileceği konusunda anlayış birliği (konsensüs) bulunmalıdır. Ekol farklılıklarından doğan yöntem çeşitliliğinde hekime serbestlik tanınmalıdır[278]. Çelişkili görüşlerin varlığı halinde ise tıbbi standardın oluşmadığı kabul edilir [279].Yine tıp biliminde henüz tanımlanmamış sayılan ve hekimlerce kullanılamaz nitelik taşıyan yöntemlerde de tıbbi standardın varlığından söz edilemez[280].

Hekim, bilimsel standarda göre bilmesi gerekeni bilmek, yapması gerekeni yapmak zorundadır. Her somut olayda hekimin bilimsel standardı uygulayıp uygulamadığı değerlendirilir. TTB Yüksek Onur Kurulu, bir hekimin migren tedavisinde neurofeedback yönteminin etkili olduğunu ileri sürerek uygulamalar yapması üzerine hekimin hastalarına migren hastalığının tedavisinde etkisi bilimsel

---

276 Şenocak, Hekimin, s. 244.

277 Y.4.HD., E. 1977/2876, K. 1977/5612 (Aşçıoğlu, s. 83).

278 Ayan, s. 106.

279 Standart tıbbi uygulama ya da standart bakım ve uygulama kavramı ile ilgili bir netlik söz konusu değildir. Ülkemizde, bazı hastanelerin iç birimlerince bir takım çalışmalar yapılmakla birlikte henüz tıbbın her uzmanlık dalı için belirlenmiş ülke genelinde uygulanan standart tanı-tedavi protokolleri bulunmamaktadır. Hâlihazırda standart tıbbi uygulamanın ne olduğu, bilirkişilik kurumundan yararlanılarak belirlenmektedir. Bir tıbbi müdahaleye ilişkin olarak tıp biliminin genel olarak tanınan ve kabul görmüş kurallarının mevcut olmadığı ya da tıp çevrelerince tedavi protokollerine ilişkin görüşlerin sapma gösterdiği durumlarda tıbbi standardın tespiti önemli bir sorun haline gelmektedir. Standart tanı ve tedavi protokolleri belirlenmesi halinde, hem hekimlerce hem de uygulamada mahkemelerce tıbbi standardın belirlenmesi kolaylaşacaktır.

280 Ayan, s. 106.

olarak gösterilemeyen bir yöntemi uyguladığı gerekçesiyle 15 gün süreyle meslekten men cezasıyla cezalandırmıştır[281].

Tıbbi standardın uygulanması bakımından daha doğru bir deyişle, tıbbi standart kavramı belirlenirken tıbbi müdahalenin yapılma zamanı, hekimin tıbbi standarda ulaşabilme yetisi (tıbbi müdahalenin yapıldığı yer itibariyle) ve ekonomik sınırlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Tıbbi standardı belirlerken göz önünde bulundurulması gerekli durumlardan biri tıbbi müdahalenin yapıldığı zamandır. Standart kavramı dinamik bir oluşu anlatmaktadır. Daimi bir gelişmeyi ifade etmektedir. Bu nedenle tıbbi standardın belirlenmesinde hekimin müdahalesinin yapıldığı zamana bakmak gerekir. O andaki durum tıbbi standardı belirleyecektir[282]. Burada bahsedilen durum, hekimin tıbbi müdahaleyi yaptığı sırada söz konusu müdahalenin tıp biliminin o anda geldiği noktadır. Müdahaleye ilişkin yeni bir yöntemin varlığı, eski yöntemin uygulanmasına engel olmayacaktır. Yani hekim yeni bir yöntemi hemen uygulamak zorunda değildir. Ancak burada eski yöntemin geçerliliğini yitirmesi halinde hekim artık yeni yöntemi uygulamak zorundadır. Burada hekimin daha güvenilir sonuçlara sahip olan diğer yöntemi seçmesi, yani bilinen tıbbi standart kuralından sapması bir zorunluluk haline gelmiş olmaktadır. Hekimin böyle bir durumda tedavi özgürlüğü sona ermiş olacak hastanın daha önceki yönteme ilişkin vermiş olduğu rıza da hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Tıbbi standartlara uygun hareket etme zorunluluğu bulunan hekimin bu standartları tanıması[283] ve gelişen tıbbi teknolojiyi yakından takip etmesi gerekir. Yani hekim, mesleği ile olan gelişmeleri sürekli izlemelidir. Bunun için hekim mesleki seminerlere katılmalı ve mesleki dergileri takip etmelidir. Günümüzde uygulamada hekimler kendi ülkelerinde geçerli olan tedavi protokolleri doğrultusunda hareket etmektedirler. Bu nedenle hekim tıp dünyasındaki yenilikleri sürekli takip etmelidir. Hekimin söz konusu yenilikleri, tıp dünyasındaki yeni tedavi protokollerini takip göre etmesinin sınırı hekimlik yaptığı ülkedeki tıbbi gelişim düzeyine zamana ve uzmanlık alanına değişir[284]. Burada temel nokta hekimin

---

281 Ünver, Tıbbi, s. 88.
282 Hakeri, Tıp, s. 339.
283 Hakeri, Tıp, s. 332.
284 Çakmut, s. 38; Çilingiroğlu, s. 34.

yerleşmiş ve gerçekliği kabul edilmiş kuralları bilmesidir[285]. Tıp biliminin genel kabul görmüş ilke kurallarına uygun yapılıp yapılmadığının tespit ederken müdahalenin yapıldığı tarih temel alınmalıdır. Tıp bilimindeki gelişmeler karşısında, müdahale tarihinde geçerli olan yöntem daha sonra geçerliliğini yitirebilir[286]. Tıbbi standardın tespitinde dikkate alınacak kriter, ülkenin sağlık koşullarına göre bir hekimin gösterebileceği normal tedbir ve dikkattir. Hekim somut olayda beklenen normal tıbbi önem ve dikkattir. Hekim, tıbbi standardın gerisinde kalmamak için uzmanlık seviyesinden sonra tıp bilimindeki gelişmeleri ilgili alandaki bilimsel yayınları takip etmelidir[287].

---

285 Çakmut, s. 38; Zevkliler, Tedavi, s. 23; *"... anılan Ş. raporunda, davalı doktorun 6/8 oranında kusurlu bulunduğu yolundaki sonucun hangi maddi verilere dayandırıldığı; hangi kusurlu davranışı, ihmali ya da mesleki hatası nedeniyle davacının zarar görmesine neden olduğu somut ve denetime elverişli bir biçimde ortaya da konulmamış, soyut bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Bu haliyle de, raporun hükme esas alınmasına olanak yoktur. Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, cerrahi. Müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında, böyle bir müdahale yönünden alınması gereken önlemler, hazırlıklar, yapılacak işlemler, müdahale sırasında ve sonrasında uyulması ve uygulanması gereken tıbbi kural ve ilkeler çerçevesinde, olması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, varsa bunların nelerden ibaret olduğunun, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının, davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre bir karar verilmesidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."* (Y.13.HD., E. 2000/01446, K. 2000/04438, kararevi.com, erişim tarihi, 06.07.2012); "*Mahkemenin kararına dayanak yaptığı Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun raporunda, davacının vücudunda kalan maddenin inert bir madde olduğu, hastada reaksiyonel bir gelişime yol açacak nitelikte olmadığından çıkarılmasının gerekmediği, hastada meydana getirecek tıbbi bir komplikasyon sözkonusu olmadığı, bu nedenle uygulamayı yapan hekime yüklenecek kusur bulunmadığı belirtilmektedir. Raporda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı bu konuda az yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağının olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son mercii niteliğinde bulunmayan kuruldan alınan bilirkişi raporu yetersiz olup hükme dayanak alınamaz.Bu durumda mahkemece yapılacak iş; Üniversitelerden konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın birbiriyle uyumlu olup olmadığı, böyle bir olayda böyle bir sonucun ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir."* Y.13.HD., E.2005/11159, K. 2005/17474, kararevi.com, erişim tarihi: 06.07.2012).

286 Sevük, s. 228.

287 Ünver, Tıbbi, ss. 59-60.

Hekimin tıbbi müdahaleyi yaptığı yer, tıbbi standardın belirlenmesinde önemli bir unsurdur. Diğer bir deyişle, tıbbi standart, yeknesak değerlendirilemez. Burada önemli olan, kabul edilen tıbbi standarda hekimin ulaşabilmesidir. Bu itibarla, üniversite hastanesi ile sağlık ocağında çalışan hekimin tıbbi standarda ulaşması eşit olmayacaktır. Yine hekimin büyükşehirde hekimlik yapması ile küçük bir ilçede hekimlik yapması halinde de aynı durum geçerlidir. Hekimin uzman ya da pratisyen olması ve hekimin görev yaptığı ülkenin tıbbın genel düzeyi de belirleyici olmaktadır[288]. Yalnız burada bir konuyu da aydınlatmak gerekecektir. Hastalığın tedavisi için tıbbi standardın yeterli olmadığı bir hastanede görev yapan hekim hastayı ileri tetkik ve tedavi için başka bir hastaneye göndermelidir. Aksi halde tıbbi hata türlerinden biri olan üstlenme kusuru meydana gelmiş olur. Hastanın başka bir hastaneye gönderilmesi mümkün olmayan durumlarda, hekimin yetersiz alet ve ekipmanla yapmış olduğu tıbbi standarda uygun olmayan tıbbi müdahalede hekimin bir kusuru yoktur.

Her nerede yapılmış olursa olsun hekimin hastalığı tanı ve tedavi etmek için seçtiği araç ve yöntem tıbbi standartlara uygun olmalıdır. Seçilen tıbbi araç somut olayda uygun biçimde kullanılmış ise hasta zarar görse dahi tıbbi hatadan bahsedilemeyecektir [289] . Tıbbi standartlara uyma tıbbi teknik standardın uygulanmasını da gerektirir. Son zamanlarda tıp alanında teknolojisi yüksek aletlerin kullanımı yaygınlaşmaya başlamıştır. Hekim, ulaşılabilir olduğu ölçüde bu aletleri hastalığın tanı ve tedavisinde kullanmakla yükümlüdür. Hekimden tüm bu cihazların en ince ayrıntısına kadar kullanması beklenemeyecektir. Ancak hekim kendisi için önem arz eden ve uzmanlık alanını ilgilendiren tıbbi cihazların kullanımını çok iyi bilmelidir. Bu aletlerin hastaya verebileceği olası zararları önlemek için üretici firma, hastane teknik personeli ve kullanıcılar iletişim halinde olmalıdır. Teknolojik aletlerin zamanında bakımının yapılması eksikliklerinin giderilmesi ve bu konuda özellikle hekimin uyarılması çok önemlidir. Hekim, kullandığı aletlerin kullanışında temel bilgilere sahip olmalıdır[290].

---

288 Hakeri, Tıp, s. 329; Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara 2006, s. 29.

289 Ünver, Tıbbi, s. 90.

290 Hakeri, Tıbbi, s. 46.

Ekonomik sınırların hekimin tedavi özgürlüğünü kısıtlayabilmesi tıbbi standardın belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu durum, uygulamada, hastalığın tanısı ve tedavisi aşamalarında karşımıza sıklıkla çıkmaktadır. Hekim elde bulunan tüm donanımı tıbbi standart uygulaması için kullanmalıdır. Örneğin, hekimin hastalığın teşhisini koyabilmek için bilgisayarlı tomografi istemesi gerekirken sırf kurum ödemediği için isteyememektedir. Bunun sonucunda kurumların ve sigorta şirketlerinin bazı tetkik ve tedavi masraflarını ödememesi nedeniyle standart uygulamalardan uzaklaşılabilmektedir. Böyle bir durum hekimin sorumluluğuna yol açmayacaktır. Diğer bir deyişle, hastalık sigortasının karşılamadığı giderlere ilişkin olarak hekimin bunları uygulama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekimin kaynak eksikliği nedeniyle sorumlu tutulamayacağı diğer bir hal acil durumlarda zaman yetersizliği nedeniyle bir başka yere sevk edilemeyecek durumda olan hastaya kaynak yetersizliğine rağmen standardın altında (yetersiz yatak, tanı olanaklarının en yeni standartlara sahip olmaması gibi) tıbbi müdahalede bulunmasıdır. Böyle durumda hekimin eldeki olanaklarla hastaya tıbbi standardın altında müdahalede bulunması onun sorumluluğunu doğurmayacaktır. Buna karşılık, bu olanakların kısıtlı olmasına (hekimin kişisel eksikliklerinin söz konusu olmadığı hallerde) ve hastanın durumunun acil olmamasına rağmen hastanın üstlenilmesi hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Böyle bir durumda hekim içinde bulunulan koşullar hakkında hastaya detaylı açıklamalarda bulunmalı ve alternatifler sunulmalıdır. Bu açıklamanın yapılmaması, aydınlatılmış onam hatası olarak kabul edilir ve hastanın rızası geçersiz olur. Bunun sonucunda tıbbi müdahalenin yapılması veya bazı durumlarda (ihmali suçun unsurları oluşmuşsa) yapılmaması hekimin sorumluluğunu doğurur. Burada zorunluluk hali savunması kabul edilmeyecektir[291].

Bizce en önemli kişilik haklarından biri olan yaşam ve sağlık hakkına getirilen bu ekonomik kısıtlamalar tıbbi standardın asgari sınırlarını aşmamalıdır[292]. Mahkemeler de tıbbi standardın uygulanması konusunda ekonomik gerçekleri gözden uzak tutmamalıdır. Özellikle tıbbi standardın uygulanmasına ilişkin hekime

---

291 Yener Ünver, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 123.

292 Öğretide devletin hekimin tedavi özgürlüğünü ancak ekonomik nedenlerle sınırlayabileceği ancak, hastanın yüksek hukuksal yararları söz konusu olduğunda, ekonomik nedenlerle tıbben gerekli standardın altına inilmesinin kabul edilemeyeceği belirtilmektedir (Ünver, Hekimin, s. 123); Hakeri, Tıp, s. 332.

düşen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin kararları verirken, hekimin tedavi özgürlüğünü etkileyen bu durum göz ardı edilmemelidir.

Öğretide ve uygulamada kabul edilen tıbbi standart, uzman hekim standardıdır[293]. Ülkemizde hekimlerin her nereden almış olurlarsa olsunlar uzmanlık diplomasına sahip olması tıbbi standardı bildiği anlamına gelir. Hastaneler bu standardı hizmet verdikleri birimlerde sağlamak zorundadırlar. Özellikle araştırma ve uygulama hastanelerinde eğitim alan uzmanlık öğrencileri, uzman hekim olmamasına rağmen hasta değerlendirip tıbbi müdahalede bulunmaktadırlar. Bu gibi durumlarda tıbbi müdahalenin fiilen uzman hekim tarafından yapılmasa da tıbbi standardın sağlanması zorunludur. Aksi halde hastadan sorumlu uzman hekimin ve/veya sağlık kuruluşunun sorumluluğu doğacaktır. Örneğin, bir genel cerrahi uzmanı, ameliyatı bizzat kendisinin yapmadığı, uzmanlık öğrencisine yaptırdığı durumlarda gerekli denetim ve gözetimde bulunmakla yükümlüdür.

Tıbbi müdahale hatasının bulunup bulunmadığı incelenirken, o müdahaleye ilişkin ilgi talimatlara aykırılık olup olmadığı da göz önünde tutulur. İlgili tıp uzmanlık alanının talimat, direktif ve diğer düzenlemelerine aykırılık, tıbbi müdahalenin tıbbi standarda aykırılığı demektir. Mahkemeler tıbbi bilirkişilerden müdahalenin bu yönüyle tıbbi standarda aykırı olup olmadığını belirlemesini ve bu konuda hâkime görüş sunmasını bekler[294].

Mahkemeler tıbbi standarda ilişkin olarak, hekimden kendi uzmanlık alanında var olan gelişmiş kurallara uymasını istemektedirler[295]. Mahkemeler hekimin beceride özensiz davranıp davranmadığını belirlerken, objektif ölçüyü ve ilgili branşta orta düzeyde bir hekimin yapması gerekenleri dikkate almaktadırlar[296]. Yargıtay önüne gelen davalarda tıbbi standardı aramakla[297] birlikte, her doğan riski tıbbi hata olarak nitelendirmemiştir[298]. Uygulamada mahkemeler tıbbi standart ölçütlerini yüksek belirlemektedirler. Bunun sebebi uğraş alanının insan yaşamı

---

293 Hakeri, Tıp, s. 330.

294 Ünver, Tıbbi, s. 80.

295 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda *"genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı surette uygulama yapması veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerde tecahül göstermesi halinde mesleki kusurda bulunmuş olacağından, zarardan sorumlu olur"* şeklinde açıkça ifade etmiştir (Ünver, Tıbbi, s. 59).

296 Ünver, Tıbbi, s. 59.

297 4.HD., E. 1972/14538, K. 1972/2058 (Hakeri, Tıp, s. 329); Y.4.HD., E. 1967/2876, K. 1967/5612 (Bayraktar, Hekimin, s. 147, Dpn. 3).

298 Y.HG., E. 1987/70, K. 1987/13-640 (Ünver, Tıbbi, s. 59).

olması ve hekim ile hasta arasındaki bilgi düzeyinin eşit olmamasından kaynaklı hekim hatalarının fark edilemeyişidir[299]. Tıbbi standardın tespiti, özellikle görüş farklılıklarının olduğu durumlarda, mahkemelerce tıbbi bilirkişilerin raporlarında ağır basan görüş belirlenerek yapılmaktadır. Tartışmalı bir tedavi yöntemlerinden birinin karara esas alınması, hâkimin bilimsel özgürlüğe devlet eliyle müdahalesi anlamına gelebilecektir[300]. Uygulamada tıbbi müdahalelerde bir standardizasyon bulunmamaktadır. Bu durum tıbbi standardın tespitini zorlaştırmakta dolayısıyla somut olayda hekimin tıbbi hatasının varlığını değerlendirmede yanılgıya düşülmesine sebep olmaktadır. Söz konusu standardizasyon uzmanlık derneklerince yapılmalı, tüm ülke kapsamında bu standartların kullanılması sağlanmalıdır[301]. Burada tıbbi standartla ilgili olarak, bir hususu da belirtmekte fayda vardır. Ülkemizde uzmanların görev alanlarıyla ilgili karışıklıklar yaşanmakta olup üroloji uzmanının yapması gerekli olan bir tıbbi müdahaleyi genel cerrahi uzmanının yaptığı görülmektedir. Bu konuda her branşın uzmanlık derneklerince görev tanılaması yapılmadığından, tıbbi hataların değerlendirilmesi de sağlıklı bir biçimde yapılamamaktadır.

Her tıbbi standarttan sapma özen yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez. Diğer bir deyişle, tıbbi standarda aykırı yapılan her hareket hekimin sorumluluğunu doğurmaz[302]. Söz konusu sapmalar her somut olayda değerlendirilmelidir. Hastada olumsuz sonuçlar oluşmadıkça ceza hukuku anlamında bir sorumluluk doğmayacaktır. Bilindiği gibi taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak standart dışı yapılan tıbbi müdahalelerde zararlı bir netice oluşması halinde veya hastadan onam almadan müdahalede bulunulması cezai sorumluluğu gündeme getirir.

Bazen bir hastalığın tedavisinde aynı anda birden fazla tedavi yöntemi uygulanabilmektedir. Hekimin tedavi özgürlüğünün varlığı nedeniyle bunlardan biri seçilebilir. Ancak hekim uzun zamandan bu yana bilinen ilaç ve yöntemlerine öncelik vermelidir. Tıp biliminin sürekli gelişim halinde olması, bu duruma bir istisna getirmektedir. O da tıbbi müdahalede *yeni yöntemle*rin uygulanmasıdır.

---

299 Hakeri, Tıp, s. 333.
300 Şenocak, Hekimin, s. 245.
301 Nur Bilgen, "Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları", Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2005, Sayı: 05, s. 41.
302 Hakeri, Tıp, s. 333; Şenocak, Hekimin, s. 245.

Tanı ve tedaviye ilişkin yeni yöntemin hekim tarafından uygulanması ve hastaya bu yöntemin sağlanması yükümlülüğü ancak bu yeni yöntemin imkân dâhilinde olması ve gerekli olması halinde hukuka uygundur[303]. Yeni yöntemin hastaya uygulanabilmesi için tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları daha sıkı değerlendirilmesi gerekir. Özellikle endikasyon ve onam unsurlarının koşulları daha kuvvetli aranmalıdır. Bilinen standart için geçerli olan endikasyon, yeni yöntem bakımından aynı değildir. Yine yeni yöntemin hastaya uygulanmasında daha güçlü bir onama ihtiyaç olacağı aşikârdır. Uygulanacak yöntem standart yöntemden ne kadar uzaksa alınacak aydınlatılmış onam o derece geniş olmalıdır.

Sadece tıbbi standardı uygulamak adına bu tür yeni yöntemlerin uygulamasını tıbbi standardı dışı olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Günümüzün mevcut tıbbi standartları da bir zamanlar yeni yöntem olarak algılandığı hatırlanmalıdır. Bu yöntemler araştırılıp geliştirilerek zaman içerisinde tıbbi standart halini almıştır. Bu nedenle yeni yöntemlerin standart uygulama dışı kabul edilip onları baştan reddetmek veya her yeni yöntemi standarttan sapıldığı gerekçesiyle tıbbi hata olarak nitelendirmek bilimsel gelişmeyi durma noktasına getirir. Hekimin yeni yöntemleri kurallara uygun olarak kullanması durumunda sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Hekim yeni yöntemleri uygularken hastaya zarar verdiğini veya tedavinin yanlışlığını fark ederse tedaviye son vermelidir. Çünkü tedavinin serbestçe belirlenip uygulanması hekimin mesleki dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hekimin yeni tıbbi müdahaleyi uygulayabilmesi için standart yöntemin olmaması, olmasına rağmen bir sonuç vermemesi, yeni yöntemin yarar risk değerlendirmesi karşısında savunulabilir olması gereklidir. Yani standart tedaviden sapan hekimin haklılığını ispat edebilmek ya da sorumluluktan kurtulabilmek için haklı sebepleri olmalıdır[304]. Standart dışı bu yeni yöntemlerin tıbbi müdahalelerde kullanılması sonucu meydana gelen zararın ispatı ceza hukuku açısından güç gözükmektedir. Bilindiği üzere, ceza hukukunda şüpheden sanık yararlanacaktır[305].

Mesleki cesaret, tıbbi müdahale tıbbi standartlara aykırı ise, izin verilen risk kapsamında görülemez. TTB Yüksek Onur Kurulu, hastayı bir göz hastalıkları

303 Hakeri, Tıp, s. 334.
304 Şenocak, Hekimin, s. 245.
305 Hakeri, Tıp, s. 336.

uzmanına sevk etmek yerine vakaya kendisinin müdahale etmesi ve tedaviyi bizzat sürdürmekteki ısrarı gerekçesiyle geçici süreyle meslekte men cezası vermiştir[306].

Hekimin hastaya uygulayacağı tıbbi müdahale tıp âleminde kabul görmeyen ve yeteri kadar denenmemiş yöntem olamaz. Tıbbi müdahalenin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması kanunlarca hekime tanınmış olan tıp mesleğini uygulama yetkisinin (hakkın icrası) sınırını oluşturmaktadır. Söz konusu sınırlar, mesleğin içerdiği tehlikeleri bertaraf etmeye hekimin hastasına verebileceği olası zararlı sonuçlara karşı teknik sınırlardır. Tıp sanatının kendisinden gelen ve tıbbi faaliyeti teknik olarak sınırlayan bazı tedbir görevleri vardır. Bunlara uyulması, tıbbi işlemlerin teknik sınırını gösterir. Kendi mesleğinin gerektirdiği bilgilere sahip olduğu bilinen hekimin, tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun hareket etmesi, yetkinin kullanılmasındaki objektif sınırı oluşturur[307].

D. Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rıza Göstermesi

Bu konuya "Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru" başlığı altında değinileceğinden bu başlık altında anlatılmayacaktır[308].

---

306 Ünver, Tıbbi, s. 90.

307 Selahattin Keyman, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 74.

308 Bkz. §4/III başlığı altındaki açıklamalara.

İKİNCİ BÖLÜM

SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Genel olarak insan öldürme, bir kimsenin kasıtlı veya taksirli davranışla ve hukuka uygunluk nedenlerinin müdahalesi olmaksızın başka bir kişinin yaşamına son vermesi olduğundan bu suçla korunan hukuki yarar kişinin yaşam hakkıdır. Taksirle öldürme suçunda ortadan kaldırılmak istenen yaşam, failin kendi yaşamı değil, bir başkasının yaşamıdır. Yaşam, insan kişiliğinin ortaya çıkmasının, gelişmesinin ve insan faaliyetlerinin ön şartını oluşturur[309]. Yaşam hakkı[310], diğer haklardan yaralanmanın ön koşulu olduğundan bu hakka yapılan saldırı diğer haklara da yapılmış sayılacaktır[311]. Diğer bir deyişle, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ve değer ifade edebilmesi yaşam hakkının gerçekleştirilmesine bağlıdır[312]. Yaşama hakkının varlığı ve kabulü, kişinin doğumundan ölümüne kadar olan süreçte kendisinin ve üçüncü kişilerin saldırılarına karşı korunması esasına dayanır. Kişinin hiçbir şekilde *öldürülemezliği* yaşam hakkının özünü oluşturur[313]. Yaşam hakkı, toplumsal bir değer olup devletçe koruma altına alınmıştır.

Yaşam hakkı ulusal ve uluslararası belgelerle koruma altına alınmıştır. Üzerinde tasarrufta bulunamayan, vazgeçilmez bir değer olan yaşam hakkı ve bu hakka yönelik saldırılar, TCK 81 vd. maddelerinde koruma altına alınıp, yaptırıma bağlanmıştır.

---

309 Nevzat Toroslu, Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, s. 20.

310 Yaşam hakkı için bkz. §1/II/B başlığı altındaki açıklamalara.

311 Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 147; Seydi Kaymaz ve Hasan Tahsin Gökcan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara 2006, s. 147; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınları, Cilt II, Ankara 2010, s. 2824; Mustafa Artuç, "Taksirle İnsan Öldürme Suçu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2007, Yıl: 2, Sayı: 9, s. 81.

312 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt: I, İstanbul 2007, s. 13.

313 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 13.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN MADDİ UNSURLARI

I. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Bir suçun konusu, hareketin yöneldiği kişi ya da şeydir. Konusuz suç yoktur. Suçun konusu, hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen konudur. Taksirle öldürme suçunda suçun hukuki konusu, hareketin yöneldiği fail dışında kalan diğer bir insandır[314].

II. FAİL – MAĞDUR

A. Suçun Faili

Bu suçun faili herkes olabilir. TCK 85. maddesinde "kişi"den söz edildiği için, suçun faili açısından bir özellik bulunmaz. Bu nedenle bu suç özgü suç niteliğinde değildir.

Taksirle öldürme suçu, hekimler tarafından da işlenebilecek suç türlerinden biridir. Diğer bir deyişle, taksirle öldürme suçunun tıbbi hata nedeniyle gerçekleştiği durumlarda genellikle hekim [315] suçun faili olmaktadır. Bununla birlikte tıbbi müdahaleden kaynaklanan taksirle öldürme suçunun faili, tıbbi müdahale yapmaya yetkili diğer sağlık görevlileri[316] de olabilir.

B. Suçun Mağduru

Bu suçun mağduru bir insandır. Herhangi bir kişi bu suçun mağduru olabilir. Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan öldürme suçunun mağduru, hastadır[317].

---

314 Toroslu, Özel, s. 21; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2010, s. 125.

315 Hekim kavramı için bkz. §1/IV/A/1/a başlığı altındaki açıklamalara.

316 Diğer sağlık görevlileri kavramı için bkz. §/IV/A/2/a başlığı altındaki açıklamalara.

317 Hasta, sözlükte *"sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan"* şeklinde tanımlanmıştır (TDKS, s. 615); Hasta kavramı, HHY 4/b. maddesinde *"Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse"* olarak ifade edilmiştir.

Öncelikle mağdurun fiziki özellikleri ile cinsiyeti, ırkı, dini, dili ve sağlık durumunun suçun oluşmasında herhangi bir etkisi olmadığı söylenmelidir. Yaşayan canlının insana benzememesi ya da hilkat garibesi olması, taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun oluşmasını engellemeyecektir[318].

Suçla korunmak istenen hukuki değer yaşam hakkı olduğu için suçun işlenildiği anda mağdurun hayatta olması gerekir. Yani mağdur canlı bir insan olmalıdır[319]. Canlı insan olmaktan söz edildiğine göre insanın ne zaman canlı sayılacağı ve ne zaman yaşamı sona ermiş sayılacağı suç ve cezanın belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Örneğin, hareketin yöneldiği kişi daha önce ölmüşse hareketin maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işlenemez suç durumu ortaya çıkacaktır. Yine cenine yönelik eylemlerde faile uygulanacak suç tipinin ve bu suça ilişkin yaptırımın belirlenmesinde bu tespitler son derece önemlidir.

Suçun mağdurunun canlı insan olması gerektiği belirttikten sonra ceninin durumuna da değinmek gerekecektir. Ceninin bu suçun mağduru olup olamayacağını tartışmadan önce ceninin ne olduğu, cenin sıfatının ve insan sıfatının ne zaman kazanıldığına ilişkin sorularının yanıtlarını vermemiz gerekir. Cenin[320], döllenmeden doğuma kadar geçen sürede ana rahminde bulunan varlık olarak tanımlanır[321]. Diğer bir deyişle, çocuğun doğmadan önce ana rahmindeki durumuna cenin denir[322]. Ceninin varlığı, tıp biliminin verileri kapsamında belirlenecektir. Cenin, anneden bağımsız olarak yaşama olanağına sahip olmayan anneye bağımlı gelecekte yaşama

---

318 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 97; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt: II, s. 2825; Artuç, Taksirle Öldürme, s. 82; Toroslu, Özel, s. 23; Soyaslan, Ceza Özel, s. 125; Ahmet Zeki Polat, **Adam Öldürme Suçları**, 1999 İstanbul, s. 3.

319 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 97; Artuç, s. 236; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt II, s. 2825; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2010, s. 139; Soyaslan, Ceza Özel, s. 125.

320 **Özsunay**, cenin kavramı için *"müstakbel insan"* kavramını kullanmıştır (Ergun Özsunay, "Hayatın Başlangıcı Sonuca İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul 1998, s. 9).

321 Ceza kanunumuzda ceninin tanımı, ne zaman insan vasfına dönüşeceği açıkça düzenlenmiş değildir. Cenin, tıp çevrelerince döllenmiş yumurtanın (zigot) 7. günü (1. hafta) ile 8. hafta arasındaki dönem embriyo, 8. haftadan doğuma kadar geçen dönem cenin (fetüs) olarak adlandırılmaktadır (F. Gary Cunning, Paul C. Macdonald, Norman F. Gant, Kenneth J. Leveno, Larry C. Gilstrap, Gary D. V. Hankins ve Steven L. Clark, **Willams Obstetrics**, United States of America 2011, s. 95; Steven Gabbe ve Jennifer Neibyl/sımpson Joe Leigh, **Obstetrics and Normal and Problem Pregnancies**, United States of America, 2007, s. 3). Embriyo canlı bir varlık olmakla birlikte henüz insan değildir (Avcı Mustafa, "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler", **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt:. VIII, Sayı: 2, s.143).

322 Hakeri, Tıp, 290.

ümidi bulunan bir varlıktır[323]. Cenin sıfatı, gebelik başlamasıyla başlar. Bu süre dişi yumurta ile erkek sperminin birleşmesinden yedi gün sonrasıdır. Cenin sıfatının kaybedilmesi rahimde ölmesi, rahimden çıkarılması (abortus ya da kürtaj) ya da doğumla olur. Yürürlükteki ceza kanunu sadece çocuktan bahsetmektedir (TCK md. 82/1-b-e). Dolayısıyla ceza hukuku yönünden ceninin insan niteliğine kavuşabilmesi için doğumun bitmesi, yani ceninin anadan tamamen ayrılması aranmaktadır[324]. Normal doğumda ceninin anne rahminden tam[325] ve sağ[326] olarak doğmasıyla cenin sıfatı artık insan sıfatı haline dönüşmektedir (MK md. 28). Burada göbek kordonunun kesilmiş olması şartı da aranmaz[327]. Sezaryen durumunda yaşamın başlangıcı hakkında öğretide çeşitli görüşler ileri sürülse de[328] (rahmin açılması, batının açılması, anestezi başlangıcının esas alınması gibi) bizce bu durumda yine normal doğumda olduğu gibi doğum evrelerinin tümünün tamamlanması, yani bebeğin cerrah tarafından rahimden çıkartılıp göbek kordonunun kesilmesi suretiyle, anneden tamamen ayrılması anı, yaşamın başlangıcı kabul edilmelidir[329]. Doğumun başlangıcı ile doğumun tamamlanma anına kadar geçen sürede cenine verilen zararlar adam öldürme değil, unsurları oluşmuşsa çocuk düşürme suçunu oluşturur.

Cenin, ana rahminden çıkarak ayrı bir varlık (müstakil bir varlık) haline gelinceye kadar bu suçun mağduru olamaz[330]. Çünkü cenine kişilik hakkı tanınmaz. Kişilik hakkı, Medeni Kanun 27. maddesine göre çocuğun sağ olarak, tamamıyla doğduğu anda başlar[331]. Hukukumuzda cenin, anneden tam ve sağ olarak doğup

---

323 Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2007, Yıl: 2007, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 101.

324 Hakeri, Tıp, 290; Karşı görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 140.

325 Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte tam doğmak, çocuğun bütün organlarıyla anadan ayrılmasını ifade eder. Böylelikle ana rahmi dışında bağımsız bir varlık kazanır (M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi, **Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 1993, s. 9; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Yayınevi, Ankara 2004, s. 253; Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 11).

326 Sağ olarak doğmak, çocuğun anadan bağımsız olarak yaşamış olmasıdır. Herhangi bir yaşam belirtisi yeterli sayılır. Bu durumun tespiti tıp bilimi verilerine dayanmalıdır (Oğuzman/Seliçi, s. 9; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002, s. 15; Akipek/Akıntürk, s. 253; Öztan, s. 11).

327 Oğuzman/Seliçi, s. 9; Dural/Öğüz, s. 15.

328 Hakeri, Tıp, s. 291; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara 2010, s. 127.

329 Karşı görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 140.

330 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 97; Kaymaz/Gökcan, s. 148; Hakeri, Tıp, s. 291; A. Polat, s. 3.

331 Sağ olarak doğma doğumun tamamlanmasından sonra bir an bile olsa sağ olmakla mümkündür. Doğumun ne zaman tamamlanmış olduğu konusunda kanunda tam bir açıklık yoktur. Doğumun

ayrılmadıkça kişilik haklarına sahip olmamakla birlikte, kanun tarafından korunmuştur (MK md.28/2, MK md. 582/1). Bebek anneden tam olarak ayrılıp bağımsız bir canlılık kazanmadan önce doğumun başladığı sırada ölmesi sebebiyle kimse sayılamayacaktır. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin aynı yönde kararları mevcuttur[332]. Çocuğun bu suçun mağduru olması için ana rahminden tamamen ayrılması gerekir. Bir kez nefes alan her varlık, bu suçun mağduru olabilir[333]. Öyleyse insan öldürme suçundan bahsedilebilmesi için öncelikle bebeğin canlı doğması gerekir[334]. Bu varlığın insana benzeyip benzememesinin, yaşama şansının bulunup bulunmamasının önemi yoktur. Çünkü insana insan niteliğini veren biçim değil, sadece bir insandan üremedir, yani hukuk düzeni *insandan yalnız insan doğar* ilkesini benimsemiştir[335]. Örneğin, organ eksikliği olan bebekler ile doğumsal anomalili bebekler, anadan doğmakla kişilik kazanmış olacağından bunlara yapılacak hatalı tıbbi müdahalelerde artık bir insan, dolayısıyla mağdurdur.

Çocuk ana karnından doğmadan anneye karşı bir eylemde bulunulup, bu suçun işlenmesi durumunda (çocuğun ölmesi ya da erken doğması durumunda) suçun mağduru annedir. Çünkü Cenin, ancak TCK 99. maddesinde düzenlenen "çocuk düşürtme" suçu ile TCK 87/2. maddesinde düzenlenen "neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" hukuki konusu olabilir. Ceninin kaç aylık olduğunun yaşama yeteneğinin(şansının) bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur[336].

---

tamamlandığı an, genel olarak, çocuğun bütün organları ile birlikte ana rahminden ayrılmasını ifade eder. Göbek kordonunun kesilip kesilmemesinin kişiliğin başlamasına etkisi yoktur (Aşçıoğlu, s. 9).

332 Yargıtay, anne karnında ölen cenin için taksirle öldürmeden dolayı ceza veren ilk derece mahkemesinin kararını, ceninin canlı olarak doğmamış bulunması nedeniyle *kimse* olarak kabul edilemeyeceği gerekçe göstererek bozmuştur (Y.2.CD., E. 1994/238, K. 1994/2971, Hakeri, Tıp, ss. 316-317); Yargıtay başka bir kararında da kişiliğin sağ ve tam doğumla başlayacağını açıkça belirtmiştir (Y.4.HD., E. 2009/11806, K. 2010/7278, Yargı Dünyası, İstanbul 2010, Y. 2010, S. 178, s. 96); Yargıtay, bebeğin doğum sırasında ana karnından tam olarak doğmadan ölmesi sebebiyle *kimse* sayılamayacağını ifade etmiştir (Y.9.CD., E. 2008/16443, K. 2008/14064, kararevi.com, erişim tarihi: 06.07.2012); Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararda ceninin kasten öldürme suçunun konusu olabilmesi için canlı doğumun tamamlanması gerektiğini vurgulamıştır (YCGK., E. 2000/1-101, K. 2000/107, Çelen, s. 54).

333 Artuç, s. 236, Hakeri, Tıp, s. 291.

334 Dönmez, s. 101; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 140; Tezcan/Erdem/Önok, s. 127.

335 Oğuzman/Seliçi, s. 10; Dural/Öğüz, s. 16; Akipek/Akıntürk, s. 253; Öztan, s. 11.

336 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 97; Kaymaz/Gökcan, s. 148; Hakeri, Tıp, s. 291; Özbek/ Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 140.

İnsan yaşamı ölümle sona erer. Kişilik de ölümle sona erer. Ölümden ne anlaşılması gerektiği netice başlığı altında [337] inceleneceğinden burada tekrar değinilmeyecektir.

III. EYLEM

A. Hareket

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, taksirli bir eylemle bir kişinin ölmesine sebebiyet verilmesidir. Tıbbi müdahale sonucu meydana gelen taksirli öldürme suçu, hareket bakımından herhangi bir özellik göstermez. Serbest hareketli bir suç olması nedeniyle söz konusu suçlar her türlü hareketle işlenebilir. Önemli olan yapılan hareketin "*bir insanın ölümüne neden olabilecek*" nitelikte bulunmasıdır[338]. Bu yönüyle bu suçlar serbest hareketli bir suçtur. Herhangi bir hareketle işlenebilir.

Taksirli hareket, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Diğer bir deyişle fail (hekim), icrai veya ihmali hareketle bu sonuca neden olmuş olabilir[339]. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan taksirli öldürmelerde hekimin icrai hareketine örnek olarak yanlış ilacın verilmesi, hatalı narkoz uygulanması, yanlış aletin kullanılması verilebilir. Hekimin ihmali hareketine örnek olarak hastayı zamanında sevk etmemesi, ameliyat sırasında uzmanlığını aşan durumlarda ilgili uzman hekimin çağrılmaması veya uzman hekimin denetim yükümlülüğünü ihmal ederek asistan hekime yaptırdığı ameliyat sırasında hatalı ameliyat tekniği nedeniyle hastanın ölmesi verilebilir. Uygulamada bazı yazarlar taksirle öldürmenin ihmal suretiyle icra olunamayacağını savunurlar[340]. Bu yazarların gerekçesi, ihmal suretiyle icra suçlarında failin neticeyi meydana getirmek maksadıyla hareket etmesi gerektiği ve bu durumun taksirli suçlarda teknik olarak gerçekleşmesine olanak olmamasıdır. Buna karşılık bizim de görüşlerine katıldığımız diğer yazarlara göre ihmali suçlar

---

337 Bkz. §3/III/B/2 başlığı altındaki açıklamalara.

338 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 232; Toroslu, Özel, s. 24; Soyaslan, Ceza Özel, s. 126; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt: II, s. 2825; Artuç, s. 237; Kaymaz/Gökcan, s. 148;

339 5237 Sayılı kanunun 22. madde gerekçesi; Hakeri, Tıp, s. 291; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 97; Kaymaz/Gökcan, s. 148.

340 Artuç, s. 237; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt: II, s. 2826.

kasten olduğu gibi taksirle de işlenebilmektedir(Taksirli nitelikli (garantörsel) ihmali suç)[341].

Taksirli nitelikli ihmali suç olarak adlandırılabilen bu suçtan bahsetmeden önce taksir ve ihmal ilişkisine değinmekte yarar vardır. Öğretide taksir ve ihmal arasında bir paralelliğin bulunduğu ve bazı noktalarda birbirine yaklaştıkları ve taksirli suçlarda bir ihmal anının olduğu savunulmaktadır[342]. Taksir ve ihmal kavramları çoğu kez iç içe geçmiştir. Her taksirli harekette ihmal mevcuttur. İki kavram arasında bir şeyin gerçekleşmesine seyirci kalınması hali mevcuttur. Bu bağlamda taksirdeki özen ödevine aykırı hareket, aynı zamanda özen görevine uygun hareketin ihmali demektir[343]. Taksirli suçlarda gerekli özenin gösterilmesinde ihmal söz konusudur. Hatta bu durum taksirli suçlar bakımından icrai hareketle işlense de bulunması gerekli bir unsurdur. Taksirli ihmali suçlarda özen ödevinin yerine getirilmemesinin yanında ihmali bir hareketinde bulunması gerekecektir[344]. Taksirli nitelikli garantörsel ihmali suç, bir garantörün önlenebilir bir neticeyi istemeden ve özene aykırı olarak engellememesidir. Burada garantörün kast olmaksızın ihmali bir hareketle öngörülebilir, önlenebilir bir neticeyi önlememesi hali vardır. Fail burada suçun unsurlarının gerçekleşme ihtimali değerlendirmeyip, yapması gereken hareketi yapmamış(ihmal) ve netice meydana gelmiştir. Örneğin, annenin bebeğini bebeğin sağlığına zarar gelebileceği ihtimalini düşünmeden 24 saat boyuna emzirmemesi sonucunda bebeğin ölmesi olayında taksirli hareket, ihmalidir. Böyle bir durumda anne 24 saat emzirmemenin bebeğin ölümüne yol açacağını öngörebilseydi bebeği ölmezdi. Örneğin, hekimin kan bankasına kan hazırlatmaması ve yeterli hazırlık yapmadan (ihmal) hastayı ameliyata alması sonucunda hastanın kanamadan ölmesi durumunda taksirli suç ihmali şekilde işlenmiş sayılacaktır.

---

341 Ayan, hekimin meslek kusurunu ihmal kavramı içerisinde değerlendirmektedir (Ayan, s. 107); Aşçıoğlu, hekimin adam öldürmeden sorumluluğunu genellikle ihmali bir davranışla ortaya çıkabileceğini belirtmiştir (Aşçıoğlu, s. 75); Yargıtay bir kararında ölümden sorumlu olan hekimi uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uyarmamış olması nedeniyle kusurlu bulmuştur (Y.4.HD., E. 1973/2978, K. 1973/2684, Cankat Taşkın, "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2008, Yıl: 21, Sayı: 77, s. 171).

342 Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, ss. 245-246.

343 Hakeri, İhmal, s. 246; Kaymaz/Gökcan, s. 148.

344 Hakeri, İhmal, s. 246.

Bu hareketin icrai ya da ihmali nitelikte olabileceği söylenebilirse de kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenebilmesi hali ayrıca düzenlenmiş olduğuna göre kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak taksirle öldürmenin ihmali hareketle işlenebilmesine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bizce zorunludur. Aksi kıyas yasağına aykırılık oluşturur[345]. Ancak kanun koyucu taksirle öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesini ayrıca düzenlemediğinden bu şekilde meydana gelen ölüm halinde TCK md. 85 göre yaptırım uygulanacaktır. Ancak burada taksirli öldürme suçlarında hareketin icrai ve ihmali olarak ayrılmasının ceza yaptırımı açısından önemi, cezanın üst ya da alt sınırdan belirlenmesinde önem taşıyacaktır. Uygulamada hakim somut olayın özelliğini de dikkate alarak ihmali hareketle işlenmiş suçlara icrai hareketle işlenen suçlardan daha az ceza öngörebilir.

Tıbbi müdahale sonucu meydana gelen ölüm, kural olarak, bir tıbbi hata sonucunda meydana gelmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu suçlar, hareket anlamında serbest hareketli bir suçtur. Tıbbi hata çok çeşitli sebeplerle meydana gelebilmektedir. Suçun vücut bulmasında tıbbi hatanın türü ve sayısı önemli olmayıp önemli olan, tıbbi hata sonucunda kişinin (hastanın) yaşamının yitirilmesine sebebiyet verecek nitelikte olmasıdır. Tıbbi hatalar uygulamada çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Taksirli öldürme suçu bakımından önemli özen yükümlülüğü ihlalleri (tıbbi hata türleri)[346], daha çok uygulama hataları ve organizasyon eksikliğinden meydana gelmektedir. Söz konusu tıbbi hata türleri, ileride manevi unsur başlığı altında detaylıca incelenecektir[347].

B. Netice

1. Genel Olarak

Taksirle adam öldürme suçunun neticesi mağdurun ölmesidir. Diğer bir deyişle, taksirli fiil sonucu bir veya birden fazla kişinin ölmesi gerekir. Eğer ölüm

345 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 232.

346 Söz konusu ihlaller yazılı olmayıp uygulamada mahkemeler ve öğreti tarafından somutlaştırılmıştır (Hakeri, Tıp, s. 327).

347 Bkz. §5/I/G/2/b başlığı altındaki açıklamalara.

neticesi gerçekleşmemişse taksirli öldürme suçu oluşmaz[348]. Çünkü taksirli suç neticeyle belirlenir.

Bu suçta mağdurun nasıl öldüğünün önemi yoktur[349]. Yine hareket ile ölüm neticesi arasında geçen sürenin de önemi bulunmaz. Ancak hareket ile netice arasında uzunca bir süre geçmişse, hareketin dışında kalan sebeplerin ölüm sonucunun meydana gelmesinde etkili bir rol oynayıp oynamadığı araştırılmalıdır[350]. Ölümün gerçekleşmemesi halinde taksirli yaralama düşünülebilir[351].

Taksirle öldürme suçu, zarar suçudur. Bu suçta bir kimsenin yaşamına yönelik bir zarar verme durumu vardır. Yine taksirle öldürme suçu hareket, netice yer, zaman ve nedensellik bağlantısı bakımından birbirinden ayrılabildiği için neticeli suçtur. Örneğin, özel bir hastanede yapılan hatalı tıbbi müdahale sonucunda hastanın müdahale yapıldıktan 10 gün sonra üniversite hastanesinde ölmesi durumunda hareket ile netice değişik zaman ve yerde gerçekleşmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi taksirle ölüme sebebiyet verme seçimlik hareketli bir suçtur. Netice bu hareketlerden kişinin (hastanın) yaşamının yitirilmesine sebebiyet verecek nitelikte olmalıdır. Bu suçta netice ölüm, ölüme neden olan hareketin kaynağı hekimin tıbbi müdahalesi olduğundan ölüm ve tıbbi müdahale kavramlarının açıklanması gereklidir.

2. Türk Hukukunda Ölüm Kavramı

Ölüm, insan yaşamının ve buna bağlı olarak da kişiliğin sona ermesi olarak tanımlanabilir[352]. Kişiliğin sona ermesinin ceza hukuku bakımından sonucu, mağdur sıfatının son bulmasıdır. Kişilik sona ermediği sürece öldürmeye izin verilmez. Örneğin, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve ölümü beklenilen bir hastaya yönelik eylemler insan öldürme suçunu oluşturacaktır. Burada önemli olan ölümün ne zaman gerçekleşmiş olduğudur. Ölümün hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı tıp biliminin alanına girer. Çünkü ölümün ne olduğu ve hangi andan

348 Kaymaz/Gökcan, s. 150; Tezcan/Erdem/Önok, s. 130; Soyaslan, Ceza Özel, s. 126; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 233.
349 Artuç, Taksirle Öldürme, s. 83; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt: II, s. 2826.
350 A. Polat, s. 8.
351 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 233.
352 Gökçen, s. 73.

itibaren bir kimsenin ölmüş sayılacağı hekimlerin karar vereceği bir konudur. Tıp bilimi, ölümün saptanmasında iki yöntem kabul etmektedir: Biyolojik ölüm[353] ve beyinsel ölüm[354]. Klasik (biyolojik) ölüm anlayışına göre ölüm, kişiye canlılık niteliği kazandıran ana yaşam fonksiyonlarının (dolaşım, solunum ve sinir sistemi) kendi başlarına çalışmalarının durması, bir takım yapay vasıtalarıyla bu fonksiyonlar tekrar faaliyete geçirildiği halde kendiliğinden çalışmaya devam edememesi halidir[355]. Bu husus, Yargıtay'ın 1972 tarihli bir kararında "*ölümün gerçekleşmesi için tüm ana organların görevlerini yitirmiş olması"* şeklinde ifade edilmiştir[356].

Beyin ölümü anlayışına göre ölüm, insan beyninin vücudu idare etme olanak ve kabiliyetini tamamen ve irreversibl olarak kaybetmesidir[357]. İnsan vücudunu beyin idare eder. Cortex (beyin kabuğu) tahrip olunca fonksiyonlar arası koordinasyon bozulmakta, solunum felce uğramakta ve tüm organlar hızla harap olmaktadır. Bu durum ölümün başlamasıdır. Bu andan itibaren bazı organların çalışması yaşamın devam ettiği anlamına gelmez[358].

Hukukumuzda ölüm kriteri olarak, beyin ölümü kriteri benimsenmektedir[359]. Beyin ölümü kıstası, tüm beynin bütün fonksiyonlarının geri dönülmeyecek biçimde kaybedilmesidir[360]. Beyin ölümü gerçekleştikten sonra kişi yaşama hiçbir şekilde döndürülemeyeceğinden ve hukuken ölü olduğundan bundan sonra makineye bağlı

---

353 Biyolojik ölüm, kalp atışlarının ve solunumun durması ile ölümün vukuu bulmasıdır.

354 Beyinsel ölüm, beyin hücrelerinin fonksiyonlarının kesin olarak kaybedildiği durumu ifade eder.

355 Şahin Akıncı, "Organ Nakli Açısından Ölüm Zamanının Tespiti", **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Haziran 1996, Yıl: 1, Sayı: 7, s. 3; Süren, s. 178; Gökçen, s. 73; Zevkliler, Nakil, s. 286.

356 Y.1.CD., E. 269/ K. 3634 (Aşçıoğlu, s. 9, Dpn. 31).

357 Süren, s. 179; Ş. Akıncı, ss. 3, 5; Gökcen, s. 74; Akünal, s. 22; Soyaslan, Organ, s. 129.

358 Ş. Akıncı, s. 3, 5.

359 Türk Tabipler Birliği, 18.04.1968 tarihli kararında, organ nakli bakımından ölüm anını belirlemiştir. Buna göre, bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için, tüm reflekslerinin sona ermiş olması kalp atışlarının ve solunumun durması, beyin fonksiyonlarının yerine getiremediğinin EEG testi ile saptanması gibi koşulların varlığını aramaktadır (Ergun Özsunay, "Hayatın Başlangıcı Sonuca İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar', **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul 1998, s. 38); Soyaslan, Organ, s. 129; Hakeri, Tıp 2, s. 59. Ölüm hali, 2238 Sayılı Kanun'un 11. maddesinde, tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle kardiyolog, nörolog, beyin cerrahı, anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekim kurulunca oybirliği ile saptanacağı belirtilmiştir. Sağlık Bakanlığı 16 Ağustos 1990 tarihinden itibaren ölüm kriterlerini bir genelgeyle, organ nakli yapan merkezlere bildirmiştir. Bu genelgeye göre beyin ölümü kriterleri: *"Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşsüz kaybıdır"* denmiştir. Yüksek Sağlık Şurası (YSŞ) da 24.11. 1969 tarihli kararında beyinsel ölümü benimsemiştir.

360 Ulrich Schroth, "Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları", (Çev. Hakan Hakeri), **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 316; Hakeri, Tıp 2, s. 59.

olarak yaşasa bile artık suçun mağduru olamayacağı öğretide savunulmaktadır[361]. Böyle kişilere yönelik eylemler öldürme suçunu gerçekleştirmez.

C. Nedensellik Bağı

1. Genel Olarak Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif Yüklenebilirliği (İsnad Edilebilirliği)

a. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki ceza kanunumuzda nedensellik bağlantısı konusunda açık bir düzenleme veya tanım yoktur. Bu konunun açıklığa kavuşması öğreti ve uygulamaya kalmış durumdadır. Ceza hukuku bakımından tipik neticenin sorumluluk doğurması için yapılan hareket ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekir[362]. Bu durum tüm suçlar için geçerli olduğu gibi taksirli suçlar bakımından da geçerlidir.

Nedensellik[363] bağı, icra edilen fiil ile meydana gelen netice arasında ki sebep sonuç ilişkisidir[364]. Bir olayda failin fiili olmasaydı, öldürme neticesi meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa nedensellik bağı vardır[365]. Öyleyse öldürme neticesi failin hareketinden doğmalı, onun hareketi sonucunda ortaya çıkmış olmalı yani

---

361 Hakeri, Tıp, s. 291; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt II, s. 2825; Artuç, Taksirle Öldürme, s. 82; Tezcan/Erdem/Önok, s. 128; A. Polat, s. 4.

362 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen ve A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 412; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010, s. 220; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 178. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul 2008, s. 261; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 126; Kayahan İçel ve Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 65; Sulhi Dönmezer, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 2003, s. 134.

363 Nedensellik, neden kavramından türetilmiştir. Neden, bir olayın meydana gelmesine yol açan bir olay, sebeptir Berrin Akbulut, "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 211.

364 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 220; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 412; Akbulut, s. 211; Veli Özer Özbek, "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu", **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, s. 417; Timur Demirbaş, **Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, Ankara 2009, s. 233; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2008, s. 145.

365 Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt: II, s. 2831; Kaymaz/Gökcan, s. 150.

failin eseri olmalıdır[366]. Başka bir deyişle, istenmeyen netice (zarar, öldürme) fiile uygun olmalı, onun uygun sonucu olarak görülmelidir. Tez çalışmamız açısından konuya yaklaşacak olursak hekimin tıbbi müdahale sırasında yapmış olduğu eylem, ancak hastada ortaya çıkan zararı meydana getirmeye elverişli ise nedensellik bağının varlığı kabul edilip hekim sorumlu tutulabilecektir[367].

Ceza hukukunda icrai suçlarda (neticeli suçlarda kesin olarak) nedensellik bağının varlığına ilişkin bir tartışma yoktur. İhmali suçlarda ise ikili bir ayrım yapılmalıdır. İhmali suçlardan gerçek ihmali suçlarda hareketin yapılmasıyla suç meydana geldiği için ve kanuni tanımda neticenin gerçekleşmesi aranmadığı için bu tür suçlar açısından nedensellik bağı araştırılmaz. Daha doğrusu bu tür suçlarda failin sorumluluğu için onun hareketsizliği suçu oluşturur ve nedensellik bağı sorun olmaz[368]. Bu suçlar, kanunda açıkça düzenlemiş suçlardır (TCK md. 230, 476 gibi). Gerçek olmayan (garantörsel, nitelikli) ihmali suçlarda nedensellik bağının bulunup bulunmadığı bulunuyorsa bunun nasıl tespit edileceği öğretide tartışmalıdır[369]. Türk hukukunda gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik bağının bulunduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Öğretide **Dönmezer,** bu tür suçlarda iki koşulun gerçekleşmesi kaydıyla nedensellik bağlantısının kabul edilebileceğini savunmuştur. Bunlar: failin harekete geçerek neticeye engel olması yönünden hukuki bir yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğünün yerine getirilmesinin mümkün

---

366 Kaymaz/Gökcan, s. 150; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 98; Yargıtay bir kararında *"savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak..."* demek suretiyle nedensellik bağından bahsetmiştir (Y.4.CD., E. 20371064, K. 2004/2055, Savaş, Tıbbi Hata, s. 138). Yaralandığı gün çene ve boyun yaralarına dikiş atılıp eve gönderilen ve yakınmalarının artması sonucu aynı hastaneye tekrar başvuran göğüs omurunda mermi çekirdeği bulunduğu fark edilip H Hastanesine sevk edilen ve orada ölüm sonucunun meydana geldiği olayda Yargıtay, *"...yaralandığı gün kaldırıldığı A Hastanesinde ateşli silah yarası tespit edilerek gereken şekilde müdahale ve tedaviye devam edilmesi halinde yaralının kurtulmasının tıbben mümkün olup olmadığı, diğer bir ifade ile sanığın eylemi ile sonuç arasındaki illiyet ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği, tedavideki yanılma ve geç müdahalenin ölümün husulünde etkisi bulunup bulunmadığı etkisi varsa kime hangi nedenlerle sorumluluk tahmil edilebileceği hususlarının…"* (Y.2.CD., E. 1995/4916, K. 1995/6186, Savaş, Tıbbi Hata, s. 149); *"...uzman doktorun tababet, meslek ve sanatta acemiliği ve bilgisizliği ile ölüm sonucu arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı…"*(Y.2.CD., E. 1996/12596, K. 1996/244, Savaş, Tıbbi Hata, s. 157); *"…davacının yaralanmasına göre davalı tarafından yapılan tıbbi tedavi ve uygulamanın doğru olup olmadığı, davcını kolunun kangren olup kesilmesinin yapılan tedavi ile illiyet bağının olup olmadığı hususu…"* (Y.4.HD., E. 2004/14541, K. 2005/11224, kazancı.com, erişim tarihi: 12.07.2012).

367 Öztürkler, s. 179.

368 Centel/Zafer/Çakmut, s. 277; Demirbaş, s. 244; Özbek, Nedensellik, s. 456; Dönmezer, s. 134.

369 Dönmezer, s. 135; Demirbaş, s. 244.

olmasıdır[370]. Ancak bu tür suçlarda kanunlarda aynı anda emir ya da yasak normunun düzenlenememesi ve belli bir davranışı yapmamanın (ihmali davranış) önceden ceza kanunlarında düzenlemenin olanaklı olmaması nedensellik bağının tespitini güçleştirir[371].

Taksirli öldürme suçlarında failin davranışı, ölüm neticesini gerçekleşmesi bakımından olmazsa olmaz ise nedenselliğin varlığı kabul edilir[372]. Nedensellik bağı, taksirle öldürme suçunda bir takım özellikler gösterebilir. İstenmeyen netice, mağdurun ya da üçüncü kişinin hareketiyle ya da bu kişilerin hareketlerinin failin hareketiyle birleşerek meydana gelmiş olabilir. Böyle durumlarda nedensellik bağının kesilip kesilmediği zararlı neticeye kimin sebebiyet verdiği problem konusu teşkil eder. Bu gibi durumlarda ortaya çeşitli ihtimaller çıkar. Söz konusu ihtimalleri incelemeye başlamadan önce nedensellik bağlantısının ceza hukukunda ne şekilde değerlendirildiğine değinmek gerekecektir.

b. Nedensellik Bağlantısı Hakkındaki Teoriler

Öğretide nedensellik bağının açıklanmasına yönelik bir takım teoriler üretilmiştir[373]. Bu teoriler şart teorisi, uygun sebep teorisi, karma şart teorisi, son şart teorisi ve etkin sebep teorisi şeklinde sıralanabilir[374]. Öğretide sorunun çözmek amacıyla ileri sürülen söz konusu şartlar bakımından bir birlik sağlanmış değildir.

Biz bu teorilerden şart teorisinin nedensellik bağının kurulması bakımından yeterli olacağını düşünmekteyiz. Bu teoriye göre neticenin meydana gelmesi her koşul, her sebep nedenseldir. Şartların her biri neticenin oluşması bakımından zorunludur. Hareket yapılmasaydı netice meydana gelmeyecekti ise hareket netice bakımından nedenseldir. Hareket yapılmasaydı dahi netice yine meydana gelecek idiyse o hareket netice bakımından nedensel değildir[375]. Bu teori, nedensellik bağının kurulması açısından yeterli olsa da neticeden (taksirle öldürmeden) faili sorumlu

---

370 Dönmezer, s. 136; Aynı yönde görüş için bkz. Demirbaş, ss. 245-246; Centel/Zafer/Çakmut, s. 277.

371 Özbek, Nedensellik, s. 456.

372 Tezcan/Erdem/Önok, s. 193.

373 Özbek, Nedensellik, s. 441; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 220.

374 Centel/Zafer/Çakmut, s. 262; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 220; İçel/Evik, ss. 67-74; Dönmezer, s. 138.

375 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 223; Centel/Zafer/Çakmut, s. 262; Demirbaş, s. 237; İçel/Evik, s. 67; Dönmezer, s. 139; Koca/Üzülmez, s. 147.

tutmak için yeterli değildir. Bu sorunu gidermek için fail ile netice arasında özel bir ilişkinin kurulması gerekir. Diğer bir deyişle, faile neticenin yüklenip yüklenemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu özel ilişki objektif isnadiyet teorisi ile sağlanmaktadır.

c. Objektif İsnadiyet Teorisi

Günümüz modern ceza hukukunda failin sorumluluğu için yalnızca nedensellik bağının kurulması yeterli olmayıp ayrıca neticenin failin fiilinin eseri olduğunun tespiti yani objektif isnadiyetin varlığı da gereklidir. Bir olayda hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısının varlığı zorunlu ise de her zaman sorumluluğun kabulü için yeterli değildir. Nedensellik bağlantısı başka, faili meydana gelen neticeden sorumlu tutmak başka bir şeydir[376]. Öyleyse nedensellik bağlantısı, nedensellik ve isnadiyetten meydana gelmektedir. Bir önceki başlıkta anlatılan nedensellik bağının kurulmasına ilişkin teorilerden olan şart teorisi nedensellik bağının kurulması bakımından yeterlidir. Ancak nedensellik ve sorumluluk farklı kavramlar olduğundan neticeye neden olan her kişiyi neticeden eşit derecede sorumlu tutmak doğru olmayacaktır. Burada yapılmak istenen fail ile meydana gelen netice arasındaki özel ilişkiyi ortaya çıkarmaktır[377]. Bu teorinin geliştirilmeden önce hareketle netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması tek başına yeterli sayılıyor ve sorumluluğun genişlemesi kusur yönünden değerlendirme yapılarak sınırlandırılmaya çalışılıyordu. Failin egemenlik alanı dışında kalan ve tesadüfe dayalı neticelerin ortaya çıktığı durumlarda olay çözümü tatmin edici olmuyordu[378].

Objektif isnadiyet teorisinin esası neticenin faile insan tarafından yapılabilirlik anlamında yükletilip yükletilemeyeceğidir Bu nedenle somut olayda önce nedensellik bağı saptanmalı, sonra neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceği değerlendirilmelidir[379]. Bunun içinse üç aşamalı yöntem uygulanmalıdır. Önce neticenin hangi hareketten meydan geldiği tespit edilmesi (birinci aşama), sonra

---

376 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 425; Özbek, Nedensellik, s. 420; Koca/Üzülmez, s. 146.
377 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 227.
378 Öztürk/Erdem, s. 184.
379 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 425; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 228; Koca/Üzülmez, s. 146.

neticenin bir insan tarafından yapılabilirliğinin, isnad edilebilirliğinin tespit edilmesi (ikinci aşama) ve son olarak hareketin fail tarafından bizzat yapılabilirliğinin belirlenmesidir[380]. İşte objektif isnadiyet, sorumluluğu normatif yönden ikinci bir kez değerlendirme yapmak suretiyle sınırlandırmaktadır.

Öğretide neticenin faile yüklenebilmesi için gerekli kriterler konusunda tartışmalar mevcuttur. Söz konusu kriterler hükmedilebilirlik, yükümlülüğe aykırılık bağlantısının bulunmaması, neticenin normun koruma alanı dışında kalması, risk veya tehlikenin bulunmayışı, riskin azaltılması, izin verilen riskin varlığıdır[381].

Objektif isnadiyet teorisine göre fail tipik neticeyi gerçekleştiren hukuken bir tehlike ya da risk oluşturmuş ise ve bu tehlike tipik neticenin ortaya çıkışında gerçekleşmiş ise netice faile isnad edilebilir. Öyleyse bir olayda;

a- Fail, olayın gelişimine egemen olamıyor olayı yönlendiremiyorsa,
b- Ortaya çıkan netice, her türlü yaşam deneyimlerinin dışında kalan atipik bir gelişme arz etmiyorsa,
c- Fail, başlamış olan nedensellik zinciri rizikosunu azaltmış ise,
d- Fail tarafından oluşturulan tehlike, tipte görülen neticede gerçekleşmemişse,
e- Netice yükümlülüğe aykırı bir davranışın sonucu olmakla birlikte bu normun koruma alanının dışında kalıyorsa neticenin faile yükletilmesinin olanağı yoktur[382].

Taksirli suçlarda da nedensellik ve objektif isnadiyet mevcut olmalıdır. Taksirli öldürme suçunda objektif isnadiyet, dikkat ve özen ödevinin yerine getirilmemesi sonucunda ölüm neticesine neden olunmasıdır. Fail dikkat ve özen ödevini yerine getirmiş olsaydı netice gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa netice faile isnad edilebilecektir[383]. Diğer bir deyişle, neticeye özen yükümlülüğünün ihlalinin neden olması gerekir. Bu bağlamda failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için yükümlülüğe aykırılık bağlantısı mevcut olmalıdır. Ancak burada yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda neticeden kaçınılabilir olup olmadığı

380 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 228.
381 Öztürk/Erdem, s. 185; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 228.
382 Öztürk/Erdem, s. 185; Koca/Üzülmez, s. 152.
383 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 98; Demirbaş, s. 237. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 223; Tezcan/Erdem/Önok, s. 193; Öztürk/Erdem, s. 254.

araştırılmalıdır[384]. Açıklamadan da anlaşılabileceği üzere, isnad edilebilirliğin ölçütü, bir insan tarafından yapılabilirliktir. Bir olay karşısında bir herhangi bir kişinin (hekim, avukat, işçi, esnaf, vs) ne yapabileceği ve hukukun bu kişilerden ne bekleyebileceğidir. Objektif isnadiyet, isnad edilebilirlik kriteri olarak failin kişisel eğilim ve yetenekleri ölçüsünde bireysel olarak bir hareketin yapılıp yapılamayacağını belirler. Burada önemli olan şey bizzat yapabilir olmadır[385].

2. Nedensellik Bağlantısı Konusunda Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Konunun başında da belirttiğimiz gibi nedensellik bağı, taksirli öldürme suçunda bir takım özellikler gösterebilir. Netice yalnızca failin yapmış olduğu hareketten meydana gelmişse sorumluluğun belirlenmesi kolaydır. Ancak bazen netice yalnızca failin yapmış olduğu hareket sonucu meydana gelmez. Mağdurun ve/veya diğer üçüncü kişilerin yapmış olduğu hareketlerin neticeye olan katkısı, netice ile ilişkisinin belirlenmesi ve bu durumların failin sorumluluğuna olan etkisi çözülmesi gereken problem olarak karşımıza çıkar. Tıbbi müdahalelerin birçoğunun büyük bir ekiple gerçekleştirildiği düşünülürse, meydana gelen olumsuz sonuçtan hekimin hatasının tespit edilmesi, ceza adaletini sağlamak bakımından önemli bir sorundur. Şimdi nedensellik bağının tespitinde önemli rol oynayan çeşitli ihtimallerden bahsedelim.

a. Üçüncü Kişinin Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi

Bazen failin hareketi, üçüncü kişinin hareketiyle birleşir. Burada üçüncü kişinin hareketi kusurlu ya da kusursuzdur. Üçüncü kişinin hareketi kusursuzsa, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı, kesilmediğinden sadece fail hareketinden sorumludur[386]. Bu duruma örnek olarak, bir hekimin gebeye, gerekli

---

384 Öztürk/Erdem, s. 255.

385 Özbek, Nedensellik, s. 441.

386 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 499; Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul 1967, s. 173; Mustafa Öztürk, **Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1995, s. 17; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; İçel/ Evik, s. 204; O. Kadri Keskin, **Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma**, Seçkin Yayınları, Ankara 1994, s. 102; Kaymaz/Gökcan, s. 104; Dönmezer, s. 213.

araştırmayı yapmadan teratojenik[387] ilacı reçete etmesi üzerine eczanın da bu ilacı gebeye satmasında bebekte meydana gelen zararlı durumdan eczacının sorumlu olmaması hali verilebilir. Çünkü eczacı bakımından meydana gelen zararlı netice öngörülebilir nitelikte olmadığından neticeyi öngörme olanağına sahip taksirli hareketin faili olan hekim meydana gelen zararlı neticeden sorumludur. Yine hekimin penicilin alerjisi olan bir hastaya penicilini reçete etmesi halinde ilacı veren eczacının neticeden sorumluluğu yoktur[388].

Üçüncü kişinin hareketi kusurluysa yani failin hareketine üçüncü kişinin kusurlu fiili eklenmişse taksirli suçlara iştirak mümkün olmadığından (TCK md. 40/1) herkes kendi taksirli fiilinden sorumlu tutulacaktır (TCK md. 22/5)[389]. Örneğin, birden fazla cerrahın girdiği ameliyat sonrasında hastanın ölmesi halinde ameliyata katılan herkes kendi taksirli fiilinde sorumlu tutulacaktır. Burada failin kusurlu hareketine başka kusurlu hareketle kaç kişi katılmışsa her bir fail ayrı ayrı birbirinden bağımsız olarak kusuru oranında neticeden sorumlu tutulur. Konuyla ilgili olarak şu örnek verilebilir: Eczacının tezgâh üzerinde unuttuğu zehirli ilacı, A'nın alması ve karısını zehirlemesi halinde kocanın hareketi kasıtlı eczacının hareketi taksirlidir. Görüldüğü gibi herkes kendi fiilinden sorumludur[390]. Burada iki durumu birbirinden ayırmak gerekir. İlk olarak, eğer özen yükümlülüğünün ihlali kanuni tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmesi tehlikesini içeriyorsa, bu durumda hukuken onaylanmayan risk çerçevesinde, kasti bir suç işlemek için uygun durumdan

---

387 Teratojenik madde anne karnındaki bebeğin büyümesini aksatan ve onda çeşitli şekil bozukluklarına yol açan madde ya da ilaç olarak tanımlanabilir.

388 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458.

389 TCK Md. 22/5 gerekçesi şu şekildedir: '*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin karşılıklı olarak işledikleri taksirli fiiller sonucunda gerçekleşmiş olabilir. Örneğin bir trafik kazasında sürücü ile yaya veya her iki sürücü de taksirle hareket etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir.*
Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Kanunun suça iştirake ilişkin hükümleri, kasten işlenen suçlarda suçun işlenişine iştirak eden kişilerin sorumluluk statülerini belirlemektedir. Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınamaz'.

390 Demirbaş, s. 364; Koca/Üzülmez, s. 210; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 259.

yararlanma hali vardır. Böyle durumda özen yükümlülüğü olan kişiye kasti suçun neticesinden dolayı genel kurallara uygun olarak sorumluluk yükletilecektir. Örneğin, fail eşini öldürmek için eczacının kurallara aykırı şekilde sakladığı zehri ona fark ettirmeden alabilir. İkinci olarak, özen yükümlülüğüne aykırılık üçüncü kişinin, bir başkasının kasten işlediği bir fiil hakkında özel bilgiye sahip olması nedeniyle görülebilir olduğu zamanlarda da yüklenilebilir. Bu durumda üçüncü kişi failin işlediği kasti suça nedensellik katkısında bulunmuşsa, taksirle neticeye sebebiyet vermekten (ihmali hareketle) dolayı sorumlu olacaktır[391].

Bazen failin taksirli hareketi üçüncü kişinin taksirli veya kasıtlı fiilinin zeminini oluşturabilir. Burada üçüncü kişiler arasında herhangi bir işbirliği ya da bir bağ yoktur. Böyle durumlarda üçüncü kişilerin hareketleri ile netice arasında nedensellik bağı kurulur. Böyle durumda her bir kişi kendi kusurlu hareketinden sorumludur [392] . Örneğin, eczacının hekimin reçete ettiği ilacı yanlış okuyup teratojenik etkisi olan bir ilaç verdiğini fark eden kişinin bu ilacı gebeye vermesi halinde eczacı taksirinden, ilacı kasten gebeye içiren kişi de kastından sorumlu tutulacaktır. Yine işlek bir caddede inşaat yapan bir müteahhidin gerekli önlemleri almadan yıkım işine başlaması ve işçilerin de dikkatsiz bir şekilde inşaat molozlarını caddeye atması sonucu oradan geçenlerin yaralanması halinde hem müteahhidin hem de işçilerin hareket ve neticeleri arasında nedensellik bağı olduğundan taksirli sorumlulukları vardır[393]. Konuyla ilgili son bir açıklamayı mesleki taksir yönünden işçi, memur ya da meslek adamı yönünden yapmak gerekecektir. Adı geçen kişilerin taksirli hareketlerin doğan zararlı neticeler bakımından işveren ya da amirin sorumluluğuna gidilmesi ceza siyaseti açısından yerinde görülmektedir[394]. Örneğin, fazla çalıştırdığı kamyon şoförün, yorgunluk kaza yapması halinde işverenin sorumluluğunun doğacağı aşikârdır. Yine hastanelerde nöbet öncesi ve sonrası izin kullanmayan bir hekimin müdahale sırasında tıbbi hata yapması halinde hastane yönetiminin sorumluluğu vardır. Tüm bu hallerde faillerin her birinin hareket ve netice arasındaki illiyet bağının özellikle öngörebilme kriterinden yaralanılarak var olup olmadığının araştırılması gerekir.

---

391 Koca/Üzülmez, s. 210.
392 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 500; İçel, Taksir, s. 175; Demirbaş, s. 364; Koca/Üzülmez, s. 210.
393 İçel, Taksir, s. 175, Koca/Üzülmez, s. 211.
394 İçel, Taksir, s. 176.

Konuyla ilgili olarak son ihtimal, başlamış olan sebepler serisine (üçüncü kişi veya bir doğa olayı tarafından başlatılan) hekimin ihmali hareketinin eklenmesidir. Buna örnek olarak trafik kazası, boğulma gibi nedenlerle yaralanan kişiye hekimin geç müdahale etmesi, hiç etmemesi ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı müdahalede bulunması sonucunda hastanın ölmesi durumu verilebilir (kümülatif nedensellik). Böyle durumlarda hastanın kaza sonucu mu yoksa hekimin ihmali hareketi sonucu mu öldüğü kesin olarak saptanamaz. Çünkü ihmali hareket olsa da olmasa da netice meydana gelebilirdi. Böyle bir olayda neticenin meydana gelebilme ihtimalinin gerçeğe yakın derecede engelleyebilecek bir ihmal nedensel değere sahip olacaktır. Aksi halde şüpheden sanık yararlanır Böyle bir durumda hekim ihmali davranışı ile meydana gelen sonuçtan ne derece sorumlu tutulabilecektir. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi garantörsel ihmali suçlar konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hekimin sebep olmadığı fakat ihmali davranışıyla neticeyi ağırlaştırdığı böyle durumlarda değerlendirme faile göre yapılacaktır. Burada kişinin mesleği ne olursa olsun ancak neticeye engel olma olanağına ve iktidarına sahipse sorumluluğu doğar. Hukuk hiç kimseden olanaksız fedakârlık bekleyemez. Bu nedenle böyle durumlarda somut olay fail ve failin içinde bulunduğu koşullar açısından geniş bir şekilde değerlendirilmelidir[395]. Durum TCK md. 83 açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

b. Mağdurun Hareketinin Failin Taksirli Hareketi İle Birleşmesi

Günlük yaşantı içerisinde kişiler tarafından yapılan birçok hareket çeşitli suç tiplerine zemin hazırlayıp bunlara yol açan ve bu süreci hızlandıran bir özellik gösterebilir. Meydana gelen suça neden olan bu hareketler, mağdurun suça yol açması kavramıyla adlandırılır[396]. Mağdurun suça yol açması *" mağdurun, faili cesaretlendirici veya tahrik edici davranışıyla ya da riski artıran bir takım diğer yollarla kendisine karşı suç işlenmesine neden olabilmesi"* olarak tanımlanabilir. Yine bu kavramla kısmen örtüşen ve küçük bazı farklılıklar bulunan mağdurun rolünden ve mağdurun sorumluluğundan bahsetmek gerekir. Mağdurun rolü,

395 Özbek, Nedensellik, 458.
396 Füsun Sokullu Akıncı, Viktimoloji, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 72.

işlenmiş bir suçta mağdurun etkisini, katkısını ifade etmektedir. Mağdurun sorumluluğu, mağdurun işlenmiş suçtaki katkısını suça katkıya bağlanan bir sonucu ifade etmektedir[397]. Bu kavramların ceza hukuku açısından önemi büyüktür. Çünkü failin cezalandırılmasında bu durum dikkate alınmaktadır. Mağdur, suça yol açan bu hareketleri kasıtlı, bilinçli ya da farkında olmadan yapmaktadır. Söz konusu hareketler icrai veya ihmali hareket şeklinde olabilmektedir. Ancak burada önemli olan meydana gelebilecek suçta bir risk, bir olasılık ifade eden bu hareketlerin suçun meydana gelmesinde oynadığı roldür. Mağdurun yapmış olduğu her hareket bir suçun işlenmesinde rol oynamayacak hatta suçun oluşmasında dahi bir risk oluşturmayacaktır. Tüm bu genel açıklamalardan sonra mağdurun taksirli suçun oluşmasındaki rolünden bahsedebiliriz.

Failin hareketiyle mağdurun hareketinin birleşmesi halinde çeşitli olasılıklar gündeme gelir. Failin taksirli hareketi ile mağdurun tamamen normal hareketinin birleşmesi halinde zararlı neticeden yalnızca fail sorumludur[398]. Çünkü böyle durumlarda nedensellik bağı, failin hareketi ile netice arasında gerçekleşmiştir. Yine burada fail açısından öngörülebilir bir netice vardır[399]. Örneğin, metro çalışması sırasında işlek caddenin ortasına büyük bir çukur açıp uyarı işareti koymayan kişinin oradan geçen yayanın çukura düşüp yaralanması halinde taksirli sorumluluğu vardır. Yine hekimin ameliyat sonrası hastaya antibiyotik dozunu yeterli miktarda yazmaması sonucu hastanın yara yeri enfeksiyonu olması halinde meydana gelen zararlı neticeden sadece hekim sorumludur. Yaya geçidinden yeşil ışık yanarken geçen bir yayaya otomobilin çarpması halinde sürücü zararlı neticeden sorumlu olacaktır.

Failin hareketiyle mağdurun hareketinin birleşmesinde diğer bir olasılık normal olmayan mağdurun hareketinin kusurlu veya hukuka aykırı olmayışıdır. Böyle bir durumda failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağının tespiti için mağdurun normal olmayan hareketinin öngörülebilir olup olmadığı araştırılmalıdır. Mağdurun normal olmayan hareketlerine rağmen netice öngörülebilir ise nedensellik

---

397 Selman Dursun, "Mağdurun Suça Yol Açması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2003, Cilt: LXI, Sayı: 1-4, s. 3 vd., s. 7.

398 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 501; İçel, Taksir, s. 176; Mustafa Öztürk, **Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, İstanbul 1995, s. 19; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; Demirbaş, s. 365; Dönmezer, s. 213; Keskin, s. 103; Kaymaz/Gökcan, s. 104.

399 İçel, Taksir, s. 177.

bağının varlığı kabul edilir ve fail taksirinden sorumlu tutulur[400]. Örneğin, intihar etmek isteyen bir kişiye böyle bir amacı olduğunu bilmeyen eczacının reçetesiz zehir vermesi ve kişinin bunu içip ölmesi halinde eczacı taksirle adam öldürmeden sorumludur. Yine gebe olduğunu hekimden saklayan hasta mide şikâyeti nedeniyle hekime mide ilacı olarak kullanılan ve düşüğe sebep olan ilacı reçete ettirmesi durumunda gebenin bebeğini düşürmesi ve kanamadan ölmesi halinde hekim taksirli fiilinden sorumludur. Çünkü söz konusu ilacın hastaya reçete edilirken gebe olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Yukarıdaki örneklerde eczacı ve hekimin dikkatsiz ve özensiz davranışı sonucunda ölüm meydana geldiğinden sorumlulukları doğacaktır[401]. Ancak burada mağdurun kasten hareket etmesinden yani hekimi ya da eczacıyı yanıltıcı davranışlarda bulunması halinde sorumluluk doğmayacaktır.

Mağdurun anormal davranışı öngörülemeyecek nitelikte ise mağdurun normal olmayan davranışı failin fiili ile netice arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldırır[402]. Örneğin, intihar etmek isteyen kişi amacını gizleyerek arkadaşından kalın ip istese ve intihar etse ipi veren kişi arkadaşının intihar edeceğini öngöremeyeceğinden herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Yine bebeğini düşürme niyetinde olan bir kişi gebeliğini saklayarak bir hekim arkadaşından tanıtım numunesi olarak gelen düşüğe yol açan ilacı isteyip içmesi halinde meydana gelen zarardan hekimin hiçbir sorumluluğu doğmayacaktır. Yine mağdurun intihar etmek amacıyla kendisini otobanda hız limitleri içerisinde seyreden bir aracın önüne atması halinde meydana gelen neticeden failin sorumluluğu yoktur. Çünkü burada taksirli hareket mağdur tarafından yapılmış ve failin neticenin meydana gelmesinde ona yükletilebilecek bir özensizlik yoktur[403].

Failin hareketiyle mağdurun hareketinin birleşmesi halinin bir başka şekli de mağdurun hareketinin kusurlu olmasıdır. Meydana gelen zararlı netice sadece mağdurun kusurlu hareketinden meydana gelmişse failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik ilişkisi ortadan kalkacağından failin herhangi bir sorumluluğu

---

400 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 501; İçel, Taksir, s. 177; M. Öztürk, s. 19; Demirbaş, s. 365, Dönmezer, s. 213; Keskin, s. 103; Kaymaz/Gökcan, s. 105.

401 Burada özellikle taksirin gerçekleşme şekillerinden olan nizamlara, emirlere ve talimata riayetsizlik kavramından yararlanılmaktadır. Çünkü tüm bu düzenlemelerin amacı zararlı neticeleri önlemektir. Örneğin, eczacının reçetede yazan miktardan fazla ilaç talep etmesi ve eczacının da bu isteği yerine getirmesi halinde meydana gelen neticeden sorumluluğu doğacaktır (İçel, Taksir, s. 177).

402 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 502; İçel, Taksir, s. 178, Koca/Üzülmez, s. 212.

403 Koca/Üzülmez, s. 212.

doğmayacaktır [404] .Buradaki nedensellik bağının varlığı yokluğu konusundaki araştırma neticenin öngörülebilirliğine göre tayin edilir. Örneğin, ameliyat sonrası kendisine reçete edilen antibiyotiği kullanmayan hastanın yara yerinde iltihap oluşması halinde hekimin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Konuyla ilgili diğer bir örnek kurallara uygun hızda ilerleyen bir trenden kendisini aşağıya atan bir kişinin ölmesi halinde makinistin herhangi bir sorumluluğu yoktur[405]. Ancak somut olayda failin dikkat ve özen ödevine aykırı davranması halinde sorumluluktan kurtulmayacağı aşikârdır. Örneğin, trende yolculuk yapan yolcunun vagon kapısının iyi kapatılmaması sonucu kapıya dayanan ve kapının açılması sonucunda trenden düşüp ölmesi halinde tren memurunun sorumluluğu vardır. Ancak failin kusurlu hareketine mağdurun kusurlu hareketi eklenmişse ve netice bu iki kusurun birleşmesinden oluşmuşsa taksirler arasında takas söz konusu olmayacağından herkes kendi kusur oranından sorumlu olur[406]. Çünkü burada failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı kesilmemiştir. Örneğin, hızlı araç kullanan sürücünün dikkatsiz bir şekilde karşıdan karşıya geçen bir yayaya çarpması ve onu yaralaması halinde aracı kullanan kişi kusuru oranında sorumludur. Yine gebeliği düşürücü ilaç olarak kullanılan ilacın gebeliği sonlandırılacak olan gebenin yanında bırakılması ve gebenin bu ilacı aşırı dozda alıp uterus rüptürüne yol açması halinde hekim meydana gelen zararlı neticeden sorumludur. Ortak (müterafik) kusur da denilen bu gibi durumlarda failin taksiri hafifler dolayısıyla ceza indirim söz konusu olur (TCK md. 22/4) [407].

---

404 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 502, M. Öztürk, s. 19; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; Demirbaş, s. 353; Kaymaz/Gökcan, s. 105; Keskin, s. 104. "*Bütün suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da hareket ile sonuç arasında bir nedensellik bağının varlığı cezalandırmanın koşuludur. Taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sonucun tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır."* Y.CGK., E**.** 2007/9-192, K. 2007/211.

405 Verdiğimiz örnekle ilgili Yargıtay'ın şu kararı benzerlik göstermektedir: "*Oluş, kabul ve dosya içeriğinden sanığın kamyonunda yolcu olan GK'nın intihar etmek amacıyla kamyondan kendisini atması sonucu öldüğü, ölenin annesi Emine'nin açık beyanından anlaşılmasına rağmen, ölümle sanığı eylemi arasında illiyet bağı bulunmadığı nazara alınmadan mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir."* (Y.2.CD, E.1990/1488, K. 1990/2087, M. Öztürk, s. 20).

406 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 503, İçel, Taksir, s. 181. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; Demirbaş, s. 366; Koca/Üzülmez, s. 212; Özgenç, s. 262.

407 TCK Md. 22/4 *'Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.'* şeklinde düzenlenmiştir.

Son olarak, mağdurun kusurlu davranışına failin daha önce yaptığı taksirli bir davranışın neden olma ihtimali üzerinde durulmalıdır. Örneğin, hızlı giden kamyonun devrileceğini düşünen mağdurun kamyonun kasasından kendini yola atıp ölmesi halinde kamyon sürücüsünün sorumluluğu tartışılmıştır. Öğretide bir grup yazar, taksirli hareketinden doğan ölüm neticesi objektif olarak isnat edilemeyeceğinden, sürücünün sorumlu olmadığı savunmuştur [408] . Bizim de katıldığımız karşı görüşü savunanlar, failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağının kesilmediğini ve failin sorumsuzluğuna gidilmesinin adalet duygusunu rencide edeceğini savunmuşlardır[409]. Çünkü fail burada kamyonu hızlı kullanmakta ve tehlikeyi, riski hukuken önemli bir şekilde artmıştır. Burada mağdurun taksirli harekette bulunmasının sebebi failin önceki taksirli hareketidir. Burada ortak kusur var olduğundan failin neticeyi öngörüp öngörmediği incelenmelidir. Netice öngörülemiyorsa ancak o zaman failin taksirinden söz edilemeyecektir. Yargıtay konuyla ilgili olarak önüne gelen somut olayda yerel mahkemenin nedensellik bağını araştırmadan vermiş olduğu mahkûmiyet kararını bozmuştur[410].

Yapılan tıbbi müdahale (hareket) ile meydana gelen zararlı netice arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir. Nedensellik bağının yokluğu hekimin sorumsuzluğunu meydana getirir. Nedensellik bağının varlığını araştırmaya başlamadan önce meydana gelen zararlı sonucun izin verilen risk içinde kalıp kalmadığı değerlendirilmelidir. Meydana gelen netice izin verilen risk sınırı içinde kalmışsa hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Sınır aşılmışsa o zaman yapılan hareket ile netice arasındaki nedensellik bağının varlığı ayrıca değerlendirilecektir. İşte hekim bu riskin dışına çıkmaz dolayısıyla yasaklanan risklere girmezse hakkının sınırları içinde kusursuz olarak hareket ettiği sürece doğan zararlı neticeden sorumlu tutulamamaktadır.

---

408 Demirbaş, s. 366.
409 İçel, Taksir, s. 181; Koca/Üzülmez, s. 213.
410 Y.CGK., E. 1949/15842, K. 1949/16575 (Demirbaş, s. 354).

3. Hekimin Hatalı Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Öldürme Suçunda Nedensellik Bağının Tespiti

a. Genel Olarak

Tıp alanında faaliyet gösteren hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle ölüme sebebiyet vermesi halinde, öncelikle hekimin icrai veya ihmali hareketi ile meydana gelen netice (ölüm) arasında nedensellik ilişkisinin varlığı ortaya konmalıdır[411]. Daha sonra meydana gelen neticenin hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışına[412] yükletip yükletilemeyeceğinin tespiti gereklidir. Daha açık bir anlatımla, hareketin bir insanın ölümüne neden olabilecek nitelikte olup olmadığının tespiti, nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyetin birlikte değerlendirilmesiyle yapılır. Yani, taksirli hareketin tek başına nedensel değere sahip olması yetmez, neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olması gerekir[413].

Hekimin tıbbi müdahaleyi özensizce yerine getirmesi sonucunda hastaya zarar vermesi durumlarında nedensellik bağının tespitinde icrai suçlarda olduğu gibi şart teorisi ve objektif isnadiyet teorisi temelinden hareket edilmelidir. Hareket gerektiği gibi yapılsaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsak o hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı vardır. Burada şart teorisi tersine çevrilmiştir. Failin neticeden sorumluluğu objektif isnadiyet kurallarına göre çözümlenecektir[414]. Hekimin ihmali bir hareketiyle ölüme sebebiyet vermesi durumunda hareketle ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağının tespiti, icrai hareketle sebep olunan ölüm neticesi kadar net olmayıp varsayıma dayanmaktadır. Yani, yapılması gereken hareket ihmal edilmemiş olsaydı (özen ödevine aykırı davranılmamış olsaydı) sonucun ne olacağı zihinde canlandırılır. Böyle durumda karşımıza yapılması

---

411 Hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelen adam öldürme suçları tıp hukukunun ceza hukukunu ilgilendiren kısmını ifade etmesi nedeniyle buradaki nedensellik bağlantısı ceza hukukunda düzenlenen nedensellik bağından farklı bir kavram değildir (TCK md. 5). Bu itibarla hekimlerin işlemiş olduğu suçlardaki nedensellik bağı genel ceza hukukunda yer alan diğer suç şekilleri çerçevesinde tespit edilecektir.

412 Gerçek olmayan ihmali suçların kaynağını bir yükümlülüğünün yerine getirilmemesi oluşturmaktadır. Yükümlülüğün sahibi olan kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sorumluluğu doğar. Neticeyi önleme zorunluluğu bulunan kişinin neticenin oluşumuna sebebiyet vermemiş olsa bile neticeyi önlememesi nedeniyle suçu işlediği kabul edilir.

413 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 233.

414 Özbek, Nedensellik, s. 455.

gereken hareket yapılsaydı, neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde üç ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, ihmal edilen hareket yapılmış olsaydı netice, *kesinlikle* gerçekleşmeyecekti; ikincisi, ihmal edilen hareket yapılmış olsaydı netice, *muhtemelen* gerçekleşmeyecekti; üçüncüsü ihmal edilen hareket yapılmış olsaydı neticenin *gerçekleşmemesi ihtimal dâhilindeydi* [415] . Öğretide hekimin taksirle öldürmeden dolayı sorumlu tutulabilme koşulu, onun özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sonucunda neticenin *kesinlik sınırında* bir olasılıkla gerçekleşecek olmasına bağlıdır. Bu durumun ispat edilemediği durumlarda neticenin önlenebileceği hususunda *yüksek ihtimalin* yeterli olacağı da kabul edilmektedir[416]. Bu duruma örnek olarak trafik kazası nedeniyle hastaneye getirilen kişiye hatalı veya geç müdahalede bulunulması ya da yapılması gereken müdahalenin yapılmaması sonucunda hastanın ölmesini verebiliriz. Biz hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan ve ihmallerinden doğan adam öldürme suçlarında nedensellik bağının varlığını kabul etmekle birlikte neticeyi önleme konusunda kesinlik sınırında bir ölçüyü kabul etmiyoruz. Çünkü tıp bilimi sürekli gelişen bir bilim dalıdır. Uğraşı alanı karmaşık yapıya sahip olan insan bedeni olduğundan olumsuz neticenin oluşmasında sınırın tespit edilme güçlüğü çok fazladır. Olumsuz sonucun % 100 olmayıp %50,40 veya 30 olduğu durumlarda hekim sonuçtan sorumlu tutulmayacak mıdır? Bazı hastalık türlerinde yaşamın kurtarılmasından ziyade riskin azaltılması, olumsuz neticenin zaman bakımından daha ileri atılması veya zararın azaltılması gibi durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda hekimin hareketsiz kalması sonucunda olumsuz neticenin oluşması, hiçbir zaman kesinlik sınırında ispat edilemez. Bu sorun yukarıda belirttiğimiz gibi objektif isnadiyetin burada uygulanmasıyla aşılabilecektir.

Bazı durumlarda ise nedensellik bağının tespitinde hastanın ölümünün engellenecek olması (yaşamının kurtarılacak olması) hususunun ispatı olanak dışı olduğundan hastanın yaşamının uzatılabilecek olup olmadığı araştırılmaktadır. Hasta hatalı tıbbi müdahale olmasaydı daha geç bir zamanda ölecek idiyse nedensellik bağı olduğu kabul edilir. Bu durum tespit edilemiyorsa taksirle yaralama suçunun olup

---

415 Tezcan/Erdem/Önok, s. 194.

416 Hakeri, Tıp, s. 389; Karşı görüş Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 98: *"Taksirli hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulabilmesi için, bu hareket yapılmasaydı neticenin gerçekleşmeyeceğinin kesinlikle anlaşılması gerekli olmayıp bunun mümkün ve muhtemel olması yeterlidir.";* Tezcan/Erdem/Önok, s. 194; Akbulut, s. 244.

olmadığı araştırılmalıdır. Taksirle yaralama suçunun varlığı halinde hekimin özensiz davranışı sonucunda meydana gelen zarar daha az kapsamlı olsa bile nedensellik bağının varlığı kabul edilmelidir[417]. Örneğin, ameliyat sırasında hekimin hatalı cerrahi müdahalesi sonucunda hasta ölmemiş olup da hastanın yaşamsal bir organının fonksiyon kaybına uğraması halinde taksirle öldürme suçu bakımından olmasa da taksirle yaralama suçu bakımından nedensellik bağı kurulmalıdır.

Yargıtay, önüne gelen davalarda hareket ile netice arasında bulunması gereken nedensellik ilişkisini inceleyip denetlemektedir[418]. Yargıtay, bazı kararlarında da hekimin ihmali hareketiyle taksirle öldürme suçunun gerçekleşmediği veya nedensellik bağlantısının tespit edilemediği hallerde, kamu görevlisi olan hekimin görevi ihmalden sorumlu tutulmasına hükmetmiştir[419]. Yargıtay, bu gibi durumlarda hekimin yapmakla yükümlü olduğu görevini hiç veya gereği gibi yapmaması ya da geciktirerek yapması gibi fiillerin görevi ihmal veya kötüye kullanma suçunu oluşturacağını ifade etmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu, genel, tali ve tamamlayıcı bir suçtur. Görevin kötüye kullanılmasını ifade eden hareketin başka bir suçu oluşturmaması gerekir[420]. Bu nedenle fiile uyan asli norm bulunması durumunda TCK 257. madde uygulanmayacak, asli norm olan taksirle öldürme veya yaralama suçlarıyla ilgili uygulama yapılacaktır[421]. Yine yüksek mahkeme gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik bağının varlığı kabul etmektedir. Yargıtay, bir kararında nedensellik bağının kurulamadığı durumlarda

---

417 Hakeri, Tıp, ss. 390-391.

418 *"…bu tür olaylarda kişinin zarardan sorumlu tutulabilmesi için yaptığı eylem ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması zorunludur. O sebeple idari kararlara dayalı olarak bir kısım davalıların sorumlulukları cihetine gidilmesi dairemizce doğru bulunmamıştır…"* (Y.13.HD., E. 2005/13615, K. 2005/19261, http://www.legalbank.net, erişim tarihi: 21.07.2012).

419 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 98; *"Trafik kazası sonucu hastaneye yaralı getirilen ölenin, görevli doktor ve hemşire olan sanıklar tarafından yeterli kontrol ve muayene ile gelişen klinik bulgulara uygun müdahale yapılmadığından ölmesi olayında, sanıkların yasal sorumluluklarını getirseler dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda rapor alınıp, ölüm kaçınılmaz ise görevi savsama, ölümde bu savsama etkili ise taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulmalıdır."* Y.4.CD., E. 2003/1064, K. 2004/2055 (Sevindik, s. 47); Y.4.CD., E. 2006/52, K. 12500, Y4CD., E. 2006/10373, 2006/13795 (Hakeri, Tıp, ss. 391-392).

420 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, 1026; Tezcan/Erdem/Önok, s. 729.

421 *"Göze giren çivinin çıkartılması için röntgen çekilmeden ameliyat yapma eylemi görevi savsama suçu oluşturur. Ancak gözün kaybedilmesi ile bu kusur arasında illiyet bağı bulunması halinde TCK 459. maddesindeki suç oluşur."* (Y.CGK., E. 1991/4-311, K. 1991/17); Aynı yönde görüş için bkz. Y.4.CD., E. 1999/5002, K. 1999/5977, Y.4.CD., 2004/10444, K. 20047/11972, Y.4.CD., E. 2004710373, K. 2006/13795, Y.4.CD., E. 2003/1064, K. 2004/2055, (Reha Sümer, "Yargıtay Kararları Işığında Hekimlerin ve Diğer Sağlık Görevlilerinin Cezai Sorumluluğu", www.antalyatabip.org.tr/aspen/index. (erişim tarihi: 07.11.2009), s. 11).

2006 yılında verdiği kararların aksine failin sorumlu olmadığına ilişkin karar vermiştir [422] . Ancak Yargıtay ihmali davranılmasaydı da bir neticenin gerçekleşeceğinin kesin olduğu hallerde nedensellik bağını kabul etmektedir [423]. Yargıtay ihmali suçlarda nedensellik bağının kesileceğini de ifade etmektedir[424].

Hekimi olumsuz neticeden sorumlu tutabilmek için nedenselliğin tespitinden sonra olumsuz neticenin gerçekleşme olanağı ve ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekir. Bu durum objektif isnadiyete ilişkin bir hususdur. Modern ceza hukukunda neticenin meydana gelmesinde etken olan nedenler nedensellik bağı ile tespit edildikten sonra hukuksal bir değerlendirme yapılarak netice kimin eseri ise ona yükletilmesi, eseri olmadığı neticeler bakımından sorumlu tutulmamasını benimser. Bir önceki başlık altında yapılmış olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, sorumluluk için nedensellik bağının varlığı tek başına yeterli olmayıp neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi gerekmektedir. Özellikle tıp alanında hizmet veren hekimler büyük bir ekiple birlikte, birçok farklı alanlarda birbirinden bağımsız ve habersiz, çalışmaktadır. Meydan gelen olumsuz neticeyi meydana getiren hareket failin kendi ihmali davranışından, kendisi dışında başka kişinin davranışından veya bir doğa olayı sonucu meydana gelmiş olabilir. Eğer netice, failin ihmali veya icrai bir hareketi sonucu meydana gelmişse (yani fail ihmali hareket etmeseydi, yapması gerekeni yapsaydı netice meydana gelmeyecektiyse) nedensellik bağı vardır. Objektif isnadiyet açısından da bir sorun yoktur. Ancak failin veya üçüncü kişilerin hareketine başka hareketler (başlamış olan veya devam eden sebepler serisine eklenen hareketler) eklenmişse nedensellik bağının tespiti güçleşebilir [425]. Görüldüğü gibi burada sebeplerin çokluğu söz konusudur. Bu sorunun çözümü aşağıda başlık altında verileceğinden burada bahsedilmeyecektir.

---

422 Y.CGK, E. 1984/9-456, K. 1984/3301 (Akbulut, s. 240).

423 Y.4.CD, E. 2004/1064, K. 2004/2055; 4.CD, E. 2006/10373, K. 2006/13795; Yıl: 4.CD, E. 2006/52, K. 2006/12500 (Akbulut, s. 241).

424 Y.4.CD, E. 2006/10373, K. 2006/13795 (Akbulut, s. 241).

425 Özbek, Nedensellik, s. 458.

b. Hatalı Tıbbi Müdahale ile Ölüm Neticesi Arasındaki Nedensellik Bağının Tespiti Sorunu

Ceza hukukunda hekimin tıbbi müdahale nedeniyle hastaya verdiği zarardan dolayı sorumluluğunun tespitinde, yukarıda değinilen ve diğer taksirli suçlar için geçerli olan nedensellik bağına ilişkin ilkeler burada da geçerli olmakla birlikte, işin niteliği gereği bazı özellikler gösterebilir. Hekimi tıbbi müdahale nedeniyle taksirle öldürme suçundan sorumlu tutabilmek için gerekli olan nedensellik bağının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun temel sebeplerinden biri uygulanan tıbbi müdahalenin her kişide farklı sonuçlara yol açabilme olasılığının varlığıdır[426]. Uygulamada hekimlerin sürekli olarak ifade ettikleri gibi, *"hastalık yoktur, hasta vardır"* cümlesi bu durumu açıklayan en iyi anlatımdır. Hekim insan vücudu gibi karmaşık bir organizma üzerinde müdahalesini gerçekleştirmektedir. Uygulanan her tedavi her hastada aynı sonucu vermeyebilecektir. Örneğin, hastaya verilen ağrı kesici ilacın hastada yol açabileceği bilinen yan etkiler dışında vücutta başka etkilere yol açabilir.

Tıbbi müdahaleler birçok kez kalabalık bir ekiple yapılır. Özellikle cerrahi müdahalelerde durum biraz daha karmaşık bir hal almaktadır. Böyle durumlarda meydana gelen neticeden kimin (hekim ya da diğer sağlık personeli) sorumlu tutulacağı, diğer bir deyişle nedensellik bağının tespiti, sorun olarak karşımıza çıkar.

Nedensellik bağını tespit ederken karşımıza çıkabilecek sorunları değişik açılardan ele almak gerekir. Çünkü hekimi her zaman meydana gelen neticeden sorumlu tutmak adalet duygusuyla bağdaşmayacaktır. Burada karşımıza çıkabilecek sorunlar tıbbi müdahale sonucu meydana gelen zararlı neticenin hekimin hareketinin diğer ekip üyelerinin (üçüncü kişiler) ve ya hastanın (mağdur) hareketiyle birleşmesi durumudur. Meydana gelen neticede üçüncü kişinin kusuru yoksa hekim sorumludur. Fakat üçüncü kişinin kusuru varsa zararlı neticeden herkes kendi kusuru nedeniyle sorumlu tutulacaktır (TCK md. 22/5). Bu bakımdan her somut olay ayrı ayrı titizlikle değerlendirilmelidir.

---

426 Bayraktar, Hekimin, s. 221; Çakmut, s. 253.

aa. Ekip ile Gerçekleştirilen Tıbbi Müdahalelerde Sorumluluğun Tespiti Sorunu (Tıbbi Müdahalelerde İşbirliği)

Ekiple gerçekleştirilen müdahalelerde hekimin kusurlu hareketine üçüncü kişinin hareketi eklenmiş olabilir. Örneğin, ameliyat sırasında dikkatsizce davranan bir hekime ameliyat ekip üyesi olan bir diğer hekimin de tedbirsizce davranması halinde hekimin hareketine üçüncü kişinin hareketi eklenmiş olacaktır. Ceza hukuku bakımından tipik neticenin sorumluluk doğurması yapılan hareket ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması ve ceza sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından anlatılması ve çözülmesi gereken bir takım problemler vardır. Söz konusu problemler şu şekilde sıralanabilir: Ekip üyelerinin yetki alanı ve sınırlarının belirlenmesi problemi, Koordinasyon ve iletişim problemleri, Güven ilkesine ait problemler ve Konsültan-müdavi hekim ilişkisine ait problemler.

bb. Ekip Üyelerinin Yetki Alanı ve Sınırlarının Belirlenmesi Problemi Yatay ve Dikey İşbölümü)

Günümüzde tıbbi müdahaleler nitelikleri gereği büyük bir ekiple gerçekleştirilir. Hasta hastaneye başvurduğu andan itibaren birçok sağlık çalışanıyla karşılaşmaktadır. Yani hastaya birçok kişi el atmaktadır. Böyle bir ortamda hastaya verilen bir zarardan sorumluğun belirlenmesinde temel ceza hukuku ilkesi olan kusur prensibi gereği herkes yaptığı ve yapması gerektiği hareketlerden sorumlu olmalıdır (TCK md. 22/5). Sağlık çalışanları arasında hastaya verilmesi muhtemel olan zararları önlemek bakımından bir işbirliğinin bulunması zorunludur. İşbirliği içerisinde yaşanan en önemli sıkıntı, yetki alanlarının belirlenmesine ilişkin olanıdır. Bu noktada sorumluluk alanının bölünebilirliğinden bahsedilmelidir[427]. Çünkü hekim hasta yönetiminde farklı işleri yapmakla görevli birçok kişiyle çalışmak durumundadır. Söz konusu işbölümü, ekip şefi hekim tarafından diğer ekip üyeleriyle konuşarak, pozitif düzenlemelerle(kanun), uzmanlık alanının gerekleri

[427] Halid Özkan, "Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 125.

aracılığıyla, işin doğası gereği(mutad uygulamalar) ve rutin uygulamalarla belirlenebilir.

Sağlık hizmetlerinde hasta tedavisinin ve yönetiminin işbirliği içerisinde gerçekleştirilmesi, meydana gelen olumsuz sonuçtan kimin/kimlerin cezai sorumluluğunun doğacağı sorununu gündeme getirir. Ceza hukukunun temel prensiplerinde olan (TCK md. 20) ve Anayasa'da da düzenlenmiş (AY md. 38) olan cezada şahsilik ilkesi gereğince meydana gelen neticeden sorumlu olanların belirlenmesi ve buna ilişkin ceza davasında maddi gerçeğin ortaya çıkartılması gerekliliktir. Bu durum en başta hekimlerin ve diğer sağlık ekibi üyelerinin güvenlikleri açısından gereklidir. Yapılan bir tıbbi hatadan tıbbi müdahaleye katılanların hepsinin sorumlu tutulması yani o kişilerin sadece tıbbi müdahaleye katılmış olmaktan dolayı sorumluluklarının doğması (objektif sorumluluk hali) sübjektif sorumluluk ilkesine aykırılıktır. Bu nedenle büyük bir ekip işi olan tıbbi müdahalelerden kaynaklanan taksirli eylemlerde sorumluluk, TCK 22/5. maddesi gereği sonuca etkili olan hareketi yapan/yapanlarca ayrı ayrı belirlenecektir. Çünkü taksirli suçlarda iştirak kuralları geçersizdir.

"Birden fazla tıp mensubunun bir hastanın tedavisini birlikte veya ardışık olarak gerçekleştirmeleri" yatay ve dikey işbirliği olarak adlandırılmaktadır[428]. Yatay işbirliği, tıp mensuplarının aralarında astlık-üstlük ilişkisi olmaksızın işbölümü yaparak gerçekleştirdikleri işbirliğidir[429]. Bu tür işbirliğinde hekimin diğer bir hekimden emir almaz (mesleki dayanışma). Örneğin, bir ameliyatta anestezi hekimi ile genel cerrahi uzmanının ilişkisi gibi. Dikey işbölümü ise hekim arasındaki altlık üstlük ilişkisini (ast-üst ilişkisi, hiyerarşi) ifade eder[430]. Örneğin, bir ameliyatta uzman olan genel cerrahi hekimi ile asistan arasındaki ilişki gibi.

Ekip halinde çalışan hekimi diğer ekip üyelerinin hatasız çalıştığına inanıp güvenle hareket edebilir. Ancak bu durum, hekimin denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Ekipte yer alan bir hekimin yapılan müdahale için yetersiz olduğu, gereken niteliklere sahip olmadığı veya hata yaptığı konusunda açık göstergeler mevcutsa bunu öngören diğer hekimler artık güven prensibi içerisinde hareket

---

428 Ali Kemal Yıldız, "Tıp Hukukunda Güven İlkesi", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, Güven, s. 260.

429 Yıldız, Güven, s. 260; Hakeri, Tıp 2, s. 48.

430 Hakeri, Tıp 2, s. 48; Yıldız, Güven, s. 260.

edemezler. Aksi halde ceza sorumluluğundan kurtulamazlar. Hekim, bir kısım görevlerini asistan hekimlere aktarabilir[431]. Hatta işlemin niteliğine göre bazı görevlerin hekim dışı sağlık personeline aktarılması mümkündür. Bu durum dikey işbölümü anlamına gelmektedir. Dikey işbölümünde yaşanan sorunlar nedeniyle hekimlerin taksirle işlenebilen suçlar bakımından sorumluluğu doğabilir[432]. Dikey işbirliğinin geçerli olduğu ilişkilerde hekimin ekibini seçme ve denetleme konusunda sorumluluğu vardır. Hiyerarşik ilişkide yönetici hekim, kural olarak, altında bulunan hekimlerin (ast hekimler) müdahalelerini kontrol etmekle görevli değildir. Ancak kontrolü gerektiren bir takım gösterge ve nedenlerin varlığı halinde böyle bir yükümlülük gündeme gelir. Örneğin kıdemli olan bir asistan (veya uzman, öğretim üyesi hekim), mesleğe yeni başlamış kendisinden daha tecrübesiz bir hekime mesleki anlamda yardımcı olmakla yükümlüdür. Bu anlamda böyle bir asistana yardım etmeyen ya da denetlemeyen hekim ihmali nedeniyle hastaya gelen zarardan sorumlu olacaktır.

Yatay işbölümünün geçerli olduğu ekip ilişkilerinde farklı dallardaki uzman hekimler birbirlerinin fiillerini gözetlemekle yükümlü değildirler[433]. Uzmanlık alanlarını farklılığı nedeniyle eşit konumda bulunan bu hekimlerin yapmış oldukları tıbbi müdahalelere karışma yetkisi de yoktur. Yatay işbirliği halinde yürütülen tedaviye katılan her hekimin, diğer hekim tarafından elde edilen bulgulara düzenlenen belgelere de güveni korunacaktır. Herhangi bir tereddüt bulunmuyor ve yapılan araştırmalar yeterli görülüyorsa ve hastalık bulgularıyla örtüşüyorsa hekimin yaptığı, değerlendirdiği tektiklere güvenilebilir[434]. Örneğin, ameliyat öncesi yapılan tetkiklerin (kan tetkiki, röntgen, MR çekimi gibi) farklı uzmanlarca değerlendirilmesi durumunda söz konusu tetkik raporunu yazan hekime güvenerek ameliyata başlanabilir ve sürdürülebilir. Ancak burada hekimlerden her biri karşılıklı bilgilendirme ve ortak karar alma yükümlülüğü altındadır. Yine hastayı diğer uzmana sevk eden hekim, o uzmana talimat veremez ve onu kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Kendisine hasta sevk edilen hekim, önceki hekimin yapmış olduğu işlemlere

---

431 Hakeri, Tıp 2, s. 48.

432 Özkan, s. 127.

433 Nazmi Zengin, "Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında İşbirliği", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 285; HAKERİ, Tıp 2, s. 50; Yener Ünver, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 889.

434 Yıldız, Güven, s. 276.

kural olarak güvenmelidir. Ancak söz konusu işlemlerin hastanın durumuyla çelişkili olması veya teknik olanakların daha fazla olması nedeniyle önceki işlemler tekrarlanabilir. Kendisine hasta sevk edilen hekim önceki tüm işlemleri değerlendirerek gerektiğinde yeni tedbirler almakla yükümlüdür[435]. Yatay işbölümü sırasında aynı ya da farklı uzmanlık alanlarında yer alan hekimlerin hasta tedavisinde ekip halinde çalışmaları zorunluluktur. Bu durumun tek istisnası, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. maddesidir: "*Tabip ve diş tabibi, âcil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir."*

Üçüncü kişinin kusurlu hareketiyle ilgili olarak diğer bir durum, ameliyatta bulunan diğer hekimlerin kusurlarıyla ilgili olanlardır. Ameliyatı gerçekleştiren ekipteki diğer hekimlerin fiillerini hekim, gözetlemekle yükümlü değildir. Hekimin kendi hareketine bağlı olmayan diğer teknik konuları bilme gibi bir zorunluluğu yoktur[436]. Hekim, diğer alandaki hekimin açık bir nitelik eksikliği ve hatalı müdahalesini görmediği sürece, tıbbi müdahaleye katılan diğer hekimin hatasız hareket ettiği esasından hareket edebilir[437]. Ancak burada cerrahın ameliyat ekibinde yer alan diğer hekimin doğru olmayan hareketinin tehlikeliliğini fark ettiği halde müdahalede bulunması durumlarını ayrı tutmak gerekir[438]. Diğer bir deyişle, hekimin diğer ekip üyesi hekimin müdahalesinin somut olayda olması gerektiği gibi olmadığına ilişkin haklı dayanakları varsa hekim, diğer ekip üyesi meslektaşını uyarmakla yükümlüdür[439]. Örneğin, ameliyat ekibinde yer alan anestesiztin yapmış olduğu hatadan cerrah sorumlu tutulamaz. Yine vaka sırasında uzmanlık alanıyla ilgili olarak ameliyata başka bir hekim girmişse bu hekimin yapmış olduğu hatadan asıl ameliyatı yapan hekim sorumlu tutulamaz. Her iki hekimin hareketinin neticeye katkısı varsa durum nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olacaktır. Meydana gelen netice anestezi hekiminin taksirli hareketi olmasaydı meydana gelmeyecek idiyse

---

435 Ünver, Tıp, s. 889; Hakeri, Tıp 2, s. 50; Zengin, s. 285.

436 Hakeri, Tıp 2, s. 48; Ünver, Tıp, 889.

437 Bir hastanın tedavisinde görev alan herkes, bu alanda görev alan diğer personelin gerekli bilgiye sahip olduğunu ve gerekli özeni göstererek görevini yaptığına güvenebilir. Her hekim kendi sorumluluk alanı içindeki tehlikelerden sorumludur. Meslektaşının bilgisizliği ve beceriksizliğini gösteren emareler bulunmadığı sürece o kişinin görevini özenli bir şekilde yerine getirdiğini kabul edebilir. Yargıtay da bir kararında güven ilkesinden bahsetmiş aynı hususlardan bahsetmiştir (Hakeri, Tıp 2, s. 52).

438 Keskin, s. 152.

439 Keskin, s. 152.

cerrahın neticeye etkisi olmayacaktır. Tam tersi de mümkün olabilir. Her iki hekim için aynı sonuca ulaşılabiliyorsak her hekim kendi kusurundan sorumlu tutulacaktır [440].

İşbirliği içerisinde gerçekleştirilen müdahalelerde üçüncü kişinin hareketini kusurlu ve kusursuz olarak ayırarak incelemek gerekir. Üçüncü kişinin hareketi kusursuzsa hekim meydana gelen neticeden tamamen sorumludur. Alerjisi olduğu ilacı reçete eden hekimin reçete ettiği ilacı hastaya satan eczacının meydana gelen neticeden sorumluluğu olmazken hekim tek başına sorumludur. Üçüncü kişinin hareketi kusurlu ise herkes kendi kusurlu hareketinden sorumlu olacaktır. Peki, söz konusu kusurlar nasıl tespit edilecektir? Öncelikle her somut olayda hekimin ve diğer ekibin meydana gelen neticeye katkısı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Somut olayda hekim zararlı sonucun meydana gelmemesi için tüm tedbirleri almış, dikkat ve özen görevini ihmal etmemiş, yardımcılarına gerekli uyarılarda bulunmuşsa meydana gelen zarardan sorumlu tutulmazken, hekim yalnızca ameliyatla ilgilenmiş fakat yardımcılarının denetlememişse meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Çünkü hekimin yardımcılarını denetleme görevi vardır [441]. Örneğin, batın bölgesine ait ameliyatlarda hastanın karnında tampon, cerrahi alet kalmasını önlemek için batın kapanmadan sayım yapılmalıdır. Hekim bu sayımın sonucunu takip etmelidir. Eğer hekim, sayımı takip etmeyip batını kapatır ve batın içerisinde tampon kalırsa hemşire ile birlikte neticeden sorumlu olacaktır. Çünkü hekim, denetim yükümlülüğünü yerine getirmemiştir (ihmali davranış). Hekim yardımcı personel üzerindeki denetleme yetkisini tam yaparsa (sayımı takip ettikten sonra batını kapatırsa) hemşirenin eksik sayımı sonucu netice meydana gelirse hekimin burada herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

cc. Koordinasyon ve İletişim Problemleri

Yatay ve dikey işbirliğinde karşılaşılan sorunların başında koordinasyonsuzluk ve iletişimsel eksiklikler yer almaktadır. Öncelikle koordinasyonun sağlanması görev ve yetki alanında sorumlu olan kişiye ait

---

440 Bayraktar, Hekimin, s. 223.

441 Bayraktar, Hekimin, s. 223; Keskin, s. 152.

olacaktır[442]. Örneğin, başhekim, klinik şefi, anabilim dalı başkanı, ameliyat şefi, vs. ortaya çıkan olumsuz neticeden işbölümüne katılan tüm hekimler, tedaviyi yürüten asıl (müdavi) hekim koordinasyon ve iletişim konusunda yetki sorunlarının çıkmamasını temin etmekten sorumludur[443]. Örneğin, acil servise gelen bir trafik kazasında hastaya değişik uzmanlık dallarından birçok hekim müdahale etmektedir. Acil servis hekimi burada koordinasyonu sağlamakla görevlidir. Hastaya müdahalede bulunan diğer hekimler, hastaya ait bilgileri ve yapılan tıbbi müdahaleyi eksiksiz olarak birbirleriyle paylaşmak zorundadırlar. Bunun eksikliği halinde meydana gelen olumsuz neticeden her hekim kusuru oranında sorumlu olacaktır.

dd. Güven İlkesine Ait Problemler

Güven ilkesinin tartışmasız olarak geçerli olduğu kabul edilen bir alan tıp hukukudur. Bugün için birçok tıbbi müdahale (tanı, tedavi, cerrahi müdahale, vs.) geniş bir ekiple gerçekleştirilir. Tıbbi müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında bir takım tıbbi işlemler farklı kişilerce yapılmaktadır. Tıp hukukunda çok yönlü iş paylaşımına çok sık rastlanmaktadır. Tıbbi müdahaleye katılan sağlık personeli sayısı arttıkça tıbbi işlemlerin koordinasyon ve kontrolü de fazla dikkat gerektirir bir hal alır. Bu durum sorumluluğun tespitini güçleştirir. Hasta tedavisinde birden fazla kişinin görev alması durumunda önemli olan husus, cezanın şahsiliği prensibi gereği sorumlu kişinin belirlenmesidir. Bu nedenle tıbbi müdahaleye katılan ekip üyelerinin sorumluluklarının sınırlandırılması gerekir. Bu durum sorumlu kişinin belirlenmesi ve hekimin emniyet ihtiyacının karşılanması bakımından önemlidir[444]. Güven ilkesi, özen yükümlülüğünün ve fiilin objektif isnad edilebilirliğinin belirlenmesi açısından geçerli olan bir ilkedir. Bu açıdan bakıldığında ihmali suçlarda yükümlülük altında bulunan kişinin söz konusu yükümlülüğünün sınırlarını ve istisnalarını belirleyerek adil ve sübjektif ceza sorumluluğunun esaslarına uygun hareket etmeye yardımcı olur. Güven ilkesinin esası, günlük faaliyetlerde başkalarının yanlış hareketlerinin

---

442 Özkan, s. 127; Yıldız, Güven, s. 270; Hakeri, Tıp 2, s. 48.

443 Hakeri, Tıp 2, ss. 48-49; Güven ilkesinin istisnası yani uygulanamayacağı durumlardan biridir. Ekipteki diğer kişilerin tehlikeli hukuka aykırı davranışları somut olayda öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte ise hekimin olumsuz neticeleri önleme bakımından sorumluluğu doğacaktır (Ünver Tıp, s. 890); Zengin, s. 285.

444 Hakeri, Tıp 2, s. 48.

hesaplanamayacağı ve buna uygun tepkiler göstermek zorunda kalınmamasıdır. Bu ilke, sorumluluğu genel anlamda sınırlamamakta ekibe katılan kişilerin yükümlülüklerini daraltmaktadır. Şöyle ki; hekim, bir tıbbi müdahalede birlikte çalışacağı kişileri seçmekten, görev dağılımından ve ortamın hazırlanmasından denetim ve gözetim açısından sorumlu iken ekibe dâhil olan diğer kişiler de iş bölümü gereğince yükümlülük alanından sorumludur. Ekibin başında bulunan hekimin ameliyat sırasında yükümlülüğü diğer ekip üyelerinin davranışlarından sorumlu olmayacağı için azalır görülse de onları seçip denetleyip gözetmek, yanlış davranışlarına müdahale etme ödevleri bakımından da genişlemektedir. Söz konusu yükümlülük yerine getirilmediğinde güven ilkesinden yaralanılamayacaktır [445] . Örneğin, bir hekim eğitim amaçlı asistan hekimi ameliyata dâhil ettiğinde onun hareketini izlemekle yükümlüdür. Buna karşılık hekim diğer uzmanlık alanına sahip hekimlerin davranışlarından sorumlu değildir. Çünkü burada her bir uzmandan kendi alanına ilişkin müdahaleleri layıkıyla yapması beklenir.

Az önce belirttiğimiz gibi, tıp biliminin gelişip karmaşık bir hal alması uzmanlık alanlarını genişletmiş bir hastaya birden fazla kişinin el atması sonucunu doğurmuştur. Hastaya tıbbi müdahalede bulunan her ekip üyesi, diğer ekip üyelerinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine veya taksirli bir suçun oluşmasını önlemek için oyunu kurallarına uygun şekilde hareket edeceklerine güvenmektedir. İşte öğretide bu durum güven ilkesi[446] adıyla formülleştirilmiştir[447]. Herkesin görevini tam olarak yaptığı inancı, güven ilkesinin esas noktasıdır. Öğretide güven ilkesi,

> *İşbirliği halinde ve karşılıklı olarak gerçekleştirilen riskli faaliyetlerde dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan bir kişinin aksi bir durumu gösterir somut karineler olmadıkça, diğer kişilerinde aynı şekilde yükümlülüklerine uygun davranacaklarına güvenerek hareket etmesi halinde meydana gelen sonuçlardan sorumlu olmaması*

---

445 Ünver, Tıp, ss. 882-887.

446 Güven ilkesi, ceza hukukunda izin verilen risk kuralının tıp hukukuna uygulanmasıdır. Güven ilkesi günümüzde, "özen yükümlülüğünün ve fiili objektif isnad edilebilirliğinin belirlenmesi bakımından genel geçerli bir prensip olarak kabul edilmektedir. Bu ilkeye göre bir hekim, verdiği talimatların hemşire tarafından anlaşıldığına ve doğru uygulandığına inanmak hakkına sahiptir (Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, 1998, s. 339).

447 Ünver, Tıp, s. 881; Apaydın Cengiz, "Taksirle Yaralama Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 69, S. 2011/1 ISSN 13009885, s. 100; Özkan, s. 131.

olarak ifade edilmiştir[448].

Ceza hukukunda sorumluluğun şahsiliği, temel ilkedir. Bir kimse ancak kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulabilir (AY. md. 38, TCK md. 20/1). Günümüz çağdaş ceza hukuku sübjektif sorumluluğu esas almaktadır. Bir kişi açısından ceza sorumluluğunun doğması suçun unsurlarının oluşmasına ve fiilin o kişiye isnat edilebilmesine bağlıdır. Tam bu noktada güven ilkesi ve bu ilkenin istisnası, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine hizmet eder. Güven ilkesi, tıbbi tedaviyi yürüten bir hekimin diğer hekim tarafından yapılan tıbbi hatadan dolayı ceza hukuku anlamında sorumluluğunu engelleyen bir kurum olarak işlev görmektedir.

Bu ilke, özellikle taksirin varlığını tespit etmekte, üçüncü kişinin eyleminden doğan sorumluluğu engellemede ve birden fazla kişinin eyleminin netice bakımından etkili olduğu durumlarda mutlaka dikkate alınmalıdır. Birden fazla kişi tarafından ekip halinde ve işbölümü biçiminde gerçekleştirilen faaliyetlerde neticeye davranışıyla neden olan kişinin saptanması, hareketlerinin taksirli olup olmadığının belirlenmesi ve söz konusu kişinin ceza hukuku bakımından sorumluğunun olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Tıbbi müdahalelerde ekip çalışması, iş bölümü ve uzmanlaşmanın sonucudur. Ekipteki tüm kişiler diğer kişilerin hukuk kurallarına uygun, uzmanlık ve mesleğinin gerektirdiği biçimde, gerekli özeni gösterip davranacağına güvenerek hareket etmektedirler. Ceza sorumluluğunun doğmaması için her bir ekip üyesi somut olayda özen yükümlülüğüne uygun davranmalıdır[449]. Görüldüğü gibi, güven ilkesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin bir gereği, tamamlayıcısı ve ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılan kriterlerden biridir. Yine güven ilkesi, üçüncü kişinin eyleminden doğabilecek sorumluluğu engellemeye hizmet eder. İş bölümü halinde gerçekleştirilen faaliyetlerde eylem birliğinin olmadığı ve aynı alanda hareket eden kişilerin sorumluluğunu tespit etmede de kullanılır. Özellikle organizasyondan kaynaklanan hataların tespitinde böyledir. Ceza kanunumuzda güven ilkesi açıkça düzenlenmemiştir. Anayasa 38. maddesi ve TCK 20. maddesi dikkate alındığında, uygulamada güven ilkesinin uygulanması gerekliliği doğmaktadır. Güven ilkesi, hukuksal alan içerisinde kalmak

448 Ünver, Risk, s. 341; Yıldız, Güven, s. 261.
449 Ünver, Tıp, s. 901; Hakeri, Tıp 2, s. 52.

koşuluyla kötüye kullanılmadığı amaca yönelik kullanıldığı sürece oldukça gerekli bir ilkedir. Yargıtay tarafından geliştirilip desteklenmesi gereklidir.

Kişilerin güven ilkesinden yararlanmaları iki halde sınırlandırılmıştır. Birincisi, somut olayda kişinin kurallara uygun davranmadığının anlaşılması yani işbirliği içerisinde olduğu diğer ekip üyelerince öngörülebilir olması durumudur. Bu durumu öngören kişi, istenmeyen sonucun meydana gelmesini önlemek yükümlülüğü altında olup bunu yapmaması halinde meydana gelen olumsuz neticeden güven ilkesini öne sürüp kurtulamayacak sorumluluğu doğacaktır[450]. Örneğin, ameliyat sırasında anestezi hekiminin alkollü olduğunu gören diğer ekip üyeleri hekimi uyarmalı ve tehlikeli bir sonucun meydana gelmemesi için gerekli önlemleri almak zorundadırlar. İkincisi, hiyerarşik konum dolayısıyla gözetim ve denetim yükümlülüğü olan kişinin bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde meydana gelen neticeden doğan sorumluluktan güven ilkesini gerekçe gösterip kurtulmasına imkân yoktur. Örneğin, ameliyat sırasında yeni başlayan bir hekimin hastaya yanlış cerrahi yöntemi uyguladığını gören deneyimli hekimin deneyimsiz meslektaşını uyarması gereklidir[451].

ee. Konsültan-Müdavi Hekim İlişkisine Ait Problemler

Ekiple gerçekleştirilen müdahalelerde hekimin kusurlu hareketine üçüncü kişinin hareketi eklenebileceği bir diğer durum, konsültan hekim ile müdavi hekim arasındaki meydan gelebilecek durumlardır. Konunun esasına girmeden konsültasyon, konsültan hekim ve müdavi hekim kavramlarını açıklığa kavuşturmak gereklidir.

Tıbbi bilgilerin yarılanma süresinin birkaç yıla indiği bu çağda hekimin güncel ve geçerli bilgiyi yakalayabilmeleri olanak dışıdır. Uzmanlaşmanın her geçen gün genişlediği bir alanda hekimler, kendi uzmanlık dallarında bile üst/yan dalda uzmanlaşmaktadırlar. Bu nedenle hekimden, kendi uzmanlık dalında bile sonsuz bilgiye sahip değilken, diğer uzmanlık alanlarında hasta tedavi etmeye yetecek derecede bilgi ve beceriye sahip olmasını beklemek doğru olmaz. Bu nedenle

---

450 Özkan, s. 131; Yıldız, Güven, s. 267.
451 Yıldız, Güven, s. 268.

hekimler hastalığın tanı ve tedavisi sürecinde diğer uzmanlık dalında uzmanlaşmış hekimlerden görüş alış verişine (konsültasyona), işbirliğine ihtiyaç duymaktadırlar. Bu ihtiyacın hekimlik uygulamasındaki karşılığı konsültasyon olarak ifade edilir. Konsültasyon sözcüğü, Türkçede, danışma, istişare, müşavere anlamlarına karşılık gelmektedir[452]. Konsültasyon,

> *Bir hastanın hastalığını teşhis etmek ve tedavisini kararlaştırmak için birkaç doktorun bir araya gelerek ortak değerlendirmede bulunması veya çeşitli uzmanlık alanlarında uzman olan hekimlerin, tam aydınlanmamış bir olay ya da teşhisi zor bir hastalık karşısında yaptıkları fikir alış verişi*

olarak tanımlanabilir[453]. Daha geniş bir ifade ile konsültasyon, "hasta ya da ailesinin isteği ya da tedavi eden hekimin göstereceği gereksinim üzerine iki ya da daha çok hekimin bir hasta başında buluşup o hasta üzerinde fikir alış verişi yapmaları" olarak tanımlanabilir[454]. Konsültan, kendisine danışılan, ilgili konuda bilgisine deneyimine güvenilen ehil kişi, konsültan hekim ise kendisine hasta danışılan, bilgi ve görüşüne başvurulan hekimdir[455]. Sorumlu hekim olarak da adlandırılan müdavi hekim, sözleşme bağı nedeniyle ya da memur statüsünden kaynaklanan kanuni yükümlülük gereği hastanın tanı ve tedavisini yapma görevini üstlenmiş hekimdir[456].

Konsültasyon pozitif hukukumuzda 6023 Sayılı Kanun'un 24-30 maddelerinde, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 19. maddesinde, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 114/b, 116/I, 116/e maddelerinde, Hasta Hakları Yönetmeliği 9/II-III. maddesinde ve son olarak Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Konsültasyon Yönergesinde [457] düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde konsültasyon hizmetlerinin işleyişi ile hekimlerin görev ve sorumluluklarından detaylıca bahsedilmiştir. Ancak biz burada söz konusu

---

452 Tevfik Özlü, "Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 63.

453 Yahya Deryal, "Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 93; Özkan, s. 129.

454 Yener Ünver, "Müdavi Hekim-Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 100.

455 Özlü, s. 63.

456 Deryal, Konsültasyon, s. 93.

457 Ege Üniversitesi Senatosu 01.04.2008 tarihli kararı.

düzenlemelerin tez konumuzu ilgilendiren kısmına ait olanlarından bahsetmekle yetineceğiz. Özellikle hekimin taksirli sorumluluğu açısından müdavi hekim-konsültan hekim ilişkileri ile bu ilişkilerden kaynaklanan ve hekimin sorumluluğunu doğuran eylemlerin ceza hukuku boyutunu ele alınmaya çalışacağız. Hekimin konsültasyona ilişkin cezai sorumluluğuna ait değerlendirmeye başlamadan önce şu iki hususu belirtmek gerekir:

a- Hastalığın tanı ve tedavisinde (hasta yönetiminde) asıl görev ve sorumluluk müdavi hekimdedir. Konsültan hekim, bu sürece ancak müdavi hekimin ve hastanın izin verdiği ölçüde müdahil olabilecektir (TDN md. 27).

b- Müdavi hekim-konsültan hekim ilişkisinde ortaya çıkacak ceza hukuku sorumluluğunun doğru değerlendirilmesi bakımından tüm konsültasyon işlemi boyunca müdavi hekim ile konsültan hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli olan koşulların yerine getirilmiş olması gereklidir. Yine hastanın müdavi hekimi ve/veya konsültan hekimi değiştirme ve seçme hakkının varlığı unutulmamalıdır[458].

Aksi halde somut olayın gerçekleşme durumuna göre her iki hekimin veya hekimlerden birisinin taksirle adam öldürmeden veya ceza hukukunda düzenlenen diğer suçlardan sorumluluğu gündeme gelebilir.

Konsültasyon sırasında müdavi hekimin taksirli sorumluluğuna yol açabilecek durumlardan biri Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 65. maddesine ilişkin olandır. Söz konusu düzenleme müdavi hekim-konsültan hekim ilişkisine ilişkin olup şu şekildedir:

> "*Yataklı tedavi kurumunda yatan ve tedavi gören hasta veya ailesinden birisi, bir veya birkaç uzmanla konsültasyon yapılmasını istediği takdirde, müdavi tabibin muvafakati, baştabibin müsaadesiyle ücretleri hasta veya sahipleri tarafından ödenmek şartıyla, istenen uzmanların hastayı görmesine müsaade edilir. Müdavi tabibin konsültasyona muhalefeti halinde, gereğine baştabip karar verir. Yapılan konsültasyonun neticesi müşahede kâğıdına etraflıca yazılarak altı muayene eden tabipler tarafından imza edilir.*"

458 Ünver, Konsültasyon, s. 100.

Böyle bir konsültasyona izin vermeyen müdavi hekimin sorumluluğu doğacaktır[459]. Konsültasyonun yapılmasının gerekli olduğunu düşünmeyen (ya da başka bir gerekçeden dolayı) hekim, konsültasyonun yapılmamasından kaynaklanan neticelerden (hasta ölmüşse taksirle adam öldürmeden)sorumlu olacaktır. Aynı maddenin son fıkrasında müdavi hekimin tanı koyma ve tedavi yöntemini seçme hakkından bahsetmektedir. Söz konusu madde metni

> *Kurumun görevli tabibi, konsültasyon kararı çoğunluk ile de olsa, kendi özel görüş ve fenni kanaatine aykırı tedavi ve ameliyata zorlanamaz. Bu takdirde tedavi ve müdahale hasta veya sahibinin muvafakati ile konsültasyona katılan uzman tabip tarafından yapılır."*

şeklindedir. Buna göre müdavi hekimin konsültan hekimin görüşleri doğrultusunda hareket etme gibi bir zorunluluğu yoktur. Yani konsültan hekimin önerdiği tedaviyi uygulamak zorunda değildir[460]. Ancak böyle bir durumda hasta ve yakını konsültan hekimin önerdiği tedavi yöntemini tercih ederse (böyle bir hakka sahip) o vakit konsültan hekim, müdavi hekim sıfatını almaktadır (TDN md. 28, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 19). Bundan sonra meydan gelen tıbbi hatalardan sorumluluk, yalnızca yeni müdavi hekime yükletilebilecektir. Eski hekimin bu konuda herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Müdavi hekim, konsültan hekimin önerdiği tedavi yöntemini uygulamayıp kendi yönteminde ısrar eder ya da hastaya hiçbir müdahalede bulunmazsa ve bu nedenle istenmeyen bir netice oluşursa sadece müdavi hekim sorumlu olur. Müdavi hekim, konsültan hekimin görüşleri doğrultusunda hareket eder ve önerdiği tedavi yöntemini uygularsa ve buna bağlı olumsuz bir netice gerçekleşirse, her iki hekim sorumlu olacaktır[461]. Meslek Etik Kuralları 19. maddesi bu durumu *"Konsültasyon sürecinde konsültan hekim de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumludur."* şeklinde ifade etmiştir. Ancak bu süreçte hekimlerden sadece birinin davranışından kaynaklanan bir hata söz konusuysa Anayasa 38. madde ve TCK 20. madde gereği sadece tıbbi hatayı yapan hekim sorumlu olacaktır. Müdavi hekim, konsültan hekimin görevinin gereğini yapmadığını, hastaya ilişkin sağlıklı bir değerlendirmede bulunmadığını ve

---

459 "Gerektiği halde dâhiliye konsültasyonu istemeyip hastanın şeker komasına girmesine yol açan bevliye uzmanı doktorun kusurlu eylemi ile sonuç arasında illiyet bağı bulunduğundan 459. madde uygulanmalıdır." (Y.4.CD., E. 1993/8852, K. 199471197, Sümer, s. 9).

460 Öğretide söz konusu konsültan hekimin raporları bilirkişilik raporuna benzetilmektedir (Deryal, Konsültasyon, s. 98; Ünver, Konsültasyon, s. 112).

461 Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara 2005, s. 35; Ünver, Konsültasyon, ss. 106-108.

görüşlerinin bilgi ve deneyim kuralları açısından uygulanabilirliği konusunda ciddi şüpheleri varsa konsültan hekimin önerilerini dikkate almamalıdır. Konsültan hekimin önerileri hakkında ciddi şüpheleri varsa konsültan hekime ait tedavi yöntemini araştırmak ve gözden geçirmek zorundadır. Aksi halde suçun diğer unsurlarının varlığı koşuluyla taksire dayalı ceza hukuku sorumluluğu ile karşılaşması kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda müdavi hekim güven ilkesine dayanarak ceza hukuku sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Zira burada güven ilkesinin bir istisnası söz konusudur[462].

Müdavi hekim tarafından istenen konsültasyonda hastanın durumu açıkça belirtilir. Yeterince açık olmayan istemlerden kaynaklanan durumlarda sorumluluk müdavi hekime ait olacaktır (EÜTF Hastanesi Konsültasyon Yönergesi md. 9). Örneğin, solunum sıkıntısı olan bir hastanın durumu konsültan hekime bildirilmezse konsültan hekim tarafından yapılması gereken hazırlıklar (malzeme ve personel tedariki) tam olmayacağı için meydana gelen zarardan müdavi hekim sorumlu olacaktır.

Bazen her iki hekim birbirini yanıltabilir. Böyle durumlarda Ceza Kanunun 30. maddesinde düzenlenen hata kurumuna ilişkin değerlendirme göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak burada kasten ve taksirle bir yanıltma söz konusu ise her iki hekimin davranışı somut olaya göre meydana gelen netice açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Bazen zorunlu olarak, mevzuattan kaynaklanan, konsültasyonun istenmesi durumları ortaya çıkabilir. Böyle bir zorunluluğun olmasına rağmen konsültasyon istemeyen hekim kamu görevlisiyse bu hareketi başka bir suça vücut vermediyse görevi ihmal suçundan, bir zarar verdiyse neticeye göre sorumluluğu doğar[463].

c. Hatalı Tıbbi Müdahalede Mağdurun Nedensellik Bağına Etkisi

Tıbbi müdahalede mağdurun durumu önemlidir. Özellikle hastanın organizmasının özelliği, hastalığın gelişimi, gidişatı ve hastanın tedavi sırasındaki tavrı (verilen tedaviyi reddetme, müdahaleye rıza göstermeme, hastalığıyla ilgili

462 Ünver, Konsültasyon, ss. 106-108.
463 Ünver, Konsültasyon, s. 106.

gerekli önlemleri almama, vs.)[464] nedensellik bağını etkilemektedir. Hekimin reçete ettiği ilaçları kullanmayan hastada enfeksiyona bağlı sepsisin gelişmesi durumunda hekim sorumlu tutulamaz. Burada mağdurun hareketi kusurlu olup hekimin taksirli kabul edilebilecek bir hareketi yoktur. Eğer hastalık, niteliği itibariyle, kesin olarak (bu durumun ispat edilemediği hallerde yüksek ihtimalle) ölümle sonuçlanabilecek türden ise hekimin yaptığı hareketin kusurlu ya da kusursuz olmasının önemi yoktur. Çünkü hekimin yaptığı hareket neticeye etkili değildir. Dolayısıyla hekimin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı bulunmadığından hekimin sorumluluğu yoktur. Yüksek Sağlık Şurası birçok kararında bu duruma değinmiştir. Örneğin, YSŞ, tanı konmadan çocuğun ölmesi olayında 24 saat içinde ölüme yol açabilecek bir hastalığın varlığında özen eksikliği olmasaydı bile ölümün önlenebileceği iddia edilemeyeceğinden özen eksikliği nedeniyle ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kurulamayacağını belirtmiştir. Yine ölümü önleyecek herhangi tedbir alınmasına olanak kalmamış bir halde hekime başvuran hastanın ölmesi halinde hekim sorumlu tutulamayacaktır. Böyle bir hastayı ameliyat eden hekim hastanın ameliyat sırasında ölmesi halinde neticeden sorumlu tutulamayacaktır[465]. Çünkü meydana gelen ölüm neticesi ile hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin arasında nedensellik bağlantısı olmasına karşın meydana gelen netice hekime yükletilemeyeceğinden hekimin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Mağdurun hareketi tamamen normal hekimin hareketi kusurluysa hekimin taksirli sorumluluğu kabul edilecektir. Mağdurun hareketi normal değil ancak kusursuz ve hukuka uygun ise hekim yine sorumludur.

4. İsnad Edilebilirlik Kriterini Ortadan Kaldıran Neden Olarak İzin Verilen Risk

Toplumsal yaşamın birçok alanında insanlar tarafından yapılan hareketler öngörülebilir nitelikte zarar veya tehlike neticesini beraberinde getirebilir. Tehlike veya zarar neticesi doğurabilecek bu hareketler kişi ve toplum açısından gereklidir. Bu nedenle siyasal güç tarafından yüksek risk içermelerine rağmen

464 Çakmut, s. 255.
465 Bayraktar, Hekimin, s. 223.

yasaklanamamaktadırlar. Önceden öngörülebilir kaçınılabilir nitelikte olmalarına rağmen yasaklanamayan bu tür girişimler, *"izin verilen risk"* alanını meydana getirmektedir[466]. Bu alanlara örnek olarak modern kara, hava, deniz taşımacılığı, tıbbi müdahaleler, endüstri kurumları, uzay çalışmaları, maden ocakları, inşaat sektörü, sportif faaliyetler verilebilir[467]. İzin verilen risk, yüksek teknolojinin kullanıldığı endüstri toplumunun gelişimi ile yakından ilgili olduğundan verilen örnekler sayılanlarla sınırlı değildir. Özellikle tıbbın son yıllarda teknolojiden destek alıp gelişmesiyle birlikte tıbbi müdahale açısından izin verilen riskin önemi daha da artmaktadır. Yapılacak tıbbi müdahale, ilaç denemeleri, hastalıklardan korunma, vs. gibi insan vücuduna yapılacak müdahaleler çoğu kez olumlu sonuçlansa bile her zaman tehlikeleri beraberinde getirmektedir.

İzin verilen risk alanı içinde kalındıkça yapılan harekete ve onun neticesine izin verilmektedir. Diğer bir deyişle, risk kapsamında kalınmak koşuluyla fail tarafından oluşturulan ve suçun kanuni tanımında belirtilen netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir[468]. Tıbbi müdahalede bulunan hekimimin tıp biliminin tüm verilerine uygun hareket etmelerine rağmen olumsuz neticeler meydana gelebilir. Hukuka uygun hareket eden hekimin yapmış olduğu müdahaleden meydan gelen tüm neticeler o müdahalenin normal sapması olarak nitelendirilir ve izin verilen risk kapsamında kabul edilip hekime isnat edilemez (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13/1). Örneğin, hekimin tedavi amacıyla hastanın rızasını alarak gerekli dikkat ve özeni göstererek yaptığı ameliyat sonucunda olumsuz neticelerin meydana gelmesi (hastanın ölmesi) olayında hekime isnat edilebilecek bir netice yoktur.

Bilindiği gibi, taksirin esası istenmeyen fakat öngörülebilir bir neticeye neden olan hareket kurallarına dikkat ve özen görevini yerine getirilmeyerek uyulmamasıdır. Ancak bazı durumlarda dikkat ve özen ödevi eksiksiz olarak yerine

---

466 Günümüzde genellikle izin verilen risk veya yasaklanmamış risk kavramları kullanılmakla beraber, ölçülü, işin niteliğine uygun cereyan eden, emredilen, yasaklanmamış, hukuka uygun haklı, tolerans gösterilen, müsaade edilmiş, toplumsal bakımdan uygun olan gibi kavramlarda kullanılmaktadır (Ünver, Risk, s. 12), Çakmut, s. 248; **Kök,** izin verilen riski kabul edilebilir risk olarak adlandırmakta ve her şeyin iyi gittiği bir tıbbi müdahalede sonucun, beklenildiğinden kötü olabileceği durumuna dikkati çekmektedir (Ahmet Nezih Kök, "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı,** 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 387).

467 İçel, Taksir, ss. 144-145; İçel/Evik, s. 200.

468 Akbulut, s. 261.

getirilse bile zararlı netice ortaya çıkabilir. Bu durum tıbbi müdahalelerde her an meydana gelebilir. Örneğin, ameliyata alınan hastanın her türlü önlemin alınması ve cerrahi müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılmasına rağmen aşırı kanama nedeniyle ölmesi tıbbi müdahale sırasında meydana gelebilecek normal sonuçlar olarak nitelendirilmekte olup hukuka aykırı değildir. Bu nedenledir ki bu tür müdahaleler hukuka uygun kabul edilmekte, meydana gelen neticeler tıbbi müdahalenin normal sapma ve risk olarak kabul edilmektedir [469].

Başta tıbbi müdahaleler olmak üzere niteliği gereği riskli mesleklerde, mesleği icra eden kişiyi davranışının her türlü sonucundan sorumlu tutmamak için izin verilen risk görüşü ileri sürülmüştür [470]. Uygulamada bazı yazarlar komplikasyonun izin verilen riskle aynı anlama geldiği söylenmektedir. Yine söz konusu yazarlar komplikasyon tıbbi hata olarak nitelendirilemeyeceğinden hekimin sorumluluğunu doğurmayacağını ifade etmektedirler [471]. İzin verilen risk "*cezalandırılamayan komplikasyon"* anlamına gelip gerekli önlemler alınmadığı veya tıbbi hata sonucu doğan komplikasyon izin verilen risk alanında değil izin verilmeyen ve cezalandırılan risk alanındadır. İzin verilen risk, bilinen ve beklenebilen risklere karşı hekime açık çek veren bir kavram değildir. Komplikasyonlar açısından hiçbir ayırım yapmadan, tıbbi komplikasyonların tümünü izin verilen risk kapsamına sokmak ceza hukukuyla bağdaşmayacaktır. İzin verilen risk, ceza hukukunda yer alan kusurluluk şekli olan taksiri örtmez. İzin verilen risk, taksirin bulunmadığı, öngörülemeyen veya önlenemeyen veya gerçekleşme riskinin bilinip buna karşı gerekli önlemlerin alınmasına karşın meydana gelen riskleri hukuksal yaptırım uygulaması alanından çıkarmaktadır[472].

Bu nedenle somut olayda karar verilirken istenmeyen sonucun tıbbi hata mı komplikasyon sonucu mu meydana geldiği çok iyi araştırılmalıdır. YSŞ bir kararında bu duruma değinmiştir. *"Bir ameliyat sonunda, ölümün ameliyata bağlı olduğunun*

---

469 Bayraktar, Hekimin, s. 207; Çakmut, s. 248; Hancı, Malpraktis, ss. 28-29.

470 Ünver, Risk, s. 13.

471 Tıp terminolojisinde izin verilen risk kavramı, "komplikasyon" olarak adlandırılmakta olup "*Bir hastalığın seyri sırasında oluşan ikinci bir hastalık, mevcut hastalığa eklenen diğer bir hastalık veya bozukluk"* olarak tanımlanmaktadır (Özkara/Çoker/Hancı, s. 7).

472 Ünver, Tıbbi, s. 66.

ispatı gerekir. Hasta, hastalığı nedeniyle de ölebilir. Eğer ölümde hekim veya hastaneye ait bir kusur varsa sorumluluk vardır." [473].

Tıp alanında izin verilen risk kavramının tanınması çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Hastalığa ait klinik belirtilerin birçok farklı hastalıkta da görülmesi, her hastalığın farklı kişilerde farklı biçimlerde gelişebilmesi sağlık faaliyetlerinin dinamik ve karmaşık bir yapıya sahip olan insan vücudu üzerinde yapılması nedeniyle öngörülemeyen bir takım olaylarla karşılaşılması, cerrahi müdahalelerde var olan olağan riskler bu nedenlerden bazılarıdır[474]. Hekimin hastaya müdahalesi, izin verilen risk çerçevesinde gerçekleştirilmesine karşın, teknolojik ilerlemeler sayesinde tıbbi yöntemler çeşitlilik kazanmakta, tüm bunları öngörmesi mümkün olamayan hekimin zarardan tek başına sorumlu tutması, hekimi hastaya müdahale etmemeye yöneltebilecek bir risktir. Tıbbi müdahale sırasında öngörülmeyen bir tehlikenin aniden ve beklenmedik şekilde ortaya çıkması durumunda (komplikasyon) hekim açısından sorumsuzluk alanı oluşturur[475].

Tıbbi müdahalenin ifası sırasında bir kusurluluk yoksa meydana gelen neticeyi tıbbi müdahalenin olağan riski olarak kabul etmek gerekecektir. Her tıbbi müdahalenin normal risk ve sapmaları vardır. Tıbbın kabul ettiği bu risk ve sapmalar çerçevesinde yapılan hareketler, izin verilen risk kavramına dâhil olup, tıbbi müdahale sonucunda zararlı netice meydana gelse bile hekimin ceza sorumluluğuna yol açmaz[476]. Daha açık bir anlatımla, tıbbi müdahale sonucu meydana gelen ölüm veya yaralanma neticesinin, müdahaleyi yapan hekimin kusurundan değil doğal bir sapmadan meydana geldiğinden, ölüm ve yaralanma neticesi ile hekimin tıp müdahalesi arasında bir nedensellik bağı yoktur. Ancak yapılan tıbbi müdahalenin ölüm ve yaralanma neticesini doğuracak bir sapma oluşturabileceği tıp bilimince biliniyorsa ve buna rağmen önleyici tedbirlere başvurulmamışsa, hekimin taksiri vardır ve artık burada izin verilen riskten bahsedilemez. Öyleyse bir mesleğin icrasının doğal risklerinin söz konusu olması halinde belirtilen riskin çerçevesinde kalan, o mesleğin koşullarına göre normal sayılabilen zarar ve tehlike oluşturan

---

473 Özkara/Çoker/Hancı, s. 7.

474 Bayraktar, Hekimin, s. 208; Akbulut, s. 262; Hakeri, Tıp, s. 322.

475 Berna Özpınar, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 290.

476 Ünver, Risk, s. 13, Çakmut, s. 247; M. Öztürk, s. 28; Keskin, s. 150.

hareketler aslında taksir değildir. Özellikle tıp alanındaki teknolojik gelişmeler tıbbi müdahale risklerini artırdığı için bu unsurun doğal ve olağan kapsamı içinde kalan zarar ve tehlikeli neticeleri taksir olarak nitelendirilemez[477]. Özenli davranışın varlığını kabul için hastanın müdahale sonrası iyileşmesi veya sağlığının eskisine oranla daha iyi durumda olması gerekli değildir. Hekim tıbbi müdahaleyi kurallarına göre hatasız biçimde yapmışsa ameliyat sonucunda meydana gelen komplikasyonlardan sorumlu olmayacaktır[478]. YSŞ'nın verdiği kararında tedavi için yapılan yersiz tıbbi müdahalelerin ölüm neticesiyle nedensellik ilişkisi bulunmaması koşuluyla tedavi amacıyla yapılması ve hukuka aykırı bir sonucunda oluşmaması nedeniyle hekimin kusur ve sorumluluğundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir[479].

Tıbbi müdahaleler sonucu meydana gelen zararlı neticelerden hangi durumlarda hekimin sorumlu olmayacağı belirlenirken tıp biliminin sınırlarına dayanılmıştır. Öğretinin bu konuda bugün için ulaştığı sonuç, toplumsal açıdan yararlı olan, kaçınılmaz tehlike yaratan ve bu tür tehlikeleri neticede gerçekleştiren kişinin, tehlikeyi ortadan kaldırmak veya azaltmak için genel olarak işin niteliğinin gerektirdiği şekilde davranması gerektiği ve kişinin bireysel olarak mümkün olan güvenlik önlemlerini alması halinde, onun izin verilen bir şekilde hareket ettiği ve sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir[480]. Daha açık bir anlatımla, izin verilen riskin kabul edildiği durumlarda kişiye isnat edilebilecek bir özen yükümlülüğünün ihlali mevcut değildir. İzin verilen risk, taksir sorumluluğu için gerekli bir koşul olan özene aykırılığı ortadan kaldırdığı için failin cezalandırılabilirliği de ortadan kalkmaktadır. İzin verilen risk bu yönüyle kusuru ortadan kaldıran bir sebep olarak da düşünülebilir. Öyleyse bu riskin sınırları arasında hareket eden kişi meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacaktır. Diğer bir ifade ile tıbbi müdahaleler bir takım ön koşullara bağlanmış olup bu koşulların yerine getirilmemesi ve tehlikeli girişimlerin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde kişi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Kişi sırf tehlikeli bir girişimde bulundu diye sebebiyet verdiği zararlı neticenin sonuçlarından kurtulamayacaktır. Örneğin, otomobil sahibi kişi trafikte araç kullanırken yeterli derecede bilgiye sahip

---

477 Ünver, Risk, s. 335; İçel, Taksir, s. 207.
478 Ünver, Tıbbi, s. 90.
479 YSŞ'nın 26. 02. 1968 tarihli 0147 sayılı kararı (Keskin, s. 150).
480 Ünver, Risk, s. 13; Hancı, Malpraktis, s. 29.

olmalıdır. Aksi halde zararlı neticeden illiyet bağının da bulunması halinde sorumlu tutulacaktır. Yine aynı şekilde bir hekim hastasını tedavi etmek amacıyla girişmiş olduğu cerrahi müdahalede, cerrahi müdahale hastanın yaşamı için ne kadar tehlike içerirse içersin, hukuki normların ve mesleki deneyimlerin yüklediği dikkat ve özen ödevini yerine getirilmezse bundan doğan zararlı neticeden sorumlu olacaktır[481]. Gerekli dikkat ve özen gösterildiği halde meydana gelen zararlı netice, tıbbi müdahalenin normal sapma ve rizikolarını oluşturmaktadır[482]. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesi bu durumu açıkça düzenlemiştir.

Hekimin tıp bilim ve uygulamasının sınırları içinde hareket ederken normal olarak kaçınılamayan tanı ve tedavi yanlışlarında kusurluluğu yoktur. Hekim bu kurallara bağlı kalmak kaydıyla hastaya koyduğu tanı doğrultusunda istediği tedavi yöntemini seçebilir[483]. Önemli olan tıp biliminin kurallarını uygun şekilde uygulamaktır. Yargıtay önüne gelen bir olayda hekimin tıp bilimi kuralları ve ilkeleri içinde kaldığını yapılan ameliyatın iyi sonuç vermemesinde hekime yükletilebilecek bir kusurun bulunmadığını dolayısıyla hekimin sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirtmiştir[484]. Hekimin taksirli sorumluluğu izin verilen risk ve hakkın icrasının sınırlarının dışına çıktığı anlarda belirmektedir.

Tıp alanında izin verilen risk kapsamına giren durumların kaynağı, davranış kurallarıdır. Bunlar pozitif hukuk metinlerinde (tüzük, yönetmelik gibi) yer alabileceği gibi yazılı olmayan kurallarla (mesleki deneyim, bilimsel araştırmalar) da belirlenebilir[485].

Tıp alanında izin verilen riskin objektif isnadiyeti ortadan kaldırması (neticenin hekime isnat edilmemesi) için şu koşulların varlığı gerekir:

1- Riskli hareketlere açıkça izin verilmiş olması,
2- Elde edilecek amaç bakımından riskli hareketlerin yapılmasının zorunlu olması,
3- Riskin kaçınılmaz olması,
4- Riskli hareketlere genel olarak alışılmış olması.

---

481 İçel, Taksir, ss. 144-145; İçel/Evik, s. 200.
482 Hakeri, Tıp, s. 323.
483 Bayraktar, Hekimin, s. 209; Çakmut, s. 249.
484 Y.4.HD., E.1967/2876, K. 1967/5612 (Bayraktar, Hekimin, s. 209).
485 Akbulut, s. 265.

IV. SUÇA ETKİ EDEN HALLER (SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ)

A. Cezayı Ağırlaştıran Hal

1. Bilinçli Taksir

a. Genel Olarak

Bilinçli taksir, neticenin öngörülüp[486] de istenmemiş olma halidir[487]. Yani fail burada, hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı bir sonuca yol açabileceğini öngörmekte (tahmin etmekte) ve hareketine devam ederek zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Neticenin öngörülmesine rağmen harekete devam edilmesi halinde bilinçli taksir meydana gelmektedir[488]. Kanun koyucu, ceza kanunu 22. maddesinin üçüncü fıkrasında, bilinçli taksire özellikle yer verme gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir:

> *Bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olmasıdır. Bilinçli taksir hâlinde hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Böylece bilinçli taksir, iş kazalarını, trafikte meydana gelen taksirli suçları önlemek bakımından caydırıcı etki yapacak ve suçların önlenmesinde yarar sağlayacaktır.*

Bilinçli ve bilinçsiz taksirin ortak özelliği, fail, her ikisinde de fail gerçekleşen neticeyi istememektedir. Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik ise öngörme kavramıdır[489]. Öngörme, neticenin fail tarafından hareketin yapıldığı zaman ve bu zamandaki koşullara göre tahmin edilmesidir[490]. Öngörebilme failin yaşı, ruh yapısı, vb. gibi durumlara bağlıdır[491]. Öngörebilme imkânsızsa failin

---

486 Ali Rıfat Alabay, 'Neticesi Evvelden Görülen Hata', **Adliye Ceridesi**, Ankara 1938, Yıl: 29, No. 11, s. 186.

487 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511; Demirbaş, s. 369; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, "Taksir', **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Seçkin Yayınevi, Eylül-Ekim 2005, Sayı: 13-14, s. 65; Keskin, s. 141; İçel, Taksir, s. 184; Mahmut Gökpınar, "Ceza Sorumluluğun Temeli Kast", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2008, Yıl: 21, Sayı: 79, s. 225.

488 Demirbaş, s. 369; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511; Hakeri, Ceza, s. 176; Keskin, s. 141.

489 Koca/Üzülmez, s. 196; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511.

490 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511.

491 Gökpınar, s. 227; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511.

sorumluluğu düşünülemez[492]. Taksirde fail öngörülebilir bir neticeyi özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmezken, bilinçli taksirde öngörülebilir olan fail tarafından öngörülmüştür.

Bilinçli taksirde, kasta olduğu şekilde neticenin öngörülme hali vardır. Burada fail, öngördüğü sonucun somut olayda gerçekleşmeyeceği inancını taşımaktadır. Bu durum neticenin iradi olmadığı anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, fail öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istememekle beraber neticenin gerçekleşmemesi için elinden geleni yapar[493]. Fail, öngörmüş olduğu neticeyi istemez, aldırmaz bir tavır takınmaz, yükümlülüklerine aykırı bir biçimde neticenin meydana gelmeyeceğine inanır[494]. Bu bağlamda *neticenin meydana geleceğine inansaydı, hareketi yapmayacaktı* deniliyorsa bilinçli taksir vardır[495]. Örneğin, kalabalık caddede hızlı araç kullanan kişi, yoldan geçen kişilere çarpabileceğini öngörür, ancak somut olayda bu neticenin oluşmayacağına inanır ve yoldan geçen kişilere çarpıp zarar vermek istemez. Zararlı sonucun meydana gelme ihtimalinin güçlendiği anda hızlı araba sürmekten vazgeçer[496]. Yine aceleden bir cerrahi müdahalede gerekli kurallara uymayan ve gerekli tedbiri almayan ya da yeni ve henüz yeterince denenmemiş bir ilacı veren gözü pek hekim, hastaya zarar vermeyi istemez[497].

Öğreti, bilinçli taksirin tanımı konusunda, kanun yapıcı ile paralel düşünmekteyse de bilinçli taksirin niteliğiyle ilgili olarak tam bir görüş birliği içinde değildir. Öğretide var olan bilinçli taksire ilişkin görüşler, üç grupta toplanmıştır. Bunlar: bilinçli taksiri kast kavramı içine sokan görüş, bilinçli taksiri taksirin bir çeşidi olarak kabul eden görüş, bilinçli taksiri üçüncü bir kusurluluk şekli olarak kabul eden görüştür[498]. Bizim de düşüncelerine katıldığımız birinci ve ikinci kısım yazarlar, bilinçli taksir şeklinde bir ayrı bir kusur şekline ihtiyaç olmadığı düşüncesini savunmaktadır. Onlara göre, bilinçli taksir, sözcük oyunu, ara bir formüldür. Yine failin deneyim, şans vb. gibi unsurlara güvenerek bir şey olmaz düşüncesiyle hareket etmiş olmasın, olası kast içinde değerlendirilmesi gerektiğini

---

492 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 511.
493 İçel/Evik, s. 206; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 514; Koca/Üzülmez, s. 196.
494 Gökpınar, s. 227; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460.
495 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460.
496 Alabay, s. 187.
497 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 514; İçel/Evik, s. 206.
498 İçel, s. 187.

savunmuşlardır. Ancak ceza kanunun 22/3. maddesinde düzenlemenin açıklığı nedeniyle söz konusu sorun her somut olayda titizlikle araştırılarak verme zorunluluğu bulunmaktadır[499].

Uygulamada, somut olayda bilinçli ve bilinçsiz taksir ayrımı sorun oluşturmakta her durumu bilinçli taksir içerisine sokmak olanaklı hale gelebileceği görüşünde birleşmektedir. Böyle durumları engellemek için her somut olayda neticenin fail tarafından öngörülebilir ve failce meydana gelmeyeceğine inanmış olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay önüne gelen birçok olayda bu yönde karar vermiştir[500].

Kanunumuz bilinçli taksirde netice öngörüldüğünden, failin daha ağır şekilde cezalandırılmasını kabul etmiştir (TCK Md. 22/3). Söz konusu düzenleme TCK 61/1-f maddesini işlersiz hale sokmuştur. Burada olması gereken olası kast ve bilinçli taksir ayrımına yer vermeyip hâkime kusurun şekline göre alt ve üst sınırlar arasında belirleme yetkisinin verilmesidir[501].

b. Bilinçli Taksir Olası Kast Ayrımı

Olası kast, ceza kanunun 21/2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır.".* Olası kastta fail neticeyi istemez, ancak göze almıştır. Yine olası kastta fail neticeyi istemez fakat meydana gelmesine de aldırış etmez. Diğer bir deyişle, kanuni tanıma uygun neticenin meydana geleceğini ihtimal dâhilinde olduğunu bilinmesine rağmen fail fiili işlemekten geri kalmamaktadır[502]. Fail *"ne olursa olsun netice gerçekleşirse gerçekleşsin"* demektedir.

Olası kast ve bilinçli taksirin birbirinden ayrımı açısından olası kastın bir kast türü olduğu bilinçli taksirin de bir taksir türü olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla olası

499 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 462.
500 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 462.
501 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 463.
502 İzzet Özgenç, "Kast- Taksir Kombinasyonları", **Prof. Dr. Süleyman Aslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, Cilt: 6, Sayı: 1-2, s. 347; Murat Volkan Dülger, "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, s. 87; Gürsel Akpınar, "Kast, Taksir ve Kast- Taksir Kombinasyonu", http://www.ceza - bb.adalet.gov.tr/makale/178.doc. (erişim tarihi:08.01.2009), s. 5.

kastta bilme ve isteme, bilinçli taksirde öngörme fakat öngörüleni istememe durumu vardır. Bu anlamda ki kavram arasındaki en belirgin fark neticenin istenip istenmesi durumudur[503]. Türk öğretisinde, olası kast ile bilinçli taksiri birbirinden ayıran kıstas, neticenin göze alınıp alınmaması, gerçekleşmemesi için gayret sarf edilip edilmemesi noktasındadır[504]. Olası kasta fail neticeyi göze almakta neticeyi engellemek için bir çaba sarf etmemektedir. Bilinçli taksirde ise fail, neticenin oluşmaması için çabalamaktadır. Yani "*ne olursa olsun"* dememektedir. Fail burada neticeyi göze almıştır ve tam bir kayıtsızlık hali vardır. Olası kasttaki **kayıtsızlık** durumu bilinçli taksirde yoktur; tam tersine bilinçli taksirde fail sonuçları önlemek için çabada bulunmaktadır[505]. Örneğin, bazı düğünlerde silahları ile ateş eden kişiler, orada bulunanların ölebileceğini veya yaralanabileceklerini öngörmelerine karşın, buna hiç önem vermeyerek gelişigüzel ateş ederlerse ve bundan dolayı birileri ölür veya yaralanırsa, gerçekleşen bu sonuçlar bakımından olası kasttan söz edilir. Konuyla ilgili Yargıtay aynı yönde karar vermiştir[506].

Kanunun 21/2. maddesinde olası kasta ilişkin getirdiği tanım, iki kavramı farklılaştırmak yerine karışıklığa sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda, ceza kanunun 21/2. maddesi "olası kastı" tanımlamışsa da bu tür kastın özelliklerini tam olarak anlatamamıştır. Olası kast ve bilinçli taksir kavramlarının tanımları önemli bir şekilde benzerlik göstermektedir. Bu nedenle, uygulamada birçok olayda olası kast ile bilinçli taksirin birbirlerine karıştırılması tehlikesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu sorunu engellemenin yolu tanımların daha net ortaya konmasıdır. Özellikle kayıtsızlık ve neticenin gerçekleşmemesi gibi kavramlara tanımda yer alabilir.

Her iki kusurluluk şeklinde netice öngörülmüştür. Bilinçli taksirdeki öngörme, neticenin meydana gelmeyeceği düşüncesiyle birlikte bulunmaktadır. Bu düşünce neticenin iradi olmadığına bir kanıttır[507]. Ancak failde neticenin gerçekleşmeyeceğine dair olan düşünce bir ümitten öte kuvvetli bir yapıya sahip

---

503 M. Dülger, s. 89; Gökpınar, s. 228.

504 Fatih S. Mahmutoğlu, "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 2005, Cilt: LXIII, Sayı: 1-2, s. 88; Sedat Bakıcı, "Taksir ve Bilinçli Taksir", **Adana Barosu Dergisi**, Temmuz-Ağustos-Eylül 2007, Sayı: 3, s. 10; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 251; M. Dülger, s. 228.

505 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 251; Bakıcı, s. 11; M. Dülger, s. 90.

506 Y.CGK., E. 1982/1-11, K. 1982/147. Keskin, s. 144, Dpn., 180.

507 Buna karşılık dolaylı kastta netice iradidir. Somut olayda fail neticenin gerçekleşmeyeceğine dair olan inancını haklı gösterecek koşullar varsa bilinçli taksir yoksa dolaylı kasttan bahsedilmelidir (Centel/Zafer/Çakmut, s. 403).

olmalıdır[508]. Somut olayda araştırılması gerekli olan husus budur. Diğer bir deyişle, failin somut olayda neticenin gerçekleşmeyeceği konusunda kuvvetli bir kanaate sahip olması için gerekli koşulların varlığı araştırılmalıdır. Failin yeteneği, becerisi, deneyimi gibi kısaslara bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır [509]. Olası kast halinde de fail, neticeyi istememekte sadece kabullenmekte neticenin meydan gelmesine kayıtsız kalmaktadır. Bu yönüyle uygulamada ve teorikte bilinçli taksir ve olası kast ayrımı tatmin edici yapılamamaktadır. Örneğin, hastanın hayatını kurtarmak için hasta için riski yüksek bir ameliyat yapan hekimin ameliyat sonrasında hastanın ölmesi halinde olası kasttan mı bilinçli taksirden mi sorumlu tutulacağı konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak ceza hukukunda düzenlenen şekliyle pek mümkün değildir. Sadece neticenin istenmemesiyle açıklamak sorumluluğun belirlenmesinde yetersiz kalacaktır. Aynı şekilde solama yasağının olduğu bir yolda trafik kurallarına aykırı hareket ederek karşıdan bir aracın gelmeyeceğine inanan kendine, aracına talihine güvenerek bir şey olmaz diyerek hatalı solama yapıp zararlı sonuca yol açan kişinin durumunu bilinçli taksirden sorumlu tutmak gerekecektir[510]. Böyle bir sonuç tatmin edici bir sonuç değildir. Bu nedenle bizimde katıldığımız, öğretide bir kısım yazarın savunduğu bilinçli taksiri, taksirin bir türü olarak değil olası kast kavramı içinde nitelendirmek daha doğru olacaktır[511].

Yargıtay'ın konuya ilişkin örneği dikkat çekicidir. "*Gerekçede belirtildiği üzere sanığın kaçar umuduyla üzerine sürdüğü ve fakat onu yaralamaktan kurtaramadığı kanısına ulaşılırsa eylemin bilinçli (öngörülü) taksirle işlendiğinin...*"[512]. Burada fail aracı mağdura doğru sürmekte kaçacağını düşünüp, onun yaralanmasını göze almamaktadır. Kesin olarak çarpacağını düşünecek olursa, aracı mağdurun üzerine sürmeyecektir.

---

508 Alabay, s. 195.

509 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 462; Koca/Üzülmez, s. 200-201; Centel/Zafer/Çakmut, s. 403.

510 Koca/Üzülmez, s. 200-201.

511 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 462; Koca/Üzülmez, ss. 200-201.

512 Y.4.CD, E. 1996/918, K. 1996/2577 (Hakeri, Ceza, s. 177).

c. Tıbbi Müdahale ile Bilinçli Taksir ve Olası Kast İlişkisi

Bilinçli taksir, hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalelerde söz konusu olabilmektedir. Ancak hekimin tıbbi müdahalesinde bilinçli taksirin varlığını tespit ederken bir takım koşulların varlığı da gereklidir. Yani, hekimin sadece neticeyi öngörmesi yeterli olmayıp mesleki cüret gibi yapmaması gerekli bir müdahaleyi yaptığı durumlarda bilinçli taksir kabul edilmelidir. Örneğin, hastanın ağrı kesicilere karşı alerjisinin olduğunu beyan etmesine rağmen hekimin ısrarla söz konusu ilacı önlem almaksızın hastaya vermesi bilinçli taksirdir[513]. Yine hastaya uygulanan bir tedavide hastanın durumunun tedavi başlangıcına oranla daha kötüye gittiğini gördüğü halde tedavi protolünü gözden geçirmeyen ve tedaviye devam eden hekimin durumu da bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir.

Olası kastla hekimin hastasına zarar vermesi uygulamada rastlanmayan bir durumdur. Bu durumu şu örnekle açıklayabiliriz: Öldürücü nitelikte bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış bir hastasını diğer hastaların bulunduğu ortamdan ayırmayıp ölmesine sebep olan hekimin sorumluluğu olası kast sorumluluğudur. Hekim burada olumsuz sonucun gerçekleşebileceğini öngörmüş umarsız ve kayıtsız bir tavır takınmıştır[514].

2. Birden Fazla Kişinin Ölümüne Sebebiyet Verilmesi

TCK 85/2. maddesinde yer alan "*Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise"* cezanın ağırlaştırılacağına yönelik düzenleme suçun nitelikli hali olarak kabul edilebilir ise de bir tür içtima şekli oluşturuyor olması sebebiyle suçların içtimaı başlığı altında incelenmesi uygun görülmüştür.

513 Hakeri, Tıp, 321.
514 Sevindik, s. 41.

B. Cezayı Hafifleten Hal

TCK 22/6. maddesinde cezasızlık hali düzenlenmiştir. Buna göre *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir."* Burada hâkime takdir yetkisi verildiğinden hâkim gerekçesini belirtmek suretiyle cezayı indirmeyebilir[515].

C. Suçun Nitelikli Hallerinin Cezaya Etkisi

Bu konu ileride yaptırım başlığı altında inceleneceğinden burada bahsedilmeyecektir[516].

[515] Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 239.
[516] Bkz. §7/I/C başlığı altındaki açıklamalara.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

I. GENEL OLARAK CEZA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tanımda yer alan fiilin hukuk düzeni ile çatışma ve çelişki halinde bulunmasıdır[517]. Hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirleri çiğneyen eylemler hakkında yürütülen bir değer yargısı olan hukuka aykırılık, uyulması zorunlu olan bir hukuk normunun ihlali anlamına gelir. Hukuka aykırılığı oluşturan kural, yazılı hukuk kuralı olabileceği gibi yazılı olmayan bir hukuk kuralı da olabilir[518].

Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenince izin verilmediğinin ve hoş görülmediğinin bir ifadesidir. Bir fiilin hukuka aykırı olduğu hususundaki hüküm, ancak herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin somut olayda mevcut olmaması halinde verilebilir[519].

Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirirler[520]. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusudur. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar ve kişi cezalandırılmaz. Hukuka uygunluk sebepleri, fiili hukukun meşru saydığı bir hareket haline getirir. Hukuka uygunluk sebepleri, fiili hukuka aykırı bir şekilde işlendikten sonra etki yaparak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp aksine fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde ortaya çıkmasını sağlayan nedenlerdir[521].Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeni eylemi sonradan hukuka uygun hale getirmez[522].

---

517 Öztürk/Erdem, s. 187; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 523; Koca/Üzülmez, s. 232; Özbek/Kanbur/ Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 256.

518 Gürsel Kaplan, "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu", **Kamu Hukuku Arşivi**- Eylül 2003, Cilt: VI, Sayı: 1, s. 169.

519 Hakeri, Ceza, s. 233.

520 Koca/Üzülmez, s. 235; Mahmutoğlu S. Fatih, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, s. 43.

521 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen ve Caner Yenidünya, **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2007 s. 58; İçel/Evik, s. 93; M. Reşat Koparan, "TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mayıs-Haziran 2006, Yıl: 19, Sayı: 64, s. 338.

522 Mahmutoğlu, 5237, s. 44.

Hukuka uygunluk sebepleri, TCK'da "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler" başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran ve azaltan sebepler ile bir arada düzenlenmiştir[523]. TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri, kanun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızasıdır. Eski ceza kanununda ve günümüz bazı yazarlarınca[524] hukuka uygunluk sebepleri içinde sayılan zorunluluk hali, yeni ceza kanunumuzda mazeret sebepleri içinde sayılmaktadır. CMK md. 223/3'ün getirdiği düzenleme zorunluluk halini kusuru ortadan kaldıran sebep olarak değerlendirilmesine yol açmaktadır. Biz bu gerekçelerle zorunluluk haline manevi unsur başlığı altında değinmeyi uygun bulduk.

Taksirle öldürme suçu bakımından somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedenini varlığı ile karşılaşılırsa fail cezalandırılmaz. Taksirle öldürme suçu bakımından hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkması güç olmakla birlikte imkânsız değildir[525]. Konuya başlamadan önce belirtmek gerekir ki hekimin koşullarına uygun olarak gerçekleştirdiği tıbbi müdahale yapılan eylem bakımından bizatihi hukuka uygundur.

Aşağıda tıbbi müdahaleden doğan taksirli öldürme suçunda uygulama alanı bulabilecek hukuka uygunluk sebeplerinin taksirli öldürme suçu bakımından özellik gösteren yönleri ele alınacaktır.

II. HAKKIN İCRASI

Hakkın icrası, 5237 sayılı kanunun 26/1. maddesinde, *"hakkını kullanan kişiye ceza verilmez"* şeklinde düzenlenmiştir. Öyleyse hakkın icrası, hukuken korunan bir hakkın kullanılması halinde hak sahibinin cezalandırılmaması demektir[526]. Hakkın icrası niteliğinde olan hukuka uygunluk sebepleri mevzuatımızda bir hayli fazladır. Şikâyet hakkı, savunma hakkı, iş, meslek, bilim veya spor faaliyetlerinin icrası hakkı bunlardan bazılarıdır.

---

523 TCK'da hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin birlikte düzenlenmesi öğretide iki kavramın farklı anlama sahip olması nedeniyle eleştirilmiştir. (Artuk/Gökcen/Yendünya, s. 525; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 259. Centel/Zafer/Çakmut, s. 292).

524 Öztürk/Erdem, s. 205; Demirbaş, s. 250; Centel/Zafer/Çakmut, s. 102.

525 Centel/Zafer/Çakmut, s. 102.

526 Demirbaş, s. 282.

Türk uygulama ve öğretisinde hakkın icrasının hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için şu koşulların oluşması gerekir[527]:

a- Failin doğrudan doğruya kullanabildiği ve hukuk düzenince kabul edilmiş sübjektif bir hakkın bulunması (Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir),

b- Hakkın kanunda tanınan sınırlar içerisinde kullanılması,

c- Hakkın kişi tarafından hiçbir merciin aracılığına gerek duyulmaksızın hakkını doğrudan doğruya kullanma olanağına sahip olmalıdır.

Hekimin tıbbi müdahalesinin cezalandırılmamasının nedenini açıklamak bakımından çalışmamamızın çeşitli bölümlerinde de bahsedilen, mağdurun rızası, zorunluluk hali, görevin yerine getirilmesi, toplumsal amaçlara uygunluk gibi haklı yanları olmakla birlikte, sorunu bütünüyle çözememektedir. Bunlardan mağdurun rızası, ferdin vücudu üzerindeki tasarruf hakkının sınırlı olması nedeni ile yetersiz kalmaktadır. Bazı hallerde ise, hasta zaten rızasını beyan edemeyecek bir durumda bulunmaktadır. Müdahalenin olumsuz sonuç vermesi halinde, hastanın rızası önemli olmaktadır. Ancak bir güzellik enstitüsünde yapılan estetik müdahale olumsuz sonuç verirse, zorunluluk şartı gerçekleşmediğinden, kadının rızası, tek başına, fiili hukuka uygun hale getirmeğe yetmeyecektir. Zorunluluk hali de, meseleyi tam anlamı ile açıklayamamaktadır. Her tıbbi müdahalede zorunluluk halinin şartları yoktur. Maddi anlamda hukuka aykırılık kavramı da (ahlaki-hukuki-toplumsal düzenini gereklerine uygunluk) cezasızlığın politik gerekçelerini açıklamaktan öteye gidememektedir. Her şeyden önce burada davranışın kanuni tipikliğe uyduğu da söylenemez. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu, bunun toplumsal çıkar ve amaçlara uygun oluşu ile açıklayan ve toplumsal yararlılık kavramı olarak adlandırılan durum da tıbbi müdahaleler bakımından bütün sorunları çözememektedir. Hastaların iyileştirilmesindeki toplumsal çıkarı tanıyan devlet, tıbbi müdahalelere yetki

---

527 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 553; Centel/Zafer/Çakmut, s. 327; Demirbaş, ss. 283-284; Koca/Üzülmez, s. 247; Özgenç, s. 283; İçel/Evik, s. 141; Mahmutoğlu, 5237, s. 53; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler**, İstanbul 2005. s. 123.

vermekte ve bunun düzenlemektedir. Ancak tıbbi müdahale sonrasında meydana gelen olumsuz sonuçları açıklamak bakımından yetersizdir[528].

Tıbbi müdahalelerin cezalandırılmamalarının esas nedeni, yasa koyucunun tıp mesleğini kuralsal olarak tanıyıp düzenlemiş olması, yani bunlara yetki vermiş bulunmasıdır. İşte kanun, bu meslek ve sanatın kullanılması konusunda hekime sübjektif bir hak (yetki) tanımış ve tıbbi müdahalelerde bulunan hekim de bu hakkını kullanmıştır. Hekimin tedavi veya estetik amaçlarla insan üzerinde gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler de hakkın icrası kapsamında değerlendirilir. Hekimlik mesleğin icrasına yetki veren hukuk kuralları, bu mesleğin sahibine sübjektif hak verir ve dolayısıyla bu mesleğin icrası sırasında ile işlenen eylemler hukuka uygun olur[529]. Hekimlik mesleğinin icrasının hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için bir önceki başlık altında saydığımız koşulların oluşması gereklidir. Bunlardan ilki, tıbbi müdahalenin tıp mesleğini yapmaya yetkili hekim tarafından yapılmasıdır[530]. Bu durumun istisnası zorunluluk halinde (dağda piknik alanında kalp krizi geçiren kişiye kalp masajı yapılması) yetkisiz kişilerde tıbbi müdahaleyi uygulamasıdır[531]. İkinci koşul, hekimin tıbbi müdahalesi endikasyona dayanmalıdır[532]. Diğer iki koşul ise hekimin mesleğini tıp biliminin verilerine göre ve hastanın rızasını alarak icra etmesidir. Hekimin tedavi amacıyla hareket etmemesi, hakkı kötüye kullanması, tıbbi müdahaleyi özensizce yapması (tıbben onaylanmayacak kusurlu harekette bulunma) ve hastanın rızasını almaması durumunda meydana gelen neticeden sorumlu tutulur[533].

---

528 Keyman, s. 67.

529 Centel/Zafer/Çakmut, s. 337; İçel/Evik, s. 147; Parlar/Hatipoğlu, Ceza, s. 126; Keyman, s. 68.

530 Yetkili olmayan kişi kavramına bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili olmayan hekimi de eklemek gerekir. Uzmanlık alanı dışında tıbbi müdahalede bulunan hekimin söz konusu tıbbi müdahale için gerekli standartları temin etmesi gereklidir. Bu standartların oluşturulamamasından kaynaklanan ölüm neticesinden hekim sorumlu olacaktır. Bu konuda hasta rızasının önemi yoktur (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 296).

531 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 570; Centel/Zafer/Çakmut, s. 337; İçel/Evik, s. 148; Hakeri, Ceza, s. 261; Mahmutoğlu, 5237, s. 54.

532 Hakeri, Ceza, s. 261; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 301.

533 Centel/Zafer/Çakmut, s. 337; Demirbaş, s. 288; Hakeri, Ceza, ss. 261-262. Özbek/Kanbur/ Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 297; Parlar/Hatipoğlu, Ceza, s. 127.

III. İLGİLİNİN (HASTANIN) RIZASI

A. Genel Olarak

Suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstererek bu rızanın hukuka uygun hale getirmesine ilgilinin rızası denir[534]. Burada ilgilinin, kendine karşı işlenen fiili onaylaması durumu vardır[535]. TCK'da bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Şeklinde düzenlenmiştir (TCK md. 26/2). Bu düzenlemenin anlamı, suçla korunan hukuki yararın sahibi, ihlale rıza gösterdiğinde bu rızanın hukuka aykırılık unsuruna etkide bulunması ve fiili hukuka uygun hale getirmesidir[536].

İlgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için bazı koşulların varlığı gerekir. Bunlar: İlgilinin (hastanın) üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği (serbest tasarruf hakkına sahip) bir hakkın olması, rıza verenin rıza vermeye ehliyetli olması ve rızanın şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklanması gerekir.

Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesinin ilk koşulu kişinin mutlak şekilde üzerinde tasarruf edebileceği bir hakkın bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, kişinin üzerinde tasarruf yetkisini kullanabileceği bir hakkı yoksa bu hakka ilişkin rıza beyanı geçersiz olacaktır. Dolayısıyla açıklanan rıza hukuka uygunluk sebebi olarak görülemeyecektir[537].

Tez konumuz açısından durum değerlendirildiğinde, kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili hakları üzerinde tasarruf yetkisi vardır ancak sınırsız değildir[538]. İlgilinin rızası, toplumsal faaliyetleri hakkıyla yerine getirmeye engel olacak şekilde vücut bütünlüğüne zarar verecek bir fiile ilişkinse geçerli değildir. Örneğin, kan vermek, doku ve organ nakline izin vermek düzenlendikleri kanun çerçevesindeki koşullara

---

534 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 296; Koca/Üzülmez, s. 248.

535 Öztürk/Erdem, s. 217.

536 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 584; Özgenç, s. 327; Öztürk/Erdem, s. 217.

537 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 318; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 570; Demirbaş, s. 297; İçel/Evik, s. 158; Carlotta Cassani, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza", (Çev. Muharrem Özen ve Mustafa Özen) **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2008, Yıl: 21, Sayı: 77, s. 241.

538 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 570; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 318; Demirbaş, s. 297; İçel/Evik, s. 160.

göre geçerli birer rızadır. Ancak 10 haftadan fazla gebeliklerde çocuğun düşürtülmesine rıza gösterme hukuken geçerli değildir. Yine vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlarda takibi şikâyete bağlı olanlar bakımından ilgilinin rızası geçerli olurken re'sen kavuşturulan şekillerinde ise, mağdurun rızasını kabul etmemek gerekecektir[539]. Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, sağlık açısından yalnızca ağır sonuçlar doğurmayan rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır[540]. Kişinin vücudu üzerinde zarara yol açabilecek fiillere rıza göstermesi kabul edilemez. Örneğin, bir kişinin katarak ameliyatı için rıza göstermesi hukuk uygun iken hiçbir tıbbi zorunluluk olmadığı halde gözünün çıkartılmasına rıza göstermesi hukuken geçerli olmayacaktır.

Yaşama hakkı kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği haklardandır. Diğer bir deyişle, TCK 81.-85. maddeleri bakımından ilgilinin rızası etki doğurmaz. Ancak öğreti de ötenazinin hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı konusunda değişik görüşler ortaya atılmış olsa da hukukumuz açısından başta Anayasamız olmak üzere diğer kanunlar ve AİHS ötenaziye izin verilmiş değildir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesinde ötenazi açıkça yasaklanmıştır. Öyleyse hastanın bu yöndeki rızası kesinlikle geçersiz olacaktır[541]. Hekimin bir hastayı istemi üzerine öldürmesi kasten adam öldürme suçunu oluşturacaktır.

Rızanın geçerli olabilmesinin ikinci koşulu rızada bulunan kişinin rıza vermeye ehil olmasıdır. Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan herkes rıza vermeye ehildir[542]. Ayırtım gücüne sahip olmayan kişilerin verdiği rıza geçersiz olacak dolayısıyla böyle kişilere tıbbi müdahalede bulunmak suç haline gelecektir. Yaş küçüklüğü açısından önemli bir ayrıntı mağdurun yaşının kanunda özel olarak belirtildiği hallerdir. Bu durumlarda belirtilen yaştan küçük olan mağdurun rızasının söz konusu hak üzerinde rızası geçerli olmayacaktır[543]. Tıbbi müdahalelere rıza

---

539 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 319; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 570; Koca/Üzülmez, s. 249; Kaymaz/Gökcan, s. 127.

540 Centel/Zafer/Çakmut, s. 322; Koca/Üzülmez, s. 249; İçel/Evik, s. 160.

541 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 570; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 317; Demirbaş, s. 298, Koca/Üzülmez, s. 248; Parlar/Hatipoğlu, Ceza, s. 131; Mahmutoğlu, 5237, 56; Kaymaz/ Gökcan, s. 127.

542 Medeni Kanunda ayırt etme gücü ve kısıtlı olmayan kişiden kasıt yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk, ya da bunlara benzer sebeplerden herhangi birisinin olmamasını ifade eder.

543 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 589; Demirbaş, Ceza, s. 294; Koca/Üzülmez, s. 250; Parlar/ Hatipoğlu, Ceza, s. 129.

açısından yaş küçüklüğü, genel hükümler çerçevesinde ve tıbbi müdahalenin niteliğine bakılarak değerlendirilir. Rıza vermeye ehliyet bakımından önemli olan ilgilinin, haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olmasıdır[544]. Hekim, hastasını bu yönden değerlendirmeli yaşı, fiziksel, ruhsal hali, ilaçların etkisi, algılama yetisi, kültürel özellikleri onam vermeye uygun olup olmadığı açısından tespit etmelidir[545].

Hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızasının sonuç doğurabilmesi için rızanın bizzat hakkın sahibi tarafından açıklanmalıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından bu prensipten ödün verilmemelidir. Buna karşılık rızada bulunulması ve kapsamı konusunda hak sahibinin vermiş olduğu kararın bir temsilci aracılığıyla açıklanmasında herhangi bir problem yoktur[546]. Rıza beyanı açık, zımni, yazılı veya sözlü olabilir [547] . Önemli olan samimi, özgür iradeye dayalı şüpheye yer bırakmayacak şekilde olması gerekir[548]. Örneğin, ilgilinin fiilin gerçekleştirilmesine engel olmayıp susması rıza olarak kabul edilebilir. Açıklama müdahaleden önce veya müdahale sırasında olabilir. Müdahale sırasında rızanın geri alınması geri alınma anından itibaren fiili hukuka aykırı hale getirir. Failin hareketinden sonra verilen rızaya icazet denir. İcazet hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmez [549]. Örneğin, tıbbi müdahaleyi hastayı aydınlatmadan rızasını almadan gerçekleştiren hekimin bu fiili, hasta tıbbi müdahaleye sonradan rıza verse bile hukuka aykırı olmaya devam edecektir. İlgili tarafından açıklanan rızanın, rızayı bozan nedenlerden etkilenmemiş olması gerekir. Rızayı sakatlayan nedenlerin (hata, hile, ikrah) bulunması, rızayı geçersiz hale getirir [550] . Örneğin, hekimin hastayı ameliyat edebilmek için hastaya hastalığı hakkında gerçek dışı beyanlarda bulunması ya da rızasını açıklamak için yeterince zaman verilmesi halinde rıza sakatlanmış sayılır.

---

544 Koca/Üzülmez, s. 250; Öztürk/Erdem, s. 220; Mahmutoğlu, s. 5237, Ersöz, s. 113.

545 Ersöz, s 113.

546 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 590; Centel/Zafer/Çakmut, s. 319; İçel/Evik, s. 156; Cassani, s. 246.

547 1219 sayılı kanunun 70. maddesi, her çeşit müdahale için hastanın onayının alınmasını ve büyük cerrahi müdahaleler için bu onayın yazılı olması gerekeceğini belirtmektedir.

548 Centel/Zafer/Çakmut, s. 320; Koca/Üzülmez, s. 250; Hakeri, Ceza, s. 264, İçel/Evik, s. 156; Parlar/Hatipoğlu, Ceza, s. 129; Koparan, s. 347.

549 Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 590; Demirbaş, s. 295; Centel/Zafer/Çakmut, s. 320; Hakeri, Ceza, 265; İçel/Evik, s. 157; Parlar/Hatipoğlu, Ceza, s. 130.

550 İçel/Evik, s. 157; Öztürk/Erdem, s. 221.

Bazen rıza açıklamasının hukuki değeri olabilmesi için usule ilişkin belirli koşulların yerine getirilmiş olması gerekebilir. Örneğin, tıbbi müdahale için açıklanan rızanın hukuki geçerliliğini olması için aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlıdır[551]. Hastanın rızası, ancak tıbbi müdahale, müdahalenin icrası, başarı şansı, riskleri ve olanaklı diğer tıbbi müdahale seçenekleri hakkında gerektiği biçimde hastanın aydınlatılmış olması durumunda etkili olur[552].

Tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen bir hastaya tedavi amaçlı da olsa tıbbi müdahalede bulunmak insan onuruyla bağdaşmaz. Bilinci açık, aklen sağlıklı hasta kendisine karşı tedavi uygulamasını reddetmesine rağmen hekimin tedaviye devam etmesi hukuka aykırı olur. Ancak hastayı yeterince aydınlatmayan hekimin taksirli ölümden sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Yani hastayı tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda ikna edilmesi gerekir. Bu girişimin sonuçsuz kalması halinde hastaya hiçbir şekilde tıbbi müdahalede bulunulamaz. Aydınlatma hususunda gerekli özeni gösteren hekimin hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesinden doğan sonuçlar bakımından cezai sorumluluğu olmayacaktır[553]. Örneğin, hasta hekimin hastayı ameliyat olması gerekliliği konusunda aydınlatmasına rağmen hastanın kendi hür iradesiyle ameliyat olmaması durumunda, ameliyat olmaması nedeniyle bir süre sonra ölmesi halinde hekim sorumlu olmayacaktır[554].

Son olarak, varsayılan rızadan bahsetmek gerekir. Kişi her zaman kendisine yapılacak müdahaleye rızasını açıklayabilecek durumda değildir. Acil ve yaşamsal riskin bulunduğu hallerde kişinin rızasının olup olmadığının araştırılmasına gerek olmadan gerekli müdahale yapılmalıdır. Çünkü hekimlik mesleğini icra eden hekim, tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan bir kişiye gerekli müdahaleyi yapmakla yükümlüdür[555]. Yapılan tıbbi müdahale hukuka uygundur. Varsayılan rıza, ilgilinin rızasının alınmadığı durumda, ilgiliye sorulsaydı, rıza göstereceğinin kabul edilebileceği durumlarda söz konusu olur[556]. Varsayılan rızanın hukuka uygunluk nedeni etkisi doğurması, korunan hukuki yararın zarar verilen yarardan daha ağır

---

551 Özgenç, s. 328; İçel/Evik, s. 155; Öztürk/Erdem, s. 220.

552 Yener Ünver, "Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararlar", **Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları**, Ankara 2009, Yıl: 1, Sayı: 1, s. 147; Özgenç, Tıbbi, s. 2175 vd.

553 Özgenç, Tıbbi, ss. 2177-2178.

554 Emre Akbulut, "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül- Ekim 2007, Yıl: 19, Sayı: 66, s. 215.

555 Koca/Üzülmez, s. 250; Hakeri, Ceza, s. 268; Öztürk/Erdem, s. 222.

556 Özgenç, Tıbbi, s. 2179.

basmasına (yararların karşılaştırılması ilkesi) dayandırılmaktadır[557]. Somut olaydaki koşullar ilgilinin rızasının varlığını gösteriyorsa mağdur lehine yapılan fiiller hukuka aykırı kabul edilemez. Örneğin, trafik kazası geçiren bilinci kapalı bir kişinin acil olarak ameliyata alınmasında tıbbi müdahale için rızasını alınmasına olanak yoktur. Öyleyse bir rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için şu koşullar aranmalıdır:

a- Çıkarı ihlal edilen kişinin beklenmedik, ciddi bir tehlike ile karşı karşıya kalması,
b- Tehlikeye hemen müdahale edilmesinin zorunlu olması,
c- Böyle davranarak başka çıkarların tehlikeye düşmesinin engellenecek olması,
d- Rızası alınması gerekli kişiye ulaşılamamış olması,
e- Kişinin rıza göstereceği beklentisinin yüksek olması gerekir[558].
f- İlgilinin hakkına yönelik müdahalenin onun varsayılan iradesine uygun olması[559].

Biz, çalışmamızın bu başlığı altında hasta rızasının tıp hukukunda görünüşü olan aydınlatılmış onam (Bilgilendirilmiş rıza) olarak anlatmayı uygun gördük. Aydınlatılmış onam, hastanın tıbbi müdahaleye rızasını gösteren ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren tek yönlü bir hukuki işlemdir[560].

Hastanın (ilgilinin) müdahaleye rızası, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan koşullardan birisidir. Söz konusu rıza olmadan yapılan tüm girişimler hukuka aykırı hale gelecektir. Hekimin tıbbi müdahale şekline ortaya çıkan yardımı için uzlaşma şarttır ve uzlaşma için de aydınlatma gereklidir. Aydınlatma, aynı zamanda hekimin tıbbi müdahalesinin sınırlarını da belirler.

Sağlığı düzeltmek, sürdürmek amacıyla yapılmış olsa da tüm tıbbi müdahaleler vücut bütünlüğüne yönelik işlemlerdir. Kural olarak, vücut bütünlüğüne yönelen her türlü tıbbi müdahalede kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilmiş sayılır. Hasta rızasının hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması gereklidir. Bugün için aydınlatma

---

557 İçel/Evik, s. 157; Öztürk/Erdem, s. 222.
558 Centel/Zafer/Çakmut, s. 320.
559 Koca/Üzülmez, s. 250.
560 Çeker, s. 6.

konusunda genel geçer bir formül ortaya koymak olanaksız gözükmektedir. Ancak temel prensip, hastanın neye rıza verdiğini bilmesi gerektiğidir. Söz konusu aydınlatma, müdahalenin nedeni, kapsamı, riskleri, sonuçları, başarı şansını, masrafı alternatifleri, hastane ve diğer personelin durumunu içerecek şekilde hasta ile bizzat görüşülerek yapılmalıdır[561].

Tıbbi müdahaleye rıza, hekimin hakkını icra etmesinin başlangıcı ve temelini oluşturur. Rıza ve hakkın icrası, birbirine bitişiktir. Rıza olmaksızın hekim hakkı bile olsa hastaya herhangi bir müdahalede bulunamaz[562].

Hukuk düzeninin tıbbi müdahaleye izin verebilmesi için hekimin davranışını haklı gösterecek bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı gereklidir. Bu bağlamda, hasta tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği gibi buna karşı durma hakkına da sahip olup, söz konusu tıbbi müdahaleye izin vermeyerek engel olabilir[563].

Hastanın kendi yaşamı ve sağlığıyla ilgili konularda doğru ve uygun kararı verebilmesi kişinin tıbbi müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Kısaca, hastanın neye izin verdiğini bilmesi gereklidir. Tıbbi müdahalenin şekli, sonucu, riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan hastanın müdahale hakkında serbestçe karar vermesi mümkün değildir[564].Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 03.07.1977 tarihli kararında bu durumu açıkça şu şekilde ifade etmiştir: *"Hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için bunların gerçekleşmesine, karar verme yetkisi hekime değil, hastaya aittir"*[565]. Sonuç olarak, avantaj ve dezavantajlarını bilmeden müdahaleye onay veren hastanın serbest iradesi ile karar verdiği düşünülemez. Ancak serbest iradeye dayalı olarak verilen rıza hukuken geçerli bir rızadır. Öyle ki; yeterli bir aydınlatma yapmadan tıbbi müdahalede bulunan bir hekim, bir kusuru olmasa bile gerçekleştirilen tıbbi müdahaleden hukuka aykırı olduğu için sorumlu tutulur[566]. Yani hasta, neye rıza gösterdiğini bildiği

---

561 Hakeri, Tıbbi, s. 23.

562 Kocasakal, s. 152.

563 Gürkan Sert, **Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde**, Erzurum 2004, s. 216; Amerikan Hukukunda 'Aydınlatılmış Onam' karşıtı olarak 'Aydınlatılmış Ret' terimi kullanılmaktadır. Aksi halde bu konudaki aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmezse hâkim ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulur (Ayan, s. 71, Dpn. 173).

564 Aşçıoğlu, s. 27; Kocasakal, s. 153.

565 Bkz. Aşçıoğlu, Dpn. 69b.

566 Ayan, s. 71, Hakeri, Tıbbi, s. 25.

takdirde onun rızası hukuki yönden geçerli sayılacaktır [567] . Uygulamada mahkemelerin önem verdiği unsurların başında aydınlatılmış onamın gerektiği gibi ayrıntılı bir şekilde yapılması gelmektedir. Bunun temelini hastanın geleceğini belirleme hakkına saygı oluşturmaktadır [568] . Aydınlatma ve rıza bulunmaması durumunda yapılan tıbbi müdahale iyileştirme amaçlı yapılmış olsa bile hekim, tazminat ve ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalabilir.

B. Aydınlatılmış Onam Kavramı

Rızanın sözlük anlamı istek, onam[569], razı olma, isteme, tıbbi müdahalenin onamadır[570]. Onam, kişinin kendisi ile ilgili bir konuda başka bir kişinin tasarrufta bulunmasına izin vermesi halidir[571]. Aydınlatma, bir sorunun ya da bir kavramın tüm içerikleriyle açıklanmasıdır[572].

Aydınlatılmış onam[573], öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: ‘‘

> *Resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir takım sonuçları anlatarak, onu, tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır’’*[574].

Aydınlatılmış onam, tıbbi müdahaleye ilişkin verilen bilgilerle hastayı yapılacak tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilecek hale getirmektir. Kısaca, aydınlatılmış onam, hastanın neye izin verdiğinden haberdar olması anlamına gelmektedir. Aydınlatılmış onam, hekimin hastaya yapılacak tıbbi müdahale

---

567 Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 32; Hakeri, Tıbbi, s. 23.

568 Öztürkler, s. 65.

569 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Kitabevi, Ankara 1996, s. 694.

570 TDKS, s. 991.

571 Mithat Kara, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal, **Aydınlatılmış Onam**, İzmir Tabip Odası Yayını, İzmir 2009, s. 8.

572 TDKS, s. 112.

573 Uygulamada bilgilendirilmiş rıza veya Aydınlatma olarak da belirtilir.

574 Özsunay, Alman, s. 32; Çilingiroğlu, s. 59; Ayan, s. 71; Boran, Aydınlatılmış, s. 85; Gökcen, s. 69; Salih Şahiniz, “Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlar arası Organ Nakli”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul 2003, s. 736; Ersöz, ss. 110-111.

konusundaki tıbbi bilgilerini aktarması anlamına gelmemektedir[575]. Hekim, hastasına tıbbi müdahale ile ilgili olarak hastanın yaşamını sağlığını ilgilendiren, müdahalenin içeriği, sonuçları, yapılması ve yapılmaması halinde neler olabileceği hakkında bilgilendirmekten ibarettir. Aydınlatılmış onam, hastaya yapılacak olan müdahale için geliştirilmiş bir araç olup *(önceden) geleceği belirleyen onam*[576] olarak da adlandırılabilir.

Tıbbi müdahalenin hukuken geçerli olabilmesi ancak hastanın müdahalenin türü, kapsamı riskleri konusunda önceden bilgilendirilmiş serbest iradesiyle rızasının alınmış olmasıyla mümkündür. Mukayeseli hukuklarda bu ayrıntıya dikkat çekilmiş olup aydınlatılmış onam yerine "*aydınlatmada sonra rıza"* [577] kavramı kullanılmaktadır.

C. Aydınlatılmış Onamın Hukuksal Dayanakları

1. Türk Hukukunda Aydınlatılmış Onam

Hekimin hastasına müdahale edebilmesi için istisnai haller hariç hastadan aydınlatılmış onam alması gerekir. Ülkemizde Aydınlatılmış Onam adı altında başlı başına temel nitelikte bir kanun ya da diğer bir düzenleme bulunmamaktadır. Aydınlatılmış onam, bazı genel ve özel nitelikli kanunlarda direk ve/veya dolaylı olarak dağınık bir biçimde düzenlenmiştir.

Aydınlatılmış onam diğer bir deyişle hekimin aydınlatma yükümlülüğü hukuki dayanağını 1982 Anayasası'nın 17/2. maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu madde *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz…"* şeklindedir.

Aydınlatılmış onamın dayanağını oluşturan diğer bir düzenleme, Türk Medeni Kanunu'dur. Kanunun 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden

---

575 Özsunay, Alman, s. 32.

576 Amerika'da ve son yirmi yıl içinde batılı sanayi ülkelerinin önemli bir kısmında geliştirilmiş bir araçtır. Söz konusu ülkelerde Patientenvorausverfügung, living will, advance directives gibi terimlerle ifade edilmektedir. (Gisela Bockenheimer-Lucius, "Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, Sempozyum Kitabı,** Nobel Tıp Fakültesi, İstanbul 2005 s. 31).

577 Almanya'da (einwilligung nach aufklarung) ve Amerika'da (informed consent) bu kavramlar kullanılmaktadır; Ersöz, s. 112.

vazgeçilemeyeceğini 24. maddesinde kişilik hakkına ve kişiliği oluşturan varlıklara karşı hukuka aykırı müdahalede bulunanlara karşı hangi yaptırımların uygulanacağı düzenlenmiştir. Tüm düzenlemeler çerçevesinde kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale onun yararına bile olsa kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak hastanın tıbbi müdahaleye rızası varsa hukuka aykırılık ortadan kakacaktır[578]. Yine MK'nın 2. maddesi dürüstlük ilkesini düzenlemektedir. Hekimin hastayı aydınlatması hekim için bir ödev, hasta için bir hak olarak kabul edildiğinde aydınlatılmış onamın maddede belirtilen dürüstlük kuralları çerçevesinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda Medeni Kanunda bahsi geçen maddeler dışındaki düzenlemelerden yeri geldikçe ilgili konu başlıkları altında değinilecektir.

BK 505 ve 508. maddelerinden dolaylı olarak çıkarabilen hasta hekim arasındaki vekâlet sözleşmesi ilişkisi hekimin aydınlatma görevinin göstergesidir. Söz konusu maddeler, vekilin müvekkilin talimatı konusunda hareket etmesini ve vekilin müvekkiline hesap verme borcunu düzenlemektedir.

Aydınlatılmış onam, ilgilinin rızası adı altında TCK 26/2. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* şeklindedir. Kişi, vücut bütünlüğü ile ilgili hakları üzerinde sınırsız bir hakka sahip değildir. Dolayısıyla hiç kimse sağlığına zarar verecek fiillere rıza göstermeye yetkili değildir. Örneğin, on hafta üzerindeki gebeliklerde çocuğun düşürülmesi konusunda kadının rızası hukuka aykırı olmayacaktır.

Aydınlatılmış onama genel nitelikli kanunlar dışında bazı özel nitelikli düzenlemeler içerisinde de yer verilmiştir. Bunlardan ilki 1219 sayılı kanunun 70.maddesidir. Burada açıkça tıbbi müdahalelerde hasta rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatılmış onam ile ilgili diğer özel nitelikli düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 14/2. maddesidir. Madde metni

> "*Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı*

---

578 Akipek/Akıntürk, s. 380 ve 385; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 61.

takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur."

şeklindedir.

Aydınlatılmış Onamdan bahseden özel nitelikli kanunlardan bir diğeri 2238 sayılı kanundur. Kanun özellikle rızanın koşullarını açık biçimde düzenlemiştir. Yine 2827 sayılı kanunda ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde konuyla ilgili detaylı düzenlemelere yer verilmektedir. Bu düzenlemelere ilgili konu başlıkları içerisinde değinilecektir.

2. Uluslararası Platformda Aydınlatılmış Onam

Aydınlatılmış onam, birçok uluslararası bildirgede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki Dünya Tıp Birliği, 1977 tarihinde Havai'de ve 1981 tarihinde Lizbon'da kabul ettiği bildirgelerde, hastanın aydınlatılma hakkını kabul etmiştir. Dünya Sağlık Örgütü 1995 tarihinde Amsterdam'da Hasta Hakları Bildirgesinde aydınlatılmış onamdan önemle bahsetmiştir. Yine 1994 tarihinde Avrupa da Hasta Hakları Geliştirilmesi Bildirgesi'de "Hastanın Rızası" başlığı altında hastanın aydınlatılma hakkı üzerinde önemle durulmuştur. Söz konusu maddenin konumuzla ilgili olan bölümü şu şekildedir:

'3.1.Hastanın bilgilendirilmiş onayı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşuludur.
3.2.Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır.
3.3.Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir.
3.4.Hastanın yasal temsilcisinin onayının gerektiği ve önerilen girişimin acil olduğu durumda eğer temsilcinin onayı zamanında alınamıyorsa tıbbi girişim yapılabilir.
3.5.Yasal temsilcinin onayı gerektiği zaman, hastalar (çocuk veya erişkin olsun) durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmelidir.
3.6.Yasal temsilcinin onay vermeyi reddettiği durumda, doktor veya diğer sağlık personelinin görüşü girişimin hastayı ilgilendirdiği yolunda ise, karar mahkemeye veya hakem heyeti benzeri merciye bırakılmalıdır.
3.7.Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın

istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.
3.8.İnsan vücudunun bütün parçalarının kullanımı ve korunması için hasta onayı gereklidir. Tanı, tedavi ve hasta bakımı için madde kullanımı gereken durumlarda onay varsayılarak davranılabilir.'

Son olarak, 4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentine "Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi" (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) imzalanmıştır[579]. Sözleşme, biyolojik ve tıbbi gelişmelerin kötü kullanımına karşı bir takım temel esas ve yasaklamalar getirerek insan haysiyetini, haklarını ve özgürlüklerini korumak amacıyla düzenlenmiş yasal bağlayıcılığı olan uluslararası ilk metindir. Biyoetik, tıbbi araştırmalar, kişilerin onayı (rızası), özel yaşam ve bilgi edinme hakları, organ nakli, kamuya açık tartışma ve benzeri konularda bir dizi temel esas ve yasaklar getirmektedir. Sözleşmenin ikinci bölümü "Muvafakat" başlığı altında aydınlatılmış onamdan detaylıca bahsetmektedir. Uluslararası platformda önemli bir yere sahip olan bu metnin konumuzla ilgili olan maddelerini ilgili konu başlıkları altında inceleyeceğimizden burada sadece genel nitelikli bilgiler vermekle yetiniyoruz.

D. Aydınlatılmış Onamın İşlevi

Günümüz tıp etiği anlayışına baktığımızda, aydınlatılmış onamın hekim hasta ilişkisinde temel oluşturan öğelerden biri olduğu görülmektedir. Hasta çoğu kez, hekimin mesleki bilgisi karşısında, hastalığı hakkında bilgisiz ve çaresizdir. Aydınlatılmış onam bir anlamda hekim hasta arasındaki eşitsizliği gidermeye yönelik bir çaba olarak da adlandırılabilir.

---

579 Sözleşme, şu ana kadar Türkiye'nin de arasında olduğu üye devletlerin çoğu tarafından imzalanmış ve onay işlemlerini gerçekleştiren ülkeler açısından yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanan Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 3.12.2003 tarihinde onaylanmıştır. Buna dair Kanun, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmenin 20'nci Maddesinin 2'nci paragrafında yer alan hükümler konusunda, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5'inci Maddesi ile uyumlu olmadığı için, bu Sözleşme'nin 36'ıncı Maddesi'ne dayanarak ve 17 Kasım 1997 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne iletilen bir açıklama ile çekince koymuştur.

Modern tıbbın teknik olanakları sayesinde insan yaşamı uzamış durumdadır. Söz konusu teknik olanaklar, birçok tanı yöntemi ile tedavi alternatifi sunarken çok çeşitli olumsuz etkileri de beraberinde getirmiştir. Hal böyle olunca hekim neyin "iyi" olduğuna tek başına karar vermemelidir[580]. Hekim hasta ile görüşüp onun da düşüncelerini aldıktan sonra tıbbi müdahaleye karar verip uygulamalıdır. Bu şekil davranmanın temelinde hastanın hastalığı ile ilgili geleceğini kendi belirleme (hasta özerkliği) yatmaktadır. Kişinin kendi geleceğini tayin edebilmesi, içerisinde bulunduğu durumu bilmesi, yapılacak müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını öğrenmesi ve bunun sonucunda tedaviyi uygun bulması, buna razı olması yada tedaviyi sonlandırması kavramlarını içermektedir[581]. Bu noktada özerklik kavramının ne olduğunda bahsetmek yerinde olacaktır. Özerk, eski Yunancada "kendi kendine" (autos) ile "kural" (nomos) sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelmiştir. Sözlük anlamı muhtar, otonom olan özerk, aklı iradesi tam ve yerinde olan istediği gibi hareket edebilen anlamına gelmektedir. Özerklik, muhtariyet ve otonomi anlamındadır. Özerklik kavramı, tıbbi müdahaleler açısından hekim hasta ilişkisinin tek belirleyicisinin hekim olmadığını göstermesi bakımından büyük öneme sahiptir. Özerk birey, kendi inanç, değer, yaşam hedefleri, koşulları doğrultusunda hiçbir yönlendirme ve baskıya maruz kalmadan seçim yapabilir. İşte, hastanın özerk birey olarak yapacağı seçime, seçim sonucu vereceği karara ve vardığı kararın uygulanmasına saygı gösterilmesi özerkliğe saygı ilkesi olarak adlandırılır[582]. Herkesin başkasının özerkliğine saygı göstermesi, anayasa hukukunun emri olmanın yanında ceza hukukuna ilişkin bireysel hakların korunmasının bazını oluşturmaktadır[583]. Tıbbi müdahalelerde rızanın (aydınlatılmış onamın) alınması, hastanın özerkliğine saygı[584] anlamına gelen ve kendi vücut bütünlüğüne, yaşamını

---

580 Bockenheimer-Lucius, s. 30.

581 Köksal Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 97.

582 Kök, İnsan, s. 121.

583 Brigitte Tag, "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik" (Çev. Yener Ünver), **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 196.

584 Özerkliğe saygı, tıp etiği kurallarından biri olup hastanın bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu ilke gereğince hekim hastasına tüm haklarını kullanabilme olanağı verir. Böylece hasta kendi başına düşünüp değerlendirme yapıp kendisiyle ilgili karar verip eylemde bulunabilecektir. Hekim ve hastane yönetimi hastanın kişilik değerlerine ve bağımsızlığına saygı göstererek buna olanak sağlamalıdır. Özerkliğe saygı ilkesi, aydınlatılmış onamın ortaya

etkileyecek durumlarda kişisel ve hakkı üzerinde karar verme hakkından doğmaktadır[585]. Kişisel özgürlük ve bizzat tercihte bulunma hakkı olarak vurgulanan özerklikle objektif değer arasındaki ilişki, yalnızca özerkliği korunmaya layık olarak değerlendirecek biçimde anlaşılmamalıdır. "*İnsan bizatihi kendisinindir"* ifadesi, kendisi üzerinde tıpkı bir eşya gibi tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmemektedir[586]. Yani özerklik hakkı, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü hakları ile sınırlandırılmaktadır Örneğin, aktif ötenazinin yasak oluşu, özerkliğin yaşam hakkı ile sınırlandırılmasının bir sonucudur.

İnsanın doğuştan sahip olduğu bu özerklik, özellikle tıbbi müdahaleler konusunda hekim kadar bilgisi olmayan hasta için bir güvencedir. Böylece hastanın yeterli bilgisi olmasa ve bu bilgiyi kullanamasa dahi hekim tarafından hastanın geleceğini belirleme hakkına saygı duyulacak ve hasta hekimin uygun olmayan paternalist davranışından korunacaktır. Böylelikle aydınlatılmış onam hastanın özerkliğini korumanın yanında sağlık çalışanlarının baskıcı ve hileli tutumlardan kaçınmalarını sağlayacaktır. Bu özerkliğin yaşama geçirilebilmesi için hastanın müdahale öncesi yeterli bir şekilde aydınlatılması gereklidir. Böyle bir durumda karşımıza hukuki açıdan iki menfaatin çatışması çıkar. Bir yanda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı diğer yanda hekimin hastasını tedavi etme yükümlülüğü onu müdahaleye dâhil etme çabası[587]. Aydınlatılmış onam, burada her menfaat arasında dengeyi sağlama işlevi görmektedir.

Aydınlatılmış onam, hekim ve hasta arasında gerek hukuki gerekse etik açıdan güven kurulmasında büyük rol oynamaktadır. Aydınlatılmış onam sayesinde hastaya müdahale hakkında serbestçe karar verme olanağı dolayısıyla, geleceğini belirleme hakkı sağlanacak müdahaleye ilişkin bilgiler aktarılmış olacaktır. Hekimde hasta özerkliğine saygı duyacak ve hukuka aykırı müdahalede bulunmamış olacaktır. Müdahale konusunda bilgilendirilen hasta ne için rıza gösterdiğini bu sayede açıkça beyan etmiş olacaktır. Hastanın kendi geleceğini kendi belirlediği için karar verme sürecinde hekim vicdanen rahatlamış olacaktır. Bu nedenle hekim, hastaya tıbbi

---

çıkmasını sağlamıştır (Köksal Bayraktar, "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 26).

585 Boran, Aydınlatılmış, s. 85; Özsunay, Alman, s. 32; Cengiz Kaya, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Adalet Dergisi**, Eylül 2008, Yıl: 100, Sayı: 32, s. 93; Çakmut, Rıza, s. 9.

586 Tag, s. 196.

587 Ozanoğlu, s. 64.

müdahale konusunda bilgi vermeli ancak onu hiçbir zaman belli bir davranışta bulunmaya yöneltmemelidir. Müdahaleyi kabul ya da ret etmek hekimin yükümlülüğünde değildir[588].

Hastalığı hakkında yapılan müdahale hakkında yeterince bilgilendirilmeden ve hasta tarafından müdahaleye ilişkin yarar-zarar karşılaştırılması yapılmadan alınan onam serbest iradeyle verilen bir onam sayılmaz. Bu bağlamda, aydınlatılmış onam, serbest iradenin bir göstergesi olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sağlayan en önemli öğedir.

Aydınlatılmış onamın hekimin yapmış olduğu tıbbi hatalardan doğan cezai ve hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırma gibi bir işlevi yoktur. Çünkü aydınlatılmış onamın işlevi tıbbi müdahalelerin hukuka uygun hale gelmesini sağlamaktır. Bu anlamda, aydınlatılmış onam, tabanca taşıma ruhsatı gibidir. Taşıma ruhsatı, yalnızca tabancanın taşınmasını suç olmaktan çıkarır. Yoksa o tabanca ile bir insanın öldürülmesine ya da yaralanmasına izin vermez[589].

E. Aydınlatılmış Onamın Önemi

Yukarıda kavram başlığı altında yapılan tanımlardan anlaşılacağı üzere, aydınlatılmış onamın iki unsuru vardır. Bunlardan birincisi, hastanın yeterli derecede bilgilendirilmesi ikincisi, serbestçe karar verilmesinin sağlanmasıdır.

Yalnızca müdahale hakkında yeterince bilgilendirilmiş hasta önerilen tedavi ve müdahaleye serbest iradesiyle razı olur. Sonuçlarını, risklerini, bilmeden yapılacak müdahaleye verilen rıza hukuken geçerli olmayacaktır. Bu nedenle hastadan aydınlatılmış onam alınırken müdahale hakkında kapsamlı bilgi verilmelidir. Öyleyse yapılan tıbbi müdahalenin hukuken geçerli olabilmesinin bir koşulu olan hasta rızasının geçerli olabilmesi, hastanın serbestçe verdiği bir onamın varlığına, onamın geçerliliği de hastanın bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Hukuken geçerli bir rıza, hastanın aydınlatılmasından sonra alınan rızadır[590]. Hasta özgür iradesini kendisine yapılacak müdahaleye ilişkin bilgi doğrultusunda

588 Kök, İnsan, s. 121.
589 Kök, İnsan, s. 121.
590 Sevük, s. 232.

verebileceğinden hastadan aydınlatılmış onam almadan onu aydınlatmak gerekecektir.

Daha öncede bahsedildiği üzere, yitirilen sağlığın yerine getirilmesi yada sağlığın korunması amacıyla yapılmış olsa da yapılan her türlü tıbbi müdahale vücut bütünlüğüne yönelik bir tecavüzdür. İşte tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelmesi için yapılan müdahaleye hastanın rıza göstermesi gereklidir. Rızanın açıklanması aydınlatılmış onam adını verilen bir araç sayesinde olur. Hasta böylelikle müdahaleye ilişkin serbest iradesini ortaya koyabilme imkânına ulaşır.

Çağdaş hukuk sistemlerinde, kişiye kendi geleceğini belirleme hakkı tanınmaktadır. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi kendi geleceğini serbestçe belirleyebilme hakkından kaynaklanmaktadır[591]. Hastanın yeterince aydınlatıldıktan sonra serbestçe iradesini açıklaması kendi geleceği ile ilgili karar verebilme hakkının sağlanması açısından önemlidir. Hasta kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye bilgi sahibi olduktan sonra uygun bir karar verebilme olanağına sahip olur[592].

F. Aydınlatılmış Onamın Konusu

Aydınlatılmış onamın konusu, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Genel Olarak Bilgi İsteme" başlıklı 15. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir".*

Öncelikle rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel bir şablon bulunmamaktadır [593] . Genel olarak, aydınlatılmış onamın konusunu uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin şekli, rizikoları, sonuçları, tarzı ve türüdür. Onamın konusu, olası komplikasyonları [594] , kalıcı hasarları ve ölüm ihtimalini de içermelidir. Yine ameliyat gibi yüksek risk içeren tıbbi müdahalelerde

---

591 Kaya, s. 96.

592 Sert, Hasta, s. 216.

593 Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", **2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 238.

594 Komplikasyon tanımı için bkz. §5/II/G/2/a başlığı altındaki açıklamalara.

genel risklerin yanında hastaya ve yapılacak ameliyatın özelliğine göre diğer önemli riskler de hastaya anlatılmalıdır[595]. Buna karşılık her müdahalede görülebilecek hafif geçici zarar ve gerçekleşme ihtimali son derece az olan tehlikelerin bildirilmesi zorunlu değildir. Bununla beraber gerçekleşmesine imkân olmayan literatürde tanımlanmamış rastlanmamış tehlikeler konusunda da hastanın aydınlatılmasının gereği yoktur[596].

Değişik tedavi yöntemleri, tedavi süreci içerisinde meydana gelen değişiklikler hastaya bildirilmelidir. Yine tedavi ve tıbbi müdahale seçenekleri, hastaya anlatılmalı, hasta özgür iradesiyle tercih yapabilecek şekilde bilgilendirilmelidir. Hekim hastanın seçtiği tedavi şeklini dikkate almayarak kendi belirlediği tedaviyi uygulayamaz. Bunun temelini kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır[597]. Sonuç olarak, aydınlatılmış onamda hareket noktası tıbbi müdahaleye rızayı hukuken geçerli hale getirebilmek için, hastanın hangi konularda ne derece aydınlatılması gerektiğidir. Aydınlatma ölçüsü, hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilmesini sağlayacak, hasta bakımından önemli olan faktörler dikkate alınarak, hastanın kararının oluşmasına temel oluşturan tüm bilgileri içerecek şekilde olmalıdır. Hasta aydınlatıldıktan sonra hastalığının ne olduğunu ve bunlara karşı nelerin yapılabileceğini tam anlamıyla kavramış olmalıdır[598].

Tıbbi müdahalede yapılacak aydınlatmayı değişik açıdan ve kapsamlı bir şekilde ele alabilmek için literatürde bazı alt ayrımlara (türlere) gidilmiştir. Bizde bu ayrımları dikkate alarak aydınlatma türlerini aşağıdaki gibi tasnif etmeyi uygun gördük.

1. Tanı Konusunda Aydınlatma

Tanı aydınlatması, hastanın muayenesi sonucunda varılan tanı konusunda hastanın aydınlatılmasıdır. Tanı aydınlatması, hastanın tıbbi bulgu konusunda

595 Ayan, s. 74; Bayraktar, Bilme Hakkı, s. 98.
596 Ayan, s. 74.
597 Kaya, s. 96. Bu durumun istisnası Türk Medeni Kanunu 24/2. maddesidir. *'...daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar bulunması durumlarında, kişinin rızası bulunmasa da, kişilik haklarına müdahaleye izin vermiştir.'*.
598 Ozanoğlu, s. 65.

aydınlatılmasıdır [599] . Tanıya yönelik aydınlatma ise tanı amacıyla yapılacak müdahalelere ilişkin ve bu müdahalelerden önce yapılan aydınlatmadır. Tanıya yönelik aydınlatma daha detaylı yapılmalıdır. Tanıya yönelik yapılması gereken tıbbi müdahale endikasyon mevcut değilse yapılmamalı yapılacaksa da hastaya detaylı bir açıklama yapılmalıdır[600].

Kural olarak, hekim, hastasını koyduğu tanı konusunda aydınlatmalıdır. Bazen söz konusu aydınlatmadan hastanın hastalığı ya da kendi ile ilgili özel durumlarında bir haklılık sebebi olarak vazgeçilebilir. Bu özel durumlar dışında hekimin hastayı aydınlatmaması özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir[601]. Özellikle ayrıntılı ve kapsamlı tıbbi önlemler alınmasını gerektiren ağır bir bulgu hakkında bilgilendirilmemesi ağır uygulama hatasıdır[602].

Hastanın ilk olarak, hastalığın ilk bulguları ve bunun sonucunda konulan tanı konusunda aydınlatılmalıdır. Bu aydınlatma türünün önemi, hastanın kendisi hakkında geleceğini belirleme hakkının kullanılmasının sağlanmasına olanak tanımasıdır[603].

Bu aydınlatmada, hastaya yapılan muayene sonucunda elde edilen bulgular açıklanır. Bu açıklamalar hastanın entelektüel durumuna uygun şekilde, gerektiğinde bilimsel olarak açıklanmalıdır[604].

2. Tedavi ve Tedavi Süreci Konusunda Aydınlatma

Tedavi yükümlülüğüne ilişkin aydınlatmanın yelpazesi çok geniştir. Bu aydınlatma hastanın yapılacak olan tıbbi müdahalenin türü ve içeriği bakımından aydınlatılması anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle, hekimin hastasını koymuş olduğu tanı doğrultusunda planladığı tedavinin ya da müdahalenin gerekliliği, türü, tarzı, kapsamı komplikasyonları, tedavi sürecinde oluşabilecek olası gelişmeler [605] , tedavinin yapılmaması halinde doğabilecek sonuçlar hakkında

599 Demir, Sorumluk, s. 240; Hakeri, Tıbbi, s. 28.
600 Hakeri, Tıbbi, s. 27; Özsunay, Alman, s. 41.
601 Ozanoğlu, s. 66.
602 Hakeri, Tıbbi, s. 28.
603 Özsunay, s. 41; Ayan, s. 71; Çilingiroğlu, s. 60.
604 Ozanoğlu, s. 66.
605 Demir, Sorumluluk, s. 240.

bilgilendirmesidir[606]. Kısacası hekim, hastaya kendisine ne yapılacağını açıkça bildirmelidir[607].

Müdahalenin gerekli olup olmadığı yönünde yapılan açıklamalarda hasta hekim tarafından yönlendirilmemeli ve hasta bu konuda aydınlatılırken müdahale yapılmadığında hastalığın seyrinin ne olacağı hakkında tam olarak bilgilendirmeli ve karar hastaya bırakılmalıdır[608]. Yine bu tür aydınlatmada tedavinin gerekliliğinin yanı sıra tedavinin başarı şansı, sağlığı yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi için belirli davranış şekillerine uyulması gerekliliği vurgulanır (güvenlik aydınlatması-uyarı yükümlülüğü)[609].

3. Müdahalenin Tehlikeleri Hakkında Aydınlatma (Riziko Aydınlatması)

Her tıbbi müdahale beraberinde bir takım riskler getirir. Tıbbi müdahalede bulunan, ne kadar özenli ve dikkatli davransa da, hastaya yapılan her müdahalenin bir takım komplikasyonları ve yan etkileri olabilir. Hekim, tıp biliminde bilinen, literatürde düzenlenen bu tür riskleri hastasına detaylıca anlatmalı ve bilgilendirmelidir. Bu açıklamalardan sonra riziko aydınlatması özenli ve hatasız yapılan tıbbi müdahalenin sonucunda meydana gelebilecek muhtemel kalıcı ve yan etkiler konusunda bilgilendirme olarak tanımlanabilir[610].

Hastanın yapılacak müdahaleye rızasının geçerliliği, ancak riskler konusunda aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Çünkü hasta ancak bu aydınlatmadan sonra özgürce kendi geleceğini belirleyebilecektir[611]. Konuyla ilgili olarak Fransız Temyiz Mahkemesi'nin verdiği karar ilgi çekicidir. *"...Doktor hastayı, ona refakat eden annesini elektroşokun tehlikeleri hakkında aydınlatmamıştı. Hastanın durumu aslında ağır da değildi. Elektroşok çoğu kez hafif arızalara sebep olduğu hatta ölümle sonuçlanan durumlara da neden olmaktadır. Bu nedenle hastanın ve*

606 Ozanoğlu, s. 66; Özsunay, Alman, s. 40; Şahiniz, s. 738.
607 Özsunay, Alman, s. 40.
608 Buna literatürde yönlendirmeyen aydınlatma (non- directive- counseling) adı verilmektedir (Ozanoğlu, s. 67).
609 Haker, Tıbbi, s. 27.
610 Hakeri, Tıbbi, s. 29.
611 Ozanoğlu, s. 67; Özsunay, Alman, s. 41; Şahiniz, s. Ayan, s. 72; Çilingiroğlu, s. 60.

yakınının aydınlatılmaması kusurlu bir davranıştır. Hastanın tehlikesini bilmediği tıbbi el atmaya verdiği izin geçersizidir"[612].

Burada yaşanılan en önemli sorun, bilgi verirken sınırların nasıl belirleneceğidir. Öncelikle müdahalenin oluşabilecek tüm yan etkileri bakımından aydınlatılmalıdır. Örneğin tıbbi müdahale sonucunda işitme kaybının oluşabileceği gibi. Söz konusu yan etkiler *müdahalenin yapıldığı anda, tıp bilimince bilinen ve bilinmesi gereken tipik tehlikeler*dir[613]. Eğer bir tıbbi müdahalede tipik bir risk mevcutsa, bu riskin çok fazla görülmemesi önemli değildir. Mutlaka hastaya bildirilmelidir. Yine sonuçların ağırlığı hastaya göre belirlenmelidir, Örneğin, bir öğretmen için ses telleri yaşamsal değer taşır[614].

Müdahalenin riskleri konusundaki bilgilendirilmenin sınırlarını belirlerken bazı kriterlerden[615] faydalanmak gerekir. Bu kriterler:

a- İstatistiksel verilere dayalı riskin gerçekleşme oranın yüzde binde olarak ifade edilmesi[616],

b- Riskin ağırlığı (uzuv kaybının olması, ölümle sonuçlanama, felç gibi, diğer organlara etkisi[617]),

c- Komplikasyonların sıklığı [618] ağırlığı gerçekleşme zamanı (yara yeri enfeksiyonun gerçekleşme sıklığı ve zamanı gibi),

d- Hastanın özel durumuna ilişkin bazı durumların varlığı[619].

Ülkemizde bu kriterlerden riskin ağırlığı ve sıklığı kriteri kullanılmaktadır. Bunun sebebi istatistikî bilgilerin azlığı, aile hekimliğinin yerleşmemiş olması, hekime düşen hasta sayısının varlığı gösterilebilir. En iyi kriter, hastanın hastalığına

---

612 Aşçıoğlu, s. 39.

613 Özsunay, Alman, s. 42; Ozanoğlu, s. 67; Çilingiroğlu, s. 60.

614 İstatistiksel verilere dayalı olası bir sınırın altında kalan risklerin aydınlatma yükümlülüğü bakımından istisna oluşturmasını engellemek bakımından herhangi bir sınırın verilmesi ve bu sınırın mahkemelerde kararlarına esas teşkil etmesi uygun değildir. (Gerfried Fischer, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", (Çev. Efe Direnisa), **2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, ss. 9-10).

615 Bu konuda yabancı öğreti ve mahkeme içtihatlarında bazı ölçütler belirlenmiştir. Ülkemizde ise yeteri derecede istatistikî bilgilerin bulunmayışından dolayı diğer ülkelerdeki istatistiki bilgilere dayanılarak ölçütlerin belirlenmesi doğru değildir (Ozanoğlu, s. 67).

616 Fischer, s. 9.

617 Hakeri, Tıbbi, s. 30.

618 Genel kabul gören görüş, çok nadir görülen komplikasyonların söylenmeyebileceği yönündedir. (Kara/Hızal/Hızal, s. 16).

619 Ozanoğlu, s. 67.

bağlı özel durumuna ilişkin hekimce yapılan aydınlatmadır. Burada hekim hastanın kişisel durumunu ve ihtiyaçlarını bildiği için aydınlatma daha sağlıklı olacaktır[620].

Konuyla ilgili son olarak, şu söylenebilir. Riziko aydınlatması yapılırken müdahalenin riski ne kadar fazlaysa aydınlatmanın kapsamı da o ölçüde genişletilmelidir[621]. Yine hekim, tedavi sırasında tespit ettiği ve tıp biliminin o gün geldiği nokta itibarıyla bilinen rizikolardan bahsetmek durumundadır. Uygulamada mahkemeler, hekimin az rastlanan rizikolardan da bahsetmesi gerektiğini belirtmiştir[622].

4. Müdahalenin Sonuçları Hakkında Aydınlatma

Hekim, hastasını müdahalenin bazı olumsuz sonuçları hakkında aydınlatmalıdır. Örneğin müdahale sonrası araba kullanılmaması gibi[623]. Yargıtay, 2008 yılında davalı hekimin yapıla ameliyat sırasında rekürren larengial sinir kesisine bağlı ses bozukluğu, kaybı ve kısıklığı meydana geldiği ameliyat öncesi davacıdan ameliyat için onay alınmasına rağmen ameliyat sonrasında meydana gelebilecek komplikasyonlara ilişkin bilgilendirilmediği, buna ilişkin onamın bulunmaması nedeniyle hekimi sorumlu tutmuştur[624]. Yine Yargıtay, bir başka kararında hastaya tüm sonuçların anlatılması gerektiğini vurgulamıştır[625].

5. Müdahaleye İlişkin Diğer Özel Aydınlatma Türleri

Hekim yapılacak tıbbi müdahalenin ekonomik maliyeti ve maliyete göre müdahalenin niteliğinin değişmesi ve sonuca etkisi konusunda hastasını aydınlatmalıdır[626].

Öğretide hekimi yaptığı tıbbi hatalar konusunda hastasını aydınlatıp aydınlatmaması gerektiği sorgulanmaktadır. Bizce hekimin aydınlatma yükümlülüğü

---

620 Ozanoğlu, s. 67.
621 Ozanoğlu, s. 67.
622 Hakeri, Tıbbi, s. 30; Aynı yönde görüş için bkz. Ünver, Rıza, s. 241.
623 Özsunay, Alman, s. 42.
624 Y.13.HD., E. 2008/3743, K. 2008/10746 (Kara/Hızal/Hızal, s. 50).
625 Y.4.HD., E. 1977/6297, K. 1977/2541 (Kara/Hızal/Hızal, s. 53).
626 Ozanoğlu, s. 69; Ünver, Rıza, s. 240.

kendi hatalarını kapsayacak şekilde genişletilmemesi gereklidir. Zira Anayasa ve ceza hukukunun temel prensibi bunu gerektirmektedir[627].

Hastanın müdahaleyi yapacak hekim konusunda tercih hakkı vardır. Verilecek aydınlatılmış onamın hekime ilişkin de olması hastanın hekim hakkında yeterli bilgiye sahip olması ve hangi hekime rıza göstermişse ancak onun müdahalede bulunabilmesi mümkündür. Rızasının ilişkin olduğu hekim dışında bir başka hekimin tıbbi müdahalede bulunması (zorda kalım hali hariç) hukuka aykırı olacaktır[628].

6. Otonomi Aydınlatması

Otonomi aydınlatması, karar aydınlatması olup hastanın geleceğini belirleme hakkından doğmaktadır. Hastanın tıbbi müdahaleye karar verme sürecinde ne ölçüde aydınlatılması gerektiği ve bu aydınlatmanın hastanın geleceğini ne ölçüde etkileyebileceği sorunlarını içerir. Hekim tıbbi müdahaleye ilişkin geniş kapsamlı açıklamalarda bulunmalı ve kararı hastaya bırakmalıdır. Önemsiz çok nadir gerçekleşen ve rıza üzerinde etkisi olmayan bilgiler açıklanmayabilir. Yine acil durumlarda ve müdahalenin mutlak gerekli olduğu durumlarda aydınlatma görüşmesi kısa ve daha az kapsamlı olabilir. Hastanın tereddüt halinde kaldığı durumlarda kendi kararının hastanın kararının yerine geçecek şekilde hareket etmemelidir[629].

G. Aydınlatılmış Onamın Kapsamı

Hekimin hastasına yapılacak müdahale konusunda aydınlatması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Hekimin hastasını ne ölçüde aydınlatması gerektiği uygulamada önem arz eden konulardan biridir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir aydınlatmanın kapsamına ilişkin genel bir kural neredeyse mümkün değildir. Ülkemiz açısından bu durum daha belirgindir. Bunun nedeni hukukumuz açısından aydınlatılmış onamın kapsamına ilişkin açık düzenleyici bir hükmün olmayışıdır. Bu

627 Aynı yönde görüş Ozanoğlu, s. 69.
628 Ünver, Rıza, s. 241.
629 Hakeri, Tıbbi, s. 29.

nedenle hekimin hastasından alacağı aydınlatılmış onamın kapsamını belirlemek öğreti ve hukuk uygulayıcısı mahkemelere düşmektedir.

Mevzuata bakıldığında konu hakkında genel kural sayılabilecek Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi yer almaktadır. Buna göre

> *" Tabip ve diş tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur. Meşum bir prognostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihsas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir prognostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tâyin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir."*

Konuyla ilgili bir diğer düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği 31. maddesidir:

> "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır."* Yine aynı yönetmeliğin 15. maddesinde *"Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir."*

şeklinde yapılan düzenleme de kapsama ilişkindir. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26. maddesi konuyu şu şekilde düzenlemiştir:

> *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.*

Son olarak, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'u 7. maddesinde konuya ilişkin şu düzenleme yapılmıştır:

> *Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek, Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak zorundadır.*

Bizce kapsam konusunun açık bir şekilde belirlenememesinin nedeni somut olaydaki koşulların (belirsizliği) varlığının büyük rol almasıdır. Şöyle ki yapılacak tıbbi müdahale her hastada aynı sonuçlara ve komplikasyonlara yol açmayabilir. Ya da hastaya bağlı olarak birden fazla komplikasyon gelişebilir. Bu nedenle aydınlatmanın kapsamına ilişkin belirli bir kural koymanın doğru olmayacağını düşünmekteyiz[630]. Zira duruma hasta hekim açısından bakıldığında da kapsam konusunda tek kriter belirlemek doğru olmayacaktır.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını belirlemede uygulayıcılara yol gösterebilecek ölçütler *makul bir hekim ölçütü* ile *somut risk ölçütü*dür. Makul bir hekim ölçütünü esas alan bir uygulamada, bir hekimden aynı tedaviyi uygulayan diğer bütün hekimlerin yapmasının beklendiği kadar hastaya tedavinin riskleri ve alternatif tedavi yöntemlerinin açıklanmış olması yeterli görülmektedir. Görüldüğü gibi, burada aydınlatmanın kapsamı tamamen hekimin kontrolü altındadır. Bu ölçüt, aynı zamanda hekimler arasında makul hekim ve özenli hekim olmak üzere ayrım yapılmasına da sebep olmaktadır[631]. Örneğin, bir hastalığın tedavisine ilişkin araştırmayı farklı yaş gruplarında yapan hekim özenli hekim iken yapmayan hekim makul hekim kabul edilecektir. Hastanın bilmesi gerektiği kadar açıklama yapılması ile yetinilmesini ifade eden ölçüt olan somut risk ölçütünde aydınlatmanın kapsamı tıbbi standartlara göre değil, hastaya göre belirlenir. Hastanın içinde bulunduğu durum, onun ne kadar bilgilendirilmesi gerektiğini belirler. Burada inisiyatif hastanın elindedir. Hekim, diğer hekim uygulamalarına bakmadan hastasının ne kadar aydınlatılması gerektiğine kadar verir. Asgari bilgilerin yanı sıra hastanın istediği bilgilerde hastaya verilir. Bu ölçüt, daha objektif nitelikte bir ölçüt olduğu için uygulamada tercih edilen ölçüttür[632]. Uygulamada hekimler yapılacak olan tıbbi müdahalenin riskini arttığı oranda aydınlatmanın kapsamının da artacağını düşünmektedirler[633].

Aydınlatılmış onamın kapsamı belirlenirken genelde *"ortalama bir hasta"* ya da somut risk ölçütü esas alınmakla birlikte ülkenin sosyo- kültürel yapısı, somut

---

630 Aynı yönde görüş Ozanoğlu, s. 70.

631 Feridun Yenisey, "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 872.

632 Yenisey, s. 872. Abdi Özaslan, "Aydınlatılmış Onam", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz ve Gürsel Çetin) 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 44.

633 Özaslan, s. 46.

olayın özellikleri, hastanın ruhsal durumu, bilgi düzeyi göz önünde de bulundurulmalıdır[634]. Kapsam, hastanın anlayabileceği şekilde ne çok dar ne de çok geniş şekilde olmalıdır. Hastaya tıbbi terimlerden uzak akıcı bir dille [635] tıbbi müdahalenin türü, kapsamı, riskleri, sonuçları, diğer alternatif yöntemleri, uygulanmadığında karşılaşılabilecek tehlikeler hakkında bilgi verilmelidir. Sonuç itibariyle, konu hakkında genel geçer bir kural koymak yerine somut olayın özellilerine göre hareket edilmelidir. Hekim hastadan tıbbi müdahaleye ilişkin onay alırken hastanın kararını etkileyebilecek her şeyi söylemelidir. Çünkü hasta ve hekim arasındaki güven bunu gerektirir. Kapsam içerisindeki tıbbi müdahaleye bağlı kapsam ve riskler tıp bilimince kabul edilmiş, yani belirli sıklıkla meydana gelen sonuçlar ve komplikasyonlardır [636] . Nadiren oluşabilen, akla dahi gelmeyecek tehlikelerin bildirilmesi zorunlu değildir.

Aydınlatılmış onam kapsamına ait ölçütleri genel hatlarıyla belirledikten sonra bazı özel durumlara, somut olayın özelliğine bağlı olarak kapsamın genişlemesi, daralmasına değinmekte yarar vardır.

Öncelikle aydınlatmaya bir sınır koyulup koyulamayacağının hukuksal açıdan değerlendirilmesi gerekir. Daha açık bir ifade ile hekim hastasından aydınlatılmış onam alırken hastasını hangi ölçüde bilgilendirirse kendisine bir zarar gelmez. Daha öncede belirttiğimiz gibi, hasta çoğu kez hastalığı açısından yeterli bilgiye sahip değildir. Hasta hekim ilişkisinde hekim ile hasta arasında bir eşitsizlik vardır. Bu eşitsizliği giderecek olan aydınlatılmış onamdır. Bu eşitsizliği giderecek olan bilgilendirme ne çok geniş ne de çok dar olmalıdır. Aşırı detay, hastanın tüm bilgiyi almamasına, sindirememesine yol açacağından bilgi kullanılamaz. Dolayısıyla aydınlatılmış onam işlevini yitirdiğinden bir anlam ifade etmeyecektir. Yine detaylı bilgilendirme, hastayı tıbbi müdahaleden soğutabilir hatta vazgeçebilir[637] ve kendi geleceğini belirleme yetisini ortadan kaldırabilir. Hastanın kendisi açısından önemli

---

634 Ozanoğlu, s. 70; Hamit Hancı, **Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları** (Tıp ve Sağlık Hukuku), İzmir 2005, s. 152, Çakmut, Rıza, s. 12; Boran, Aydınlatılmış, s. 100.

635 Çakmut, Rıza, s. 14; Kök, İnsan, s. 119.

636 Kapsam belirlenirken tipik tehlike esasından hareket edilmelidir. Tipik tehlike, müdahale sonrasında ortaya çıkabilecek tıp bilim ve deneyimlerine göre gerçekleşebileceği tahmin edilebilen tehlikelerdir. Uzak tehlike ise gerçekleşme ihtimalinin düşük yüzdelerde olmasını ifade eder. Ancak bu durum uzak tehlikenin söz konusu müdahalede gerçekleşmeyeceğini göstermeyeceğinden aydınlatma kapsamının belirlenmesinde güçlük çekilmesine neden olmaktadır (Çakmut, Rıza, s. 12).

637 Deutsch, s. 177.

olmayan tıbbi detaylar hakkında bilgilendirilmesine gerek yoktur[638]. Bu nedenle detaylı bilgilendirme hastanın sorması halinde verilmelidir[639]. Bunun istisnası, kişinin özel yaşamını etkileyebilecek bir durumun varlığı halidir. Örneğin, bir dansçıya yapılacak diz ameliyatından önce ameliyata ilişkin uzak riskler ve diğer tüm detaylar açıklanmalıdır. Hastanın reddetmesi halinde kararı hemen kabul etmemeli reddetmenin sonuçları hastaya açıklandıktan sonra aydınlatma yükümlülüğü sona ermelidir.

Aydınlatılmış onamın kapsamı, tıbbi müdahalenin niteliği ve somut olayın özelliğine göre genişleyebilir, daralabilir. Aydınlatma kapsamının genişlemesinin veya daralmasının gerektirdiği durumların başında "***müdahalenin ivediliği"*** gelmektedir. Müdahalenin ivediliği ile kapsam arasında ters orantı vardır. Yani müdahalenin ivediliği ne kadar azsa kapsam genişleyecek ivedilik ne kadar çoksa kapsam daralacaktır[640]. Örneğin estetik ameliyatlarda ivedilik az olduğu için aydınlatmanın kapsamı olabildiğince geniş olmalı ve hastaya yapılacak müdahalenin türü, sonuçları ve komplikasyonları detaylıca anlatılmalıdır. Zorunlu olmayan tıbbi müdahaleler açısından da durum aynıdır[641].Alman Federal Mahkemesi aydınlatılmış onamın kapsamını *'yelpaze'*ye benzetmiştir. Yelpazenin bir ucunda kozmetik operasyonlar yer alır. Böyle operasyonlardan önce hastaya müdahalenin yarar ve sakıncaları hakkında detayı bilgi verilir ve değerlendirme yapma imkânı verilir. Aynı durum tanıya yönelik müdahaleler (örneğin, biyopsi) için de geçerlidir. Tavsiye edilen fakat zorunlu olmayan müdahaleler (örneğin, guatr) bakımından da geniş kapsamlı bir aydınlatmadan söz edilebilir. Buna karşılık, müdahale hastanın sağlığını önemli derecede bozan bir hastalığın giderilmesi için mutlaka yapılması gerekli ise aydınlatmanın kapsamı daraltılabilir. Bu gibi durumlarda hastanın belirli bazı tehlikeleri ve riskleri göze aldığı kabul edilir. Mahkemeye göre yelpazenin diğer ucunda yaşamsal nitelikli tıbbi müdahaleler yer almaktadır. Bu gibi durumlarda

638 Çakmut, Rıza, s. 14.

639 Ozanoğlu, s. 70.

640 Özsunay, Alman, s. 39; Çakmut, Rıza, s. 14; Demir, Sorumluluk, s. 241; Ersöz, s. 113; Boran, Aydınlatılmış, s. 99; Yahya Deryal, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", 2**. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 140.

641 Ayan, s. 76; Deryal, Özel, s. 140; Öztürkler, s. 74.

hekim hastanın gecikildiğinde hayati tehlikesinin varlığını tespit ederse onam almadan dahi tıbbi müdahalede bulunabilir[642].

Kapsamın genişlemesinin diğer ölçütü, "***tıbbi müdahaledeki komplikasyonun çokluğu"*** dur. Genel olarak, tehlikeli komplikasyonlar hakkında bilgi verilmelidir. Müdahale sonucunda zorunlu olarak ortaya çıkabilecek komplikasyonların hastaya açıklanması gerekir. Örneğin, çocuk yapma yeteneğinin yok olması gibi. Buna karşılık üstesinden gelinebilecek tehlikeler, her tıbbi müdahalede ortaya çıkabilecek zorunlu sonuçlar ve makul bir hasta tarafından kabul edilebilecek olağan komplikasyonlar bakımından aydınlatıcı bilgi verilmesi zorunlu değildir[643].

Kapsamı genişleten diğer bir ölçüt, "***tehlikenin ölçüsü"*** dür. Tıbbi müdahale sonucunda meydana gelebilecek tehlike ne kadar büyükse kapsam aynı oranda genişlemelidir [644] . Müdahale sonucunda meydana gelebilecek zarar geçici ise aydınlatma daha az zorunludur. Ancak sürekli bir tehlike mevcutsa aydınlatma mutlaka yapılmalıdır. Örneğin, göz operasyonundan sonra sürekli görme kaybının oluşması gibi. Yine hastanın içinde bulunduğu sübjektif durumlarda göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, tıbbi müdahale sonucu piyanistin parmaklarını kullanma yeteneğini kaybedebileceği, opera sanatçısının ses tellerinde zedelenme olabileceği bilgisi mutlaka verilmelidir[645].

Aydınlatma kapsamının genişletilmesinde tıbbi müdahalede bulunulurken ***"tedavi amacının güdülüp güdülmemesi"*** de önemlidir. Müdahale doğrudan tedavi amacı gütmüyorsa kapsam geniş tutulmalı Örneğin, hastanın kısırlaştırılmasında aydınlatılmış onam detaylı olmalıdır. Aynı şekilde tıp dünyasında yeni uygulanılmaya başlayan tıbbi müdahalelerde de kapsam geniş tutulmalıdır[646].

Aydınlatma kapsamını genişleten diğer bir durumda ***"hastanın tutumu"*** dur. Kural olarak, hasta hekimden aydınlatılmasını istemek zorunda değildir. Ancak hekim hastayı müdahale öncesi aydınlatmak zorundadır. Hastanın müdahaleye rızası için gerekli girişimleri yapmalıdır. Bazen bazı durumlarda hastanın açık arzuna bağlı olarak kapsam genişleyebilir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü somut olayın

642 Özsunay, Alman, ss. 39-40.
643 Özsunay, Alman, ss. 38-39.
644 Ersöz, s. 114; Özsunay, Alman, s. 40.
645 Özsunay, Alman, s. 40.
646 Çakmut, Rıza, s. 14.

özelliklerine göre yapılması gerekli kapsam dâhilindedir. Ancak hasta müdahale ile ilgili detaylı sorular sorarsa hekim bu sorulara açık, net, uygun yanıtlar vermelidir. Yine hasta aydınlatılmış onam sırasında detaylı açıklanmasını istediği ya da yeterince anlamadığı hususları hekime sormak zorundadır. Böyle bir durumda müdahaleye ilişkin ikilemlerini ve endişelerini gidermek için hekime soru sormakla yükümlü olan hastadır[647].

Kapsamın daraltılması halleri kapsamın genişletilmesi hallerinin karşısında yer alan durumlardır. Müdahalenin ivedi olması kapsamı daraltacaktır. Aynı şekilde müdahalenin yapılmaması hayati tehlike doğurmayacaksa kapsam daralır. Diğer bir durum hastanın içinde bulunduğu psikolojik haldir. Aydınlatma hastanın geleceğini ortadan kaldıracaksa hasta yararına kapsam daraltılabilir[648]. Hatta aydınlatma hastayı yaşamdan el ayak çektirecek bir hale getirecekse aydınlatma yapılmayabilir. Buna hekim karar verir. Son olarak, hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin bilgisinin yeterli olduğu durumlarda yeterli olduğu kısım kadar kapsam daralır. Bunların dışında müdahaleden sonra ortaya çıkabilecek ancak ortaya çıkma ihtimali düşük ve önemli olmayan yan etkiler hakkında aydınlatmanın kapsamı daraltılır. Kapsamın daraltıldığı bir diğer durum, hastalığın doğal seyri ile müdahalenin uygulanmasının ortaya çıkartacağı zararlı sonuçların karşılaştırılması sırasında ortaya çıkar. Hastalık ne kadar tehlikeli, müdahale ne kadar gerekli ise müdahalenin belirli riskleri hakkında yapılacak aydınlatma daraltılır[649]. Son olarak, hastanın içinde bulunduğu psikolojik durum gereği kapsam daraltılabilir. Aydınlatma görüşmesi sırasında hastalığın tanısı ve seyri hastaya tam olarak açıklanmayabilir (TDN md. 14/2, HHY md. 19).

H. Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları)

Bazı durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu gibi durumlarda hekim hastada aydınlatılmış onam almadan da müdahalede

647 Özsunay, Alman, s. 41; Ayan, s. 77.
648 Ayan, s. 78.
649 Çakmut, Rıza, s. 15.

bulunabilecektir. Bu durum yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir. Şimdi bu durumları başlıklar halinde inceleyelim.

1. Zorunluluk Durumları

Hekimin tıbbi zorunluluk durumlarında aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Tıbbi zorunluluk halinin ne olduğu kapsamının ve sınırlarının tespit edilmesi önemlidir. Gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya a sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması söz konusu ise tıbbi zorunluluk hali vardır. Bu tür durumlarda hekimin tıbbi müdahalede bulunması hasanın rızasını beyan edeceği anı beklemesi telafisi güç zararların ortaya çıkmasına neden olmasına, hatta hastanın ölmesine yol açacağından tıbbi zorunluluk olarak kabul edilir.

Trafik kazasında bilincini yitirmiş kanamalı bir hastaya müdahale eden bir hekimin aydınlatılmış onam almasına olanak yoktur. Bu gibi durumlarda çoğu kez hasta yakınının ya da kanuni temsilcisinin rızasını da alabilmek mümkün değildir. Hekim böyle bir durumda kaza geçiren kişinin bedensel menfaatlerinin yöneticisi durumundadır. Bu sıfatıyla tıbbi müdahale kararını verir ve uygular[650]. İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi 8. maddeye göre, *"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir."*Ancak bazen zorunluluk durumlarında dahi hastanın iradesine saygı gösterilmeli ve müdahalede bulunulmamalıdır. Örneğin, Yehova Şahitleri Mezhebine mensup kişilere kan transfüzyonu yapılmamalıdır. İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesi 9. maddesinde konuya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, *"Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır."*

Zorunluluk haline iki grup olayda rastlanabilir. Birincisi bilinçsiz bir hastanın hekim karşısında bulunması halidir. Böyle durumlarda hastanın olası iradesi göz önüne alarak tıbbi müdahalede bulunulabilir[651]. Hastanın kaza veya tıbbi müdahale nedeniyle günlerce bilinçsiz kalması halinde kanuni temsilcisi yoksa kayyım tayin

650 Özsunay, Alman, s. 43; Çakmut, Rıza, s. 16.

651 Özsunay, Alman, s. 43; Ayan, s. 79; Çeker, s. 7; Kaya, s. 101; Şahiniz, s. 743; Boran, Aydınlatılmış, s. 95; Deryal, Özel, s. 141.

edilmesi gerekir[652]. Yine acil müdahaleler yani müdahalenin yaşamsal ivedilik taşıdığı hallerde aydınlatma ihmal edilebilir[653]. Olaydaki acil müdahale durumu, aydınlatma için vakit kaybedildiği takdirde hemen meydana gelebilecek bir tehlike yani hastasının ölmesi ya da ağır bir zarara uğrama ihtimali varsa acil durum olarak kabul edilebilir. Hekim her somut olayda hastanın acil müdahaleye ihtiyacı olup olmadığını değerlendirecektir [654].

Tıbbi zorunluluk hallerinin ikincisi ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı durumlardır. Bu konuya daha önce " tıbbi müdahalenin genişletilmesi" başlığı altında değinileceği için burada bahsedilmeyecektir[655].

2. Kamu Sağlığının Korunması (Üstün Kamu Yararı)

Kişinin rızası olmaksızın yapılan bir tıbbi müdahalede üstün kamu yararı varsa müdahale hukuka uygundur. Başka bir anlatımla, kamu sağlığını korumak için rıza gösterilmemesine rağmen elverdiği ölçüde kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilir [656] . Burada hukuka uygunluk kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır. Bu gibi durumlarda kişilik hakkına tecavüz edildiği düşünülmez ve müdahaleye maruz kalan kişinin rızasına ihtiyaç yoktur[657]. Bazı kanunlarda bu tip düzenlemeler mevcuttur. Medeni Kanun 24/2. maddesinde *"Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."* şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu durumlarda bulaşıcı hastalıkla mücadelede kamu sağlığının korunmasına yönelik kişilere aşı yapılması ve karantinaya alınması örnek verilebilir.

652 Ayan, s. 79.
653 Şahiniz, s. 743.
654 Kaya, s. 101.
655 Bkz. §5/II/B/5/b altındaki açıklamalara.
656 Özgenç, Tıbbi, s. 2178.
657 Şahiniz, s. 743; Çeker, s. 6.

3. Hastanın İstememesi

Aydınlatılmış onamdan vazgeçmenin diğer bir hali hastanın sübjektif durumundan kaynaklanabilir. Hasta serbest iradesiyle onamdan feragat edebilir. Bu hastanın kendisi hakkında karar verme hakkına dayanır. Hasta aydınlatılma hakkından vazgeçebilir [658].

Böyle bir durumda hasta serbest iradesini açıkça ortaya koymalıdır. Zorla ya da hile ile olan vazgeçme hukuka uygun olmayacaktır[659]. Vazgeçmenin haklı ve inandırıcı nedenleri bulunmalıdır. Vazgeçme kuşkuya yer vermeyecek biçimde olmalıdır[660]. Duraksamaya yer vermeyecek şekilde olmalıdır. Hastanın ifadesinden her şeyi hekime bırakmış olduğu açıkça anlaşılmalıdır [661]. Hasta için önem taşıyan feragat kabul edilemeyeceği gibi geri dönülmez sonuçlar taşıyan tıbbi müdahaleler, yeni müdahaleye ilişkin feragat kabul edilemez. Kanıtlama kolaylığı açısından yazılı veya tanıklarla belirleme yararlı olur [662].

4. Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması ya da Daha Önceden Aydınlatılmış Olması

Hasta, hekim ya da sağlık çalışanıysa ve hastanın hastalığı hakkında yeterince bilgisi bulunduğu anlaşılıyorsa hekim, hastayı aydınlatmakla yükümlü değildir[663]. Örneğin, 20 yıldır tıp alanında çalışan bir hemşirenin beyin ameliyatı hakkında bilgisinin olmamasının ihtimali yoktur. Yargıtay, konuyla ilgili olarak şu kararı vermiştir[664]: "*…davacı ve eşinin sosyal düzeyi itibariyle bu ameliyatın ağır ve önemli bir ameliyat olduğunu bilmemelerine imkan yoktur. Davacı buna rağmen ameliyat masasına yatmıştır.*"

---

658 Özsunay, Alman, s. 44; Çakmut, Rıza, s. 15; Yenisey, s. 873; Boran, Aydınlatılmış, s. 100; Deryal, Özel, s. 141; Ünver, Rıza, s. 241.

659 Özsunay, Alman, s. 44; Boran, Aydınlatılmış, s. 100.

660 Boran, Aydınlatılmış, s. 100.

661 Özsunay, s. 44.

662 Aşçıoğlu, s. 35; Ayan, s. 79.

663 Özsunay, Alman, s. 45; Ayan, s. 79; Boran, Aydınlatılmış, s. 102; Ersöz, s. 115; Deryal, Özel, s. 141; Karşı görüş için bkz. Ünver, Rıza, s. 241.

664 Y.4.HD., E. 1964/6458, K. 1964/4925. (Sair Erman, "Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk", (Çev., Süheyl Donay), **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 148; Kara/Hızal/Hızal, s, 53).

Hastanın daha önceden daha başka bir hekim tarafından iyice aydınlatılmış olduğu hallerde kural olarak, onama gerek yoktur. Ancak hastanın birden fazla aydınlatılması gereken hallerde aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir[665]. Bundan başka somut olayda gerçekleşebilecek özel durumlarda aydınlatılmış onama ihtiyaç vardır[666]. Yine hasta aynı ameliyatı birkaç defa geçirmişse aydınlatılmış onama ihtiyaç yoktur. Ancak somut olay bakımından yeniden aydınlatıp gerekip gerekmediği araştırılmalıdır[667]. Herkesin bilebileceği bir risk söz konusu ise hastanın aydınlatılmasına ihtiyaç yoktur. Hastanın bu tür riskleri bildiği kabul edilir. Örneğin, açık bir yaranın mikrop kapabileceği gibi[668]. Bahsedilen tüm bu durumlar, mutlaka yazılı belge ve tanıkla ispat edilmelidir. 1998 tarihli YSŞ kararında tetanoz aşısı olmayı reddeden hastanın ölümünde durumu kayıt altına alan hekimin kusurlu olmadığın karar vermiştir[669].

5. Aydınlatılmış Onamın Hasta İçin Önemini Kaybetmiş Olması (Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Aydınlatılmış Onamın Alınmaması)

Bu duruma örnek olarak, ölmek üzere olan bir hastanın ağrısını dindirmek amacıyla yapılan tıbbi müdahaleleri verebiliriz. Burada hasta terminal dönemde olduğu için karar veremeyeceği bir durumu zorla kabul ettirmek anlamsızdır[670]. Zira bu tür hastalar karar verme yeteneğinden yoksun olup gerçeğin anlatılması bir anlam taşımamaktadır[671]. Yine aydınlatılmış onam alınması halinde korku ve panik halinde bir başkasına zarar verme olasılığının bulunduğu özellikle psikiyatrik hastalardan aydınlatılmış onam alma zorunluluğu yoktur[672].

---

665 Özsunay, s. 45; Çakmut, Rıza, s. 16.
666 Aşçıoğlu, s. 34; Boran, Aydınlatılmış, s. 102.
667 Ayan, s. 79; Özellikle yeni bir durumun saptanması halinde aydınlatma zorunludur (Rıza Ünver, s. 241).
668 Yenisey, s. 873.
669 Kara/Hızal/Hızal, s. 37.
670 Ayan, s. 81; Özsunay, Alman, s. 45; Kara/Hızal/Hızal, s. 38; Çelen, s. 64.
671 Özsunay, Alman, s. 45; Öztürkler, s. 77.
672 Kara/Hızal/Hızal, s. 38.

6. Tıbbi Müdahaledeki Tehlike Olasılığının Ender Olarak Gerçekleşmesi

Tıbbi müdahaledeki tehlike olasılığının ender olarak gerçekleşmesi, tehlikenin aynı duruma anlayışlı, aklı başında bir hastanın vereceği karara etkili olmaması (objektifleştirme) ve tehlikenin normal ve önemsiz bulunması halidir[673]. Bu gibi durumlarda tıbbi müdahaleden doğan bazı risk ve tehlikeler için onam alınmasına gerek yoktur. Bunlardan ilki zarar veya tehlikenin meydana gelme riski genellikle rastlanılan türden değilse veya uzak bir risk ise hekimin hastasını aydınlatmasına gerek yoktur[674]. Ancak ağır hayati tehlike doğurabilecek nitelikteki uzak riskler ve komplikasyonlar tıp literatüründe bahsediliyorsa gerçekleşme oranı[675] göz önünde bulundurulmadan hastanın bu konuda bilgilendirilmesi zorunludur[676]. Yine makul bir hastanın önemli olarak kabul edebileceği uzak riskler hastaya anlatılmalıdır. Yine tehlikenin yapılacak tıbbi müdahalede ender olarak ortaya çıkması (tıp bilimince yapılan müdahale açısından tanınmamış, öngörülmemiş tehlikelerin var olması) veya somut olaydaki hasta açısından ortaya çıkma olasılığının az olması durumunda onam alınmasına gerek yoktur.

Ancak ağır hayati tehlike doğurabilecek nitelikteki riskler komplikasyonlar tıp literatüründe bahsediliyorsa gerçekleşme oranı göz önünde bulundurulmadan hastanın bu konuda bilgilendirilmesi zorunludur[677].

7. Aydınlatılmış Onamın Terapötik İstisnaları (Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması)

Hekimin hastanın genel durumunun aydınlatma ile sarsılacağı yönünde bir karar alması durumunda hastayı aydınlatma durumu yoktur[678]. Burada hekime geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Bazen hekim terapötik (iyileştirme) nedeniyle hastayı aydınlatmayabilir. Böyle durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün hangi durumlarda

673 Aşçıoğlu, s. 34.
674 Yenisey, s. 873.
675 Alman Hukukunda % 3 lük gerçekleşme olasılığı bulunan tehlikelerin hastaya açıklanması gerekirken yüksek bir rizikonun bulunmadığı durumlarda %1 gibi olasılıkların açıklanmasına gerek yoktur (Aşçıoğlu, s. 30); ABD'de ise bir riskin gerçekleşme olasılığı %1 oranında olması halinde riskin hastaya anlatılması gerektiği kabul edilir (Kara/Hızal/Hızal, s. 16, dpn. 17).
676 Boran, Aydınlatılmış, s. 101, Yenisey, s. 873.
677 Boran, Aydınlatılmış, s. 101.
678 Yenisey, s. 873; Kara/Hızal/Hızal, s. 37; Ersöz, s. 116; Köprülü, s. 594; Deryal, Özel, s. 140.

ve ne ölçüde yerine getirilmeyeceği tartışma konusudur[679]. Aydınlatma yükümlülüğünün terapötik sebeplerle ortadan kalkması, bir taraftan hastanın geleceğini belirlemek ile hekimin tedavi yükümlülüğünü diğer taraftan ise hekimin doğru söyleme yükümlülüğü ile meşru yalan hakkı arasındaki çatışmadan doğar. Bu çatışma "*hastanın sağlığı (iradesi) en yüksek kanundur"* prensibiyle giderilebilir[680].

Aydınlatılmış onamın terapötik istisnasının uygulanmasında sınırlı davranılmalıdır. Hekimden tam yapılan aydınlatmanın doğurabileceği tıbbi zarar ile hastanın tam olarak aydınlatılma hakkı arasındaki dengeyi kurması beklenir[681]. Hekim hastasının psikolojik yönden çökmemesi için susabilmektedir. Genel olarak kanser, AİDS gibi hastalıkların açıklanması hastalarda derin üzüntüye, çöküntüye yol açtığı için hekim burada hastasını aydınlatmaktan vazgeçebilir. Burada hastasına tanı ve tedavi konusunda bilgi vermemektedir. Gerçekten hastalığın açıklanması hastanın sağlığını ve yaşamını ağır ve önemli bir tehlikeye düşürecekse hekimin bu konuda susma ve hatta gerçek dışı belgelerle hastayı tehlikeli bir durumu olmadığına inandırmak hakkı olduğu kabul edilmelidir. Buradaki ciddi tehlikeler hastanın intihar etme ya da kalp krizi geçirme olasılığı gibi tehlikelerdir. Hastanın moralinin bozulması, huzursuz olması gibi ciddi olmayan durumlarda ağır ve önemli tehlikenin varlığı yoktur. Hastada oluşabilecek tehlikeli psikolojik hal, psikolojik tanı yöntemleriyle belirlenmelidir[682]. Burada hastalara insani nedenlerle gerçek belgeler yerine düzmece belgeler gösterilebilir. Örneğin, kanser tanısı, birçok hasta için "ölüm ferman" niteliği taşıdığından bu yola gidilmesi hukuki açıdan bir zorunluluk hali teşkil edecek ve hekim hastayı aydınlatmadığı için sorumlu olmayacaktır. Böyle bir kararın alınabilmesi, ancak konulan tanının hastanın yaşama şevkinin tamamen

---

679 Özellikle Almanya'da mahkemeler bu konuda katı bir tutum sergilemekte yalnızca hastanın sağlığının ve yaşamının tehdit altında olduğu hallerde aydınlatmadan vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Hastanın psikolojik olarak bunalıma girmesi aydınlatmanın yapılmaması için bir sebep olarak görülmemiştir. Mahkemeler bu yönüyle uygulamada eleştirilmektedir (Özsunay, Alman, s. 46).

680 Öztürkler, s. 75.

681 Yenisey, s. 874.

682 Burada klasikleşmiş bir örnek olan STORM Olayından bahsetmek gerekir. Kendisine kanser olduğu açıklanan ünlü Alman yazar Storm büyük bir çöküntüye uğramıştır. Ona yardımcı olmak amacıyla kardeşi özel olarak oluşturduğu doktor kurulundan "ilk tanının hatalı olduğu ve hastalığın bir mide rahatsızlığı olduğunu" açıklayan düzmece bir rapor almıştır. Böylece yazar yaşama yeniden bağlanmış, çalışmalarını sürdürmüş ve 1886-1888 yılları arasında "Kır Atlı" eserini tamamlamıştır (Aşçıoğlu, s. 35; Ayan, s. 81; Boran, Aydınlatılmış, s. 101).

ortadan kaldıracak nitelikte olması durumunda zorunluluk hali oluşturacağı hatırlatılmalıdır[683].

Bu gibi durumlarda ortaya çıkabilecek diğer bir husus, hastaya hastalığına ilişkin tıbbi kayıtları, belgeleri inceleme hakkının tanınıp tanınmayacağıdır. Burada hekime terapötik bir ayrıcalık tanınmalıdır. Hekimin gerçekdışı belgelerle hastayı hasta olmadığına inandırma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda hasta ya hiç aydınlatılmaz ya da sınırlı biçimde aydınlatılır. Bu durum, hasta dosyasına kaydedilmelidir. Hasta yakınlarının aydınlatılması gereklidir. Öğretide bu gibi hallerde hastanın gerçek bilgilerini içeren dosyasını inceleme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay, bir kararında hastalığın hastayı ciddi anlamda manevi yönden olumsuz etkileme halinin varlığında TDN'nin 14. maddesi gereği aydınlatma yapılmamış oluşunun hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir[684].

Hekimin tıbbi müdahale hakkında verdiği bilgiler hastada aşırı derecede korku, endişe ve paniğe yol açabilir. Bu durum hastalığın tedavi başarısını büyük ölçüde tehlikeye sokar ve hastanın aydınlatılmış onam vermemesine yol açabilir. Bu gibi durumlarda psiko terapi yöntemleriyle hastadan rıza alınması sağlanmalıdır. Hekime gerekirse, müdahalenin zorunlu olduğu hallerde takdir yetkisi tanınmalıdır. Hekim böyle durumlarda aydınlatmadan vazgeçmeli ve susmalıdır[685]. Böyle durumlarda iki menfaat "Hastanın kendisi hakkında karar verme hakkı" ile "Hastanın yaşamını koruma hakkı" çatışmaktadır. Hastayı aydınlatmayıp suskun kalmakla hastanın geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmekle beraber, yaşamsal önem taşıyan ivedi hallerde tıbbi müdahaleye onam alabilmek için hekime susma hakkı tanınmalıdır[686]. Bizce de yapılacak müdahale nedeniyle aşırı korkuya kapılan bir hastanın yaşamı aydınlatılmış onamdan dolayısıyla hasta özerkliğinden çok daha önemlidir.

Bazen hastanın aydınlatılması, üçüncü kişiler bakımından tehlike oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda hekim hastadan aydınlatılmış onam almaktan vazgeçebilir. Bu durum psikiyatri hastaları için geçerlidir. Böyle hastaların tanı

683 Boran, Aydınlatılmış, s. 101; Çakmut, Rıza, s. 16; Deryal, Özel, s. 140.
684 Özsunay, s. 48; Bkz. Ayan, s. 34, Dpn. 71e.
685 Öztürkler, s. 76; Özsunay, Alman, s. 47; Aşçıoğlu, s. 35.
686 Özsunay, Alman, s. 48.

konusunda aydınlatıldıktan sonra yakın çevresine saldırıda bulunabileceği, zarar verebileceği tehlikesi olduğundan hekim susmalıdır [687].

Son olarak, "algılama yeteneğindeki bozukluk" nedeniyle yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen hastaya psiko terapi ile rızası alınmaya çalışılmalıdır. Aydınlatma sonucu hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermeyeceğinin anlaşıldığı hallerde hekim aydınlatmadan vazgeçmelidir[688].

8. Kanuni Temsilcinin Kötü Niyetle Tıbbi Müdahaleye İzin Vermemesi

Hasta küçük ise veli veya vasisinin rızası alınarak tıbbi müdahale gerçekleştirilir (TŞSTİDK. md. 70). Bazen kanuni temsilci kötü niyetle tıbbi müdahaleye rıza göstermeyebilir. Böyle durumlarda yetkili ve görevli mahkemeden hasta için kayyım atanması istenir. Gecikmesinde sakınca bulunan ivedi tıbbi müdahale hallerinde rıza aranmaz tıbbi müdahale gerçekleştirilir. Burada hekimin küçüğün kanuni temsilcisine olan aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar[689]. Yine acil yaşamsal tehlikenin olduğu ve veli ya da vasiden rıza alınamadığı durumlarda hekim gecikmeksizin ilgili yetkili savcıdan gerekli izni almalıdır[690].

9. Hastanın Varsayımsal Rızası

Hastanın acil bir şekilde tedavi edilmesi gereken hallerde rızanın var olduğu kabul edilir. Örneğin, hastanın ağır yaralı olması nedeniyle rızasını açıklayamadığı haller veya ağır bir tehlikenin varlığı karşısında zararın önlenmesi amacıyla müdahalede bulunmanın zorunlu olduğu durumlarda hastanın rızasının var olduğu kabul edilir. Hastanın iradesi açık olsaydı rıza gösterecekti denilebilen durumlarda hastanın varsayımsal rızasının olduğu kabul edilir. Böyle durumlarda hekim, tıbbi

---

687 Ayan, s. 81; Özsunay, Alman, s. 47; Aşçıoğlu, s. 35.

688 Özsunay, Alman, s. 48.

689 Özsunay, Alman, s. 45; Ünver, Rıza, s. 251.

690 *"Trafik kazası sonucu 5 yaşındaki çocuğun ayağında kangren gelişir. Ayak kesilmek zorundadır. Aksi halde, bu durum ilerleyip çocuğun ölümüne sebep olacaktır. Ancak, çocuğun anne ve babası ayağın kesilmesine izin vermezler ve çocuğu çıkarmak isterler. Bunun üzerine Tabip Odasını arayan hekimlere adli makamlara başvurmaları önerilir. Cumhuriyet Savcılığından durumun ciddiyetine binaen izin istenir. Savcı ise, anne ve babanın izin vermemesi sebebiyle bir şey yapılamayacağını bildirir. Neticede hasta taburcu edilir, iki gün sonra da öldüğü haberi alınır."* (Öztürkler, s. 71).

müdahalede bulunulmadığı takdirde doğabilecek zarar riski ile tıbbi müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskini karşılaştırmalıdır. Müdahalede bulunulmadığı takdirde doğabilecek olan zarar riski fazla ise müdahalede bulunmak makul ve hukuka uygundur[691].

Hastanın özellikle hastalığın son aşamasıyla ilgili olarak bazı dilekleri varsa göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, yapay solunum cihazına bağlanmaması gibi. Hekim böyle bir durumun olup olmadığını ve tıbbi müdahalenin yapılacağı anda varsayılıp sayılmayacağını araştırmakla yükümlüdür[692]. Hastanın varsayımsal rızası araştırılırken, tanınmayan bir hasta için orta düzeyde makul bir kimsenin göstereceği tavrı esas almalıdır[693].

Varsayımsal rızanın varlığına ilişkin bir diğer konu, günlük tedavi uygulamalarına ilişkindir. Hekimler birçok kez günlük tedavi uygulamalarında ve basit müdahalelerde hastalarına detaylı açıklamalarda bulunmazlar. Eğer hasta bu uygulamalara ses çıkarmıyorsa örtülü rızasının var olduğu kabul edilir[694].

Varsayılan rızaya ilişkin bir diğer husus, tıbbi müdahalenin yarıda kesilmesi gereken ya da yeni ortaya çıkan bir duruma müdahale etmemenin hasta açısından yaşamsal bir risk oluşturması halinde, müdahalenin kesilmemesi veya gerekli müdahalenin yapılmaması halidir. Ancak burada her ne kadar varsayılan rıza kurumuna başvurmak doğru bir gerekçeyse de böyle hallerde 3. kişi lehine zorda kalım veya izin verilen risk kurumlarından yaralanmak daha uygun olacaktır[695].

İ. Aydınlatılmış Onamın Yerine Getirilmesi

Aydınlatılmış onamın hukuka uygun olabilmesi için hastadan rıza alınırken bazı işlemlerin yapılması gerekmektedir. Bu işlemleri aydınlatma yükümlüsü, rızaya ehliyet, aydınlatma zamanı ve aydınlatmanın şekli başlıkları altında açıklayabiliriz.

691 Yenisey, s. 875; Sevük, s. 230.
692 Özsunay, Alman, s. 44.
693 Yahya Deryal, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hasta Rızası", http://hhp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm.; Özsunay, Alman, s. 44.
694 Yenisey, s. 876.
695 Ünver, Rıza, s. 246.

1. Aydınlatma Yükümlüsü

Hastayı aydınlatma görevi tıbbi müdahalede bulunacak hekime aittir[696]. Hasta Hakları Yönetmeliği 19. maddesinde aydınlatmanın bizzat hekim tarafınca yapılacağı belirtilmiştir. Hekim kural olarak, bu yükümlülüğü başkasına devredemez[697]. Yani ekip üyesi olan hemşire ya da personel hastadan aydınlatılmış onam almak için yetkilendirilemez. Bununla birlikte bu yükümlülük, hekim meslektaşı tarafından yerine getirilebilir[698]. Böyle durumlarda hekim, meslektaşının bu yükümlülüğü yeterince yerine getirip getirmediğini kontrol etmelidir[699]. Ancak hasta ile hekim arasında özel ve gizli bir antlaşma mevcut ise aydınlatma kesinlikle, hiçbir şekilde başka bir hekime devredilemez[700]. Yine özellikle önemli cerrahi müdahalelerde cerrahi müdahaleyi gerçekleştirecek cerrah tarafından yapılması gerekir. Müdahale ekip tarafından gerçekleştirilecek ise müdahaleye katılan hekimlerden her biri ya da ekip yöneticisi hekim tarafından yapılması gerekir[701].

Hasta hastalığı nedeniyle farklı uzmanlar tarafından değerlendirilmiş ve tıbbi müdahalede bulunulmuşsa her uzman kendi konusunda aydınlatmayı yapmak durumundadır[702]. Aksi halde hekimin sorumluluğu doğacaktır. Kendi uzmanlık dalına ait tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma yapmayan hekim, tıbbi hata yapmış kabul edilir. Aynı konuda birden fazla hekimin çalışması halinde hiyerarşik olarak daha altta kalan hekimde bu konuda yeterli ise aydınlatma görevini yerine getirebilir[703]. Bu nedenle hasta kendisini yollayan aile hekimi veya diğer bir hekimce aydınlatılmış olsa bile müdahaleyi yapacak cerrah yeniden aydınlatmalıdır[704]. Bu konuda Alman Mahkemesinin 1979 tarihinde verdiği kararda aydınlatma ödevinin hastane tarafından görevlendirilen hekime (tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekime) ait olduğunu aynı hekiminin hastayı kendisine yönlendiren aile hekiminin aydınlatma

---

696 Özsunay, Alman, s. 48; Ayan, s. 81; Çilingiroğlu, ss. 69-70; Şahiniz, s. 740; Sert, Hasta, s. 232; Ozanoğlu, s. 72; Boran, Aydınlatılmış, s. 93; Hakeri, Tıbbi, s. 30; Kara/Hızal/Hızal, s. 26; Öztürkler, s. 77.

697 Özsunay, Alman, s. 48; Ayan, s. 81; Çilingiroğlu, ss. 69-70; Şahiniz, s. 740; Sert, Hasta, s. 232; Ozanoğlu, s. 72; Boran, Aydınlatılmış, s. 93.

698 Şahiniz, s. 740; Sert, Hasta, s. 233; Ozanoğlu, s. 72; Kara/Hızal/Hızal, s. 26; Çelik, s. 76.

699 Hakeri, Tıbbi, s. 31.

700 Ozanoğlu, s. 72.

701 Sert, Hasta, s. 233; Ayan, s. 82; Kara/Hızal/Hızal, s. 27; Fischer, s. 11.

702 Özkan, s. 129; Ozanoğlu, s. 72; Yıldız, Güven, s. 276.

703 Boran, Aydınlatılmış, s. 93.

704 Ayan, s. 82.

görevini yerine getirip getirmediğini kontrol etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir[705].

Aydınlatmanın hekim dışında başka bir sağlık personeline devredilemeyeceğini belirtmiştik. Ancak yapılacak hizmet bakımından ilgili personel yeterince nitelikli ise bu görev o personele bırakılabilir. Örneğin, kanser hastalarının hijyeni konusunda nitelikli hemşire bilgilendirme yapabilir [706] . Son olarak, aydınlatmanın yapılmadığı hallerde hekimin böyle bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmek gerekir[707].

2. Aydınlatılacak Kişi (Rızaya Ehliyet)

a. Genel Olarak

Hukukta bir rızanın rıza iradesini açıklamaya yetkili kişi tarafından açıklanması gerekir[708]. Hukuka uygunluk sebebi olan rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğundan aydınlatma, bizzat hastanın kendisine yapılmalıdır. Tıbbi müdahaleye rızayı kural olarak tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan hasta vermelidir. Somut olayda anlama ve kavrama yeteneğine sahip belli bir ruhi olgunluğa erişmiş, müdahale edilmesine izin verdiği hakkına ilişkin tasarrufun kapsamını, niteliğini ve sonuçlarını bilebilecek durumda olan kişi rıza ehliyetine sahiptir[709]. Hasta Hakları Yönetmeliği 15/2. maddesi "*Hasta; Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme karşısında hekim, aydınlatma yükümlülüğünü bizzat hastaya karşı yapmalıdır. Hastanın küçük ya da kısıtlı, temyiz kudretinden yoksun olması halinde bu yükümlülük kanuni temsilcisine karşı yapılacaktır. Hastanın bilinci açık ayırtım gücüne sahipse hasta yakınlarından alınacak aydınlatılmış onam geçersiz olacaktır. Ancak burada şu hususa dikkat edilmesi gerekir. Hastanın yakınlarını ve hastanın aile yaşamını etkileyecek bir hastalığın tedavisi için yapılacak bir tıbbi müdahale ise

705 Özsunay, Alman, s. 49.
706 Hakeri, Tıbbi, s. 31; Ayan, s. 82.
707 Sert, Hasta, s. 232.
708 Cassani, s. 246.
709 Kök, İnsan, s. 119; Öztürkler, s. 70.

(örneğin, kastrasyon, sterilizasyon gibi) müdahale konusunda hastanın yakınları da aydınlatılmalı ve onamları alınmalıdır[710].

Kural böyle olmakla beraber, bazen bazı durumlar özellik arz eder. Yaşı küçük çocuk veya akıl hastası oldukları için önerilen tedavinin niteliğini anlayamayan risk ile yararını değerlendiremeyen kişiler hakkında aydınlatılmış onam söz konusu olamayacağı için bu konuda farklı kurallar uygulanır[711]. Öncelikle hekim aydınlatılacak kişiyi belirlerken hastanın temyiz kudretinin (ayırtım gücünün) olup olmadığına dikkat etmelidir[712]. Çünkü onay açısından önemli olan ayırtım gücünün varlığıdır. Buradaki ayırtım gücünden kasıt hastanın kendisine yapılacak tıbbi müdahaleyi kavrayabilecek yarar ve zararlarını tartıp serbestçe karar verebilecek olma halidir[713]. Hastanın kendisine sunulan bilgilerle ilgili olarak bir değerlendirme yapabilmesi için hastanın belirli bir yeterliliğe sahip olması şarttır. Yeterlilik, hastanın kendisine sunulan belirli tedavi seçenekleri hakkında anlamlı bir seçim yapabilme kapasitesi anlamına gelen hukuki bir kavramdır Bu nedenle hastanın onam verme yetisinin olmadığı durumlarda değişik kanuni düzenlemeler gündeme gelmektedir[714]. Türk Hukukunda ayırtım gücü bulunmayanların aydınlatılması, veli, vasi veya kayyıma yapılır. Bazen karar hâkim veya mahkemeye bırakılır. Bu durum aydınlatılmış onamın amacına da uygun düşmektedir. Buna karşılık ayırtım gücüne sahip küçüklerden ve kısıtlılardan aydınlatılmış onamın kendilerinden alınması gereklidir.

Hastanın ayırtım gücüne sahip olmadığı hallerde bu durumun geçici olup olmadığı önemli bir husustur. Eğer hasta ayırtım gücünü geçici bir nedenle kaybetmişse (alkol koması, uyuşturucu alımı, trafik kazası gibi.) hastanın yaşamını ve sağlığını korumak için yapılması gerekli olan müdahale onam alınmadan yapılabilir. Zaten böyle bir durumda yukarıda bahsettiğimiz zorunluluk hali mevcuttur. Hasta ayırtım gücünü sürekli olarak kaybetmişse hemen yapılması gerekli ivedi bir tıbbi müdahale yoksa hastanın kanuni temsilcisi aydınlatılır. Kanuni temsilcisi yoksa mahkemeden bir kayyım atanması istenir. Eğer müdahalenin hemen

---

710 Bayraktar, Bilme Hakkı, s. 101.
711 Yenisey, s. 876.
712 Ayan, s. 82; Özsunay, Alman, s. 51.
713 Ayan, s. 82.
714 Kök, İnsan, s. 119.

yapılması gerekiyorsa hekim zorunluluk hali gereği aydınlatılmış onam almadan müdahalede bulunabilir[715].

b. Küçüklerden Aydınlatılmış Onam Alma

Öncelikle çocuklarda aydınlatılmış onam alma konusu, hem öğreti hem uygulama açısından büyük sorun ve önem arz ettiği belirtilmelidir. Daha öncede bahsettiğimiz gibi, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin rızasına hukuken geçerli bir rızanın da rıza verenin ehil olmasına bağlıdır. Kişi (hasta), geleceğini özgürce belirleyebilmek adına kendisine yapılacak tıbbi müdahale konusunda söz sahibi olmalıdır. Ancak yetişkin, ayırtım gücüne sahip bir kişi için geçerli olan bu durum, hastanın küçük olması nedeniyle hekim hasta ilişkisi açısından ilişkiye kanuni temsilcinin dâhil olmasıyla farklılık arz eder.

Tıbbi müdahaleye rıza için gereken ayıt etme gücü, somut olayda tıbbi müdahalenin önemi ve kapsamını değerlendirebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmayı ifade eder[716]. Diğer bir deyişle, hasta açısından rızaya ehliyet, "*hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunları vücuda üzerinde uygulanmasını istemesi"* olarak anlaşılmaktadır[717].

Küçük[718] hastalara tıbbi müdahalede bulunurken rızanın kimden alınacağı önemli sorundur. Konunun, ayırt etme gücüne sahip ve sahip olmayan küçükler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından öğretide küçüğün tıbbi müdahaleye rıza konusunda üç ayrı görüş mevcuttur:

a- Tıbbi müdahale için yasal temsilci ile ayırt etme gücüne sahip küçüğün ortak rızasını arayan görüş,

b- Tıbbi müdahale için yalnızca ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını arayan görüş,

---

715 Ayan, s. 83; Özsunay, Alman, s. 51; Sert, Hasta, s. 233.

716 Petek, Çocuk, s. 68.

717 Bayraktar, Hekimin, s. 130; Boran, Aydınlatılmış, s. 86; Sevük, s. 229.

718 Küçük, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde *"Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."* şeklinde tanımlanmıştır.

c- Tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasını şart koşan aynı zamanda ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması gerekliliğini savunan görüştür[719].

Bizim de katıldığımız birinci görüşün temelinde küçüğün (çocuk hastanın) korunması düşüncesi yatar. Bu görüşte önemli olan çocuk hastanın korunmaya ihtiyacı olup olmadığıdır. Çocuğa yapılacak tıbbi müdahaleye rıza, çocuğun ayırt etme gücüne, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önemini, risklerini anlayabilme olgunluğuna bağlıdır. Karar verme özgürlüğü ile ayırt etme gücüne sahip küçüğü koruma ihtiyacı arasındaki denge somut duruma göre değişebilir. Örneğin, komplike bir tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda küçüğün rızasının dışında temsilcinin de rızası alınmalıdır[720]. Medeni Kanun 339. maddesi velayet hakkının sınırlarını düzenler. Buna göre ebeveyn çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun menfaatleri doğrultusunda karar almalı ve çocuğun olgunluğu ölçüsünde yaşamını düzenleme olanağı sağlamalıdır. Söz konusu madde tıbbi müdahaleye rıza açısından değerlendirilecek olursa, ebeveyn bu konudaki velayet hakkının kapsamını ve sınırlarını çocuğun olgunluğuna göre kullanmalıdır. Küçük, ayırt etme gücüne sahip tıbbi müdahalenin kapsam ve risklerini anlayabilecek yetide ise velayet hakkı geriler çocuk bu hakkı tek başına kullanabilmelidir. Ancak tam tersi durumda, anne babanın velayet hakkı genişleyecektir. Bu yönüyle Medeni Kanun 16. maddesine bir istisna getirilmemelidir[721].

Sadece küçüğün rızasını kabul eden ikinci görüşün temelinde müdahaleye rıza konusunda küçüğün özel bir koruma ihtiyacının olmayışı yatar. Bu görüşe göre hekim mesleki bilgisine, tıbben genel kabul gören kurallara göre hareket etme yükümlülüğünde bulunduğundan çocuğun özel olarak korunmasına gerek yoktur[722]. Yalnız bu durum küçüğün tek başına tedavi sözleşmesinin tarafı haline getirmez. Böyle bir durumda dahi sözleşmenin tarafı anne ve/ veya baba ile çocuktur. Küçük tek başına sözleşmeye taraf olsa bile yasal temsilcisi sonradan izin veya icazet

719 Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s. 490; Şenocak, Küçüğün, s. 74; Petek, Çocuk, s. 68.
720 Petek, Çocuk, s. 68; Fischer, s. 11; Ünver, Rıza, s. 259.
721 Şenocak, Küçüğün, s. 74.
722 Petek, Çocuk, s. 68. Şenocak, s. 75.

vermeyebilir[723]. Bu durumda küçüğün bu hakkı tek başına kullanabilmesi nedeniyle tam ehliyetli kişilerden bir farkı yoktur[724].

Üçüncü görüş yasal dayanağı 1219 sayılı kanunun 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği 24-25. maddeleri oluşturur. Söz konusu hükümlere bakıldığında ayırt etme gücü olsun olmasın yasal temsilcisinin rızasının bulunmasının şart olduğu ancak küçüğün de görüşünün alınması gerektiğidir. Dolayısıyla yalnızca küçüğün rızası hekim için bağlayıcı olmayıp sonsözü söyleyecek olan yasal temsilcidir[725]. Burada kanuni temsilcinin rızasının gerekli ve yeterli olduğu hallerde dahi küçüğün mümkün olduğu ölçüde dinlenerek kendisiyle ilgili karara katılması sağlanır[726]. Bu düzenleme Medeni Kanun 16. maddesini göz ardı etmektedir. Oysa kişiliğe sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olan kişiyi yakından ilgilendiren işlerde bireye bizzat karar verebilme hakkı (kendi geleceğini belirleme hakkı) Anayasa 17. maddesinin gereğidir. Küçük, tıbbi müdahaleye rıza konusunda müdahalenin objesi değil süjesi olmalıdır. Ayırtım gücüne sahip olan küçüğün tıbbi müdahale konusunda verilecek kararını tamamen yasal temsilciye bırakılması düşünülemez. Kaldı ki Medeni Kanunun bazı hükümleri (MK md.188/2-126) küçüğün iradesi yanında yasal temsilcinin iradesini de- izin, icazet ya da olur bildirme- aramaktadır[727].

Buraya kadar anlatılanlar ayırt etme gücüne sahip çocuklar için geçerlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından böyle bir hakkın kanuni temsilcisi vasıtasıyla kullanılması şarttır.

Daha önce belirttiğimiz gibi, çocuklardan aydınlatılmış onam alma konusu, hem öğreti hem uygulama açısından büyük sorun ve önem arz eder. Yine yaş küçüklüğünün tanımı ve hangi yaşın rızaya ehliyetli olduğu tartışmalıdır. Medeni Kanunumuz bu konuda kesin bir yaş sınırlaması koymamıştır. Her somut olayda olayın özelliklerine göre ve küçüğün içinde bulunduğu durumu ayrı ayrı göz önünde tutarak ayırt etme gücü ve sezginliğin var olup olmadığını hâkim belirleyecektir[728]. Bu ayrımın yapılması önemlidir. Çünkü ayırtım gücü bulunan küçüğün sınırlı eylemde bulunması mümkün iken ayıt etme gücü olmayan küçük böyle hakka sahip

723 Şenocak, Küçüğün, s. 75.
724 Petek, Çocuk, s. 69.
725 Şenocak, Küçüğün, s. 75; Petek, Çocuk, s. 68.
726 Petek, Çocuk, s. 68.
727 Şenocak, Küçüğün, s. 75.
728 Zevkliler/Gökyayla/Acabey, s. 252.

değildir. Her şeyden önce belli bir yaşın altındaki çocuklar tıbbi müdahalelerde kendi geleceklerini belirleme hakkına sahip değildir. Söz konusu hakları onların yerine yasal temsilcileri (ebeveyn, vasi) kullanmaktadır. Ülkemizdeki yaygın uygulama 18 yaş altındaki hastaların özerk bir kimlik içerisinde olamayacakları, fiil ehliyetinin sınırlı ya da hiç olmadığı kabul edilerek tıbbi müdahale konusunda karar verme hakları bulunmamaktadır[729]. Bazı ülkelerde tıbbi müdahalelere rıza göstermede 14 yaş sınırı uygulanmaktadır[730].

Çocuk hastalardan aydınlatılmış onam alma onların yaşlarına ve nam alınmasında yeterliliklerine bağlıdır. Yasal olarak 18 yaş aydınlatılmış onam için önemli bir sınır olmasına karşın onam alınmasında yaş sınırı mutlak ve koşulsuz değildir[731]. Çocuk hastalardan tıbbi müdahalede bulunurken rızalarını almak, onların tedavi sürecine katılmalarını sağlamak hekimin etik bir yükümlülüğüdür[732]. Küçüğün bilme ve isteme yeteneğinin değerlendirilmesi için belirleyici olan şey, somut olaydaki eylemdir. Sabit bir asgari yaş sınırı, hukuk güvenliğine büyük bir ölçü sunmadığından küçüğün bireysel yeteneği ve somut müdahale ölçü olmak zorundadır[733]. Öyleyse hekim, küçüğün görüşünü yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önünde bulundurmalıdır[734].

Yasal ve etik olarak, hekimler, çocuk hastalara tıbbi müdahalede bulunurken yasal temsilcinin iznini almalıdır. Yasal temsilci anne, baba, vasi ya da kayyımdır. Medeni Kanuna göre evlilik devam ettiği sürece anne baba velayeti ortak kullanır[735]. Ortak yaşama son verilmişse ya da ayrılık kararı verilmişse velayet, eşlerden kendisine bırakılana aittir (MK md. 336). Anne baba evli değilse velayet anneye

729 Erman, s. 82; Ersöz, s. 115.

730 Erman, s. 82.

731 Aslında buradaki esaslı kriter yaştan ziyade müdahalenin genişliğidir. Yaşa ilişkin sabit bir kuralın geçerli olmaması her defasında somut olaya ilişkin bir sorundur (Henning Rosenau, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma e Rıza", (Çev. Ali Kemal Yıldız) 2**. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, Rıza, s. 51); Boran, Aydınlatılmış, s. 87.

732 Boran, Aydınlatılmış, s. 87.

733 Tag, s. 202.

734 Faik Çelik, "Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri", **2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 73, Sevük, s. 229.

735 Sadece anne ya da baba çocuğu kliniğe getirmişse ve ebeveynden diğerinin arzusuna aykırı hareket edildiğine ilişkin bir işaret bulunmuyorsa sadece anne veya babanın verdiği rıza geçerli olacaktır. Hekim, ebeveynden diğerinin de razı olduğu konusunda emin olmak zorunda değildir. Ancak tıbbi müdahale çok nitelikli ise anne ve babadan rıza alınmalıdır (Rosenau, s. 53).

aittir. Eğer anne küçük, kısıtlı veya ölmüşse velayet babaya ya da vasiye verilir. Anne, baba velayet hakkını kullanırken olgunluğu ölçüsünde çocuğa yaşamını düzenleme olanağı sağlar ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar (MK. md. 339). Öyleyse çocuğa tıbbi müdahalede bulunulurken çocuğun kapasitesine göre çocuğun onayı alınmalıdır.

Bu konuda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi 6/2. maddesinde açık düzenleme mevcuttur.

Böyle durumlarda karşımızda 18 yaşın altında olup tıbbi müdahalenin sonucunu, içeriğini, risklerini anlayabilen bir grup çıkmaktadır. Bu hastalardan tıbbi müdahaleye rıza alınabilmesi için hasta çocuğun 15-18 yaş arasında olması, mümeyyiz (tıbbi müdahaleyi anlayabilecek yetide) olması, müdahalenin onun yararına yapılması (tedavi amaçlı) ve yasal temsilcinin iznini almayı gerektirmeyecek ölçüde düşük riskli olması gerekir[736]. Böyle çocuk hastalarda hekimin aile onayını almadan tıbbi girişim yapması etik açıdan kabul edilebilir olsa da hukuki açıdan risktir[737].

Yasal temsilci, çocuk hastaya yapılacak tıbbi müdahaleye kötü niyetli olarak rıza göstermezse ve tedavi çocuk için mutlaka gerekliyse, hekim, yasal yolla bu tedaviyi gerçekleştirebilir. Hâkim, böyle bir durumda çocuk için gerekli önlemleri alır[738]. Eğer durum acilse yasal yol beklenmeden de müdahalede bulunulabilir. Kanuni temsilcinin rıza gösterdiği bir müdahaleye küçük izin vermezse, hekim, müdahalenin niteliğini ve sonuçlarını anlayıp anlamadığını araştırmalı, müdahale tıbben gerekli ise ve bu kişi bakımından yaşamsal bir tehlike yoksa mahkemeden karar alınmalıdır[739].

Türk hukuku açısından durum değerlendirilecek olursa öğretide tıbbi müdahaleye rıza konusunda yaş dilimleriyle ilgili olarak kesin bir sınır belirlenmemekle birlikte çeşitli kanunlarda bazı tıbbi müdahalelerle ilgili olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Böyle durumlarda somut olaya göre değerlendirme yapılmaz ilgili kanun maddesi uygulanır. Belli bir düzenleme yoksa genel olarak

---

736 Boran, Aydınlatılmış, s. 89.

737 ABD'de son zamanlarda bu tür çocuk hastaların onamları geçerli olmakta ve mahkemeler hekimleri sorumlu tutmamaktadır (Boran, Aydınlatılmış, s. 89).

738 Bilge Onaran, "Hasta Hakları", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 290; Ersöz, s. 115; Rosenau, s. 53; Çelik, s. 75.

739 Sevük, s. 229.

somut olayın özelliğine göre karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Burada değerlendirilecek hususlar, tıbbi müdahalenin niteliği ve çocuk hastaların müdahaleyi anlama yetisidir. Her duruma göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. 18 yaş altındaki bir hasta, kendi vücut bütünlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek durumdaysa küçüğün onayıyla yapılan müdahale geçerli olacaktır[740]. Küçüğün tıbbi müdahaleyi anlama yetisi hekim tarafından değerlendirilecek bir husustur.

Çocuk hastaların tıbbi müdahaleye rıza göstermeleri konusunda Medeni Kanun'un ilgili maddeleri ile 1219 sayılı kanunun 70/3.maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesi yol gösterebilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz hastaların kanuni temsilcileri rıza beyanında bulunabilir. Buna karşılık ayırtım gücü olan 18 yaş altı çocuk hastalar ile 18 yaş üstü kısıtlanmış kişiler, 16/1 gereği tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmelidir. Ancak Türk mevzuatı, bu konuyu göz ardı etmekte ve rıza için tam fiil ehliyeti arama yönünde baskın bir eğilime sahiptir[741].

Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların hak sahibince kullanılması gerekir. Örneğin MK 119. madde nişanın bozulması. Ancak böyle haklar ayırtım gücüne sahip olmayan küçükler ve kısıtlılar tarafından kullanılamaz. Yine nispi olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücü olmayan kişiler bakımından da kullanılmasına imkân yoktur. Söz konusu haklar ayırtım gücüne sahip küçük ve kısıtlılar bakımından bizzat kullanılabilmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza uygulama ve öğretice nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Öyleyse ayırtım gücü olmayan küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası kanuni temsilcileri tarafından kullanılır. Ayırt etme gücüne sahip küçükler bu hakları kanuni temsilcinin iznine gerek olmadan kullanılabilir. Küçüğün, kişiye nispi anlamda sıkı sıkıya bağlı bu tür hakların kullanılması bakımından tam ehliyetli olduğu kabul edilmelidir[742].

Ebeveynin onam vermediği ve hastanın yaşamının tehdit altında olduğu durumlarda tıbbi müdahalede bulunabilmek için yetkililerden izin alınmalıdır[743].

---

740 Erman, s. 81, Boran, Aydınlatılmış, s. 92.
741 Deryal, Tıbbi, s. 5.
742 Şenocak, Küçüğün, s. 74.
743 Kara/Hızal/Hızal, s. 31.

c. Kısıtlılardan Aydınlatılmış Onam Alma

Konuyla ilgili olarak, çocuk hasta dışında diğer ehliyetsiz grubunda tıbbi müdahaleye rızasına değinmek gerekir.

Medeni Kanunda kısıtlılık halleri belirtilmiştir. Akıl hastalığı veya zayıflığı (md.405), savurganlık alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim (md. 406), bir yıl ve uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olması (md. 407), yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik, hastalık ve yönetim eksikliği nedeniyle kısıtlanmak isteyenler (md. 408).

Bu kişilere hukuki işlemleri yapabilmesi için bir vasi atanır. Böyle kişileri tıbbi müdahaleye rızaları vasileri aracılığıyla alınır. Ancak vasilerin kötü niyetli davranışlarında ve acil durumlarda hekim tıbbi müdahaleye derhal karar vermelidir. Eğer müdahale acil değil fakat gerekli ise MK 361. maddesi gereği mahkemeye şikâyette bulunulabilir.

Bu tür hastalarda hastanın özerkliğini korumak adına hekim tedavi sürecine hastayı da olanak ölçüsünde katmalıdır[744]. Hastanın tıbbi müdahaleye rızası verme sürecine ilişkin rasyonel olmayan bir iradesi ile karşılaşan hekim, eğer tıbbi müdahale gerekliliği varsa hastayı mutlaka ikna etmelidir. Hastanın yaşam tehlikesi yoksa hastanın kendi geleceğine saygı duyulmalı ve tıbbi müdahale yapılmamalıdır[745].

Vasi, vesayet altına alınanın yararının gerektirdiği kurallara uymak zorundadır. Vasinin kötü niyetli müdahaleye rıza vermemesi halinde onun rızasından vazgeçilebilir. Böyle bir durumda hastaya kayyım tayin edilmesi gerekir. Fakat acil durumlarda yaşam tehlikesinin bulunduğu hallerde tıbbi müdahalede bulunulabilir.

3. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatma ne çok erken ne de çok geç yapılmamalı zamanında yapılmalıdır. Aydınlatılmış onam, amacı gereği yapılacak olan tıbbi müdahaleden önce alınmalıdır. Bu durum hukuken geçerli bir rıza için gereklidir. Burada önemli olan

744 Rosenau, s. 53; Boran, Aydınlatılmış, s. 97.
745 Boran, Aydınlatılmış, s. 97.

hastaya tıbbi müdahale üzerinde düşünmesini, gerekli gördüğü takdirde ailesi ve diğer güvendiği kişilerin fikrini alarak serbestçe karar verebilmesi için yeterli zamanın tanınmasıdır. Bu zaman süresi, belirli bir zaman dilimi olarak belirlenemez. Somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Her tıbbi müdahale öncesinde hastanın içinde bulunduğu hal ve koşullara göre tıbbi müdahaleyi kabul veya ret edebileceği bir zaman süresi verilmelidir. Hekimin aydınlatmasıyla tıbbi müdahaleye verilecek rıza arasında somut olay göz önünde bulundurularak makul bir süre olmalıdır[746]. Müdahaleden sonra verilecek onam, hukuksal olarak geçerli olmayıp icazet anlamına gelir. Söz konusu eylem (müdahaleden sonra alınan onam), şikayete tabi suç oluşturuyorsa ilgili makamlar önünde gerekli şekilde yapılmışsa şikayetten feragat veya kovuşturma sırasında müdahale talebinden feragat olarak yorumlanır[747].

Hastanın herhangi bir rahatsızlılığı nedeniyle hekime başvurmasıyla birlikte uygulanacak tıbbi müdahaleye zımni onay verdiği düşünülse bile bu izin ancak risk taşımayan (önemsiz, basit nitelikte olan) ayaktan alınan sağlık hizmetleri için geçerlidir. Hasta hastalığın tanısı için hekime başvurduğunda tanı için gerekli olan tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için rıza göstermelidir. Örneğin, tanı için yapılması gerekli olan ilaçlı MR çekimi için hastaya ilaç verilmeden önce ilacın olası yan etkileri hastaya açıklanmalı ve ilaç alerjisinin olup olmadığı sorgulanmalı ve onay alındıktan sonra işlem yapılmalıdır. Tanı sonrasında tedavi aşamasında hekim hastayı aydınlatmalıdır. Bu onam tedavi süreci başlamadan yapılmalıdır. Hastaya söz konusu tedaviyi uygulatıp uygulatmamaya karar verme konusunda makul bir süre verilmelidir[748].

Zaman konusunda ölçüt olarak, müdahalenin ivediliği kriter alınabilir. Yapılacak tıbbi müdahale hasta için hayati önem taşıyorsa ve hemen yapılmazsa ağır bir zarar meydana gelecekse ameliyattan hemen önce, ameliyat masasında yapılabilir. Hatta eğer hasta genel anestezi almamış hastaya bölgesel (regional) anestezi uygulanmış ise hastanın bilincinin açık olması halinde ameliyat sırasında bile yapılabilir.

---

746 Hakeri, Tıbbi, s. 31; Özsunay, Alman, s. 52; Ayan, s. 83; Ozanoğlu, s. 73; Şahiniz, s. 741; Fischer, s. 12; Ünver, Rıza, s. 245.

747 Ünver, Rıza, s. 246.

748 Kara/Hızal/Hızal, s. 25.

Normal koşullar altında tam ameliyata girerken ya da ameliyattan bir gün önce aydınlatmak doğru olmayacaktır. Uygulamada ameliyat öncesindeki akşam yapılan aydınlatma yeterli görülmemiştir[749]. Öğretide ivedi olmayan, yaşamsal tehlike içermeyen tıbbi müdahalelerde hastaya en az üç gün süre verilmesi gerektiğinden bahsetmektedir[750]. Buna karşılık önemsiz, küçük müdahale söz konusu ise ve hasta hazır bulunursa yine doğrudan doğruya ameliyat öncesi aydınlatma yapılabilir. Önemli olan hastanın müdahaleyi düşünecek, değerlendirecek bir sürenin kendisine verilmiş olmasıdır[751]. Normal ayaktan tedavilerde aydınlatma müdahale günüde yapıldığı takdirde zamanında yapılmış sayılır[752]. Böyle durumlarda dikkat edilecek husus, aydınlatmanın müdahale sürecini değiştiremeyeceği izlenimini bırakmamasıdır. Aksi halde ayaküstü alınan onam, hastanın içinde bulunduğu psikolojik durum gereği, itiraz edilemeyecek bir hal almış olur[753].

Aydınlatmanın zamanı konusunda diğer bir alternatif "*sürekli aydınlatma"* ilkesidir. Buna göre hasta sürekli olarak tanı sonuçları, hastalık bulguları ve müdahalenin riskleri konusunda aydınlatılır. Bu yöntem diğer yönteme göre daha avantajlıdır. Çünkü tedavinin başlangıcında yapılan aydınlatma, daha sonra yapılan aydınlatmadan daha etkilidir[754].

Son olarak, 2002 tarihli Roma Avrupa Hasta Hakları Statüsünde hastanın bilgilendirilmesine ilişkin sürenin en az 24 saat olarak belirlendiği söylenmelidir[755].

4. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzda aydınlatmanın şekline ilişkin 2238 Sayılı Kanun'un 6. maddesi, NPHK'nın 5/4. maddesi, HHY, 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesi, TCK'nın 90/2-g. maddesi, 2827 sayılı kanunun 5. maddesi, dışında genel geçer bir hüküm bulunmamaktadır. Sayılan bu düzenlemeler dışında hukukumuzda onamın

749 Demir, Sorumluluk, s. 242; Hakeri, Tıbbi, s. 31, Kara/Hızal/Hızal, s. 24; Fischer, s. 12.
750 Özsunay, Alman, s. 52.
751 Sert, Hasta, s. 234.
752 Fischer, s. 12.
753 Hakeri, Tıbbi, s. 32.
754 Ayan, s. 83, Dpn. 272.
755 Kara/Hızal/Hızal, s. 24.

yazılı olması şartı yoktur. Yani şekil serbestîsi vardır. Ancak hukuka, ahlaka aykırı olarak alınan rıza geçersizdir[756].

Aydınlatmanın ne şekilde uygulanacağı, hekimin tasarrufuna bırakılmıştır. Somut olayda aydınlatma görüşmesinin nasıl yapılacağını hekim belirler[757]. Hekim hasta arasındaki güven ilişkisi gereği aydınlatmanın şekli, sözlü olabilirse de yazılı yapılabilir. Esas itibariyle bu konuda şekil serbestîsi vardır. Gerçekten rıza, yazılı veya sözlü, açık veya zımni olabilir[758]. Öğreti ve uygulamada aydınlatılmış onamın her iki şekilde yapılabileceği hatta bazen ikisinin birden yapılabileceği de önerilmektedir[759]. Uygulamada yazılı şekil, tercih edilmektedir[760]. Aydınlatmanın yazılı yapılmasının faydası ispata ilişkindir[761]. Uygulamada bir mahkeme, hasta dosyasında bulunan imzalanmamış aydınlatılmış onam formlarının aydınlatmanın yapılmadığına dair bir delil oluşturduğu yönünde karar vermiştir[762].

Yazılı aydınlatma iki şekilde olabilir. Birinci şekil *"Formüler vasıta"* denilen hastanın standart bir tanımla aydınlatılmasıdır. Hastaya ona yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin bilgileri aktaran bir form verilir. Hasta bu formu okuyup imzalar. Hasta aydınlatmanın ispat sürecine de katılmış olur. Aydınlatmanın ikinci şekli de *"Broşür aydınlatması"* denilen yöntemdir. Bu yöntem, Amerika'da geliştirilmiş olup tedavinin çeşitli yönlerini, içeriğini, sonuçlarını, hekimin neden bu yöntemi seçtiğini anlatan bir kitapçıktır. Kitapçıktaki bilgiler hekimlerce gözden geçirilmektedir[763].

Her iki yöntemin olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Formüler vasıta da hastaya verilen ve tıbbi müdahaleyi tüm yönleriyle anlatan matbu formlarda çok fazla ayrıntının olması hastada paniğe yol açabilir. Yine hastanın bazı ek sorular sormasına engel teşkil edebilir. Hastaların sosyo kültürel düzeylerinin eşit olmaması aynı formun kullanılmasını da anlamsız kılacaktır. Çünkü formdaki ifadelerin

---

756 Onaran, s. 290.

757 Hakeri, Tıbbi, s. 33; Onaran, s. 312.

758 Kocasakal, s. 152; Ünver, Rıza, s. 252.

759 Ayan, s. 84.

760 Uygulamada beden ve ruh sağlığı bozulmuş bir kişinin yaşadığı anksiyete nedeniyle okuduğunun ya da söylenenlerin büyük bir kısmını anlamadığı, anlasa bile eksik veya yanlış algıladığı yapılan araştırmalarla saptanmıştır (Özaslan, s. 44); Kocasakal, s. 152.

761 *"…davalı, davacıya işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğu ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini bildirdiğini ancak bu hususları kayıt almadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi…"* (Y.13.HD., E. 2008/4519, K. 2008/10750, Kara/Hızal/Hızal, s. 34).

762 Hakeri, Tıbbi, s. 34.

763 Ayan, s. 84; Özsunay, Alman, s. 54; Ozanoğlu, s. 73; Sert, Hasta, s. 236.

ortalama bir hastaya göre hazırlandığı düşünülürse bazen bu ortalamanın altındaki hasta bu ifadeleri anlamayacaktır. Yine formlardaki bilgiler her hasta için gerekli olanı ve olmayanı tam olarak içermeyecektir. Çünkü tıpta hastalık yok hasta vardır. İhtimallerin çeşitliliği de göz önünde bulundurulursa nadiren oluşacak riskler konusunda hastalar evham yapıp tıbbi müdahaleden vazgeçebilir. Bu yöntemde hastanın okuduğunu anlayıp anlamadığını da sorgulama şansı yoktur. Uygulamada bu formlar, çoğu kez hekim tarafından değil herhangi bir sağlık personeli tarafından hastaya imzalatılmaktadır. Bu şekilde alınan aydınlatılmış onamın, aydınlatma görüşmesinin hekim ile hasta arasında yüz yüze görüşülmesi prensibine de aykırılık oluşturacağı aşikârdır[764]. Bu yöntemin olumlu yönü ispat kolaylığı sağlamasıdır. Ancak bu formların kesin ispat değeri yoktur. Hâkimin bu formları serbestçe değerlendirme yetkisi vardır. Tüm bu olumlu ve olumsuz eleştiriler broşürlere yapılan aydınlatma için içinde geçerlidir[765].

Öğretide yazılı aydınlatmanın bu özelikleri nedeniyle sözlü aydınlatmanın tercih edilmesi önerilir[766]. Sözlü aydınlatma yetkili hekimin hastasının karşılıklı görüşerek aydınlatmasıdır. Hekimin hastasını bu yolla aydınlatması, hastanın tıbbi müdahaleye iknasını sağlamakla birlikte hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin içeriği hastaya daha net aktarılabilir. Böylece hasta kafasındaki sorulara hemen yanıt bulur, matbu formdaki ayrıntılardan kafası karışmaz ve hasta hekime karşı daha fazla güven duyar[767]. Diğer bir deyişle, aydınlatmanın kişisel olması gerekir. Matbu aydınlatmadan kaçınılmalıdır[768].

Bazı ülkelerde, uygulamada hastaya tıbbi müdahaleyle ilgili temel bilgiler içeren form verilip ardından sözlü aydınlatma (kademeli aydınlatma) yapıldığı görülür. Bu yöntemin sakıncası hastanın formu okuyup okumadığının bilinmemesi ve formdaki bilgilerin sözlü aydınlatma nedeniyle kısa ve yüzeysel yapılması olasılığıdır[769].

Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra en ideal aydınlatmanın ne olacağı konusunda öğretide çeşitli görüşler ortaya atılmış ve orta yol bulunmaya çalışılmıştır.

---

764 Özsunay, Alman, s. 45.
765 Sert, Hasta, s. 236; Özsunay, Alman, s. 54; Ayan, s. 85.
766 Özsunay, Alman, s. 54; Ozanoğlu, s. 73; Ayan, s. 84; Sert, Hasta, s. 236; Şahiniz, s. 741; Çilingiroğlu, s. 71.
767 Özsunay, Alman, s. 54; Ayan, s. 85; Sert, Alman, s. 236.
768 Hakeri, Tıbbi, s. 33.
769 Özsunay, Alman, s. 54.

Bizim de katıldığımız bu yol gerek hastanın aydınlatılmasının başarısı gerekse hekim bu yolla açılacak davalardan koruma bakımından en güvenilir yol olarak görülmektedir. Bu yol şu şekilde olmalıdır:

1- Önce hastaya temel bilgiler içeren form ya da broşür hastayı sözlü aydınlatmaya hazırlamak amacıyla verilir. Söz konusu form genel bilgileri içermelidir. Bizce bu form ve broşürler olağan koşullarda en az 3 gün önce hastaya verilmeli ve verildiği tarih belirtilmeli ve hastanın imzası alınmalıdır.

2- Daha sonra hasta hastalığı ve ona yapılacak tıbbi müdahale konusunda anlayabileceği bir dille yalnızca onun durumuna has bilgileri içerecek şekilde sözlü olarak aydınlatılmalı ve durum hasta kâğıdına kaydedilmelidir. Bizce söz konusu formlara hastaya ait bu özellikler ve öneriler yazılmalıdır.

3- Bu işlem yapılırken önemli tıbbi müdahalelerde ikinci bir hekim ya da hemşire hazır bulundurulmalı ve aydınlatma bu kimselerin huzurunda yapılmalıdır. Forma bu kimselerin bulundurulduğu yazılmalı ve bizce işlem tanığı olarak imzaları da alınmalıdır[770].

Sonuç olarak, aydınlatılmış onamın yukarıda belirttiğimiz şekilde hem yazılı hem sözlü olarak yapılmasında fayda vardır. Özellikle az sonra değineceğimiz aydınlatılmış onam ihlallerinin sonuçları bakımından yazılılık esası ispat açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Durum hukukumuz açısından değerlendirildiğinde aydınlatılmış onamın şekli konusunda genel bir hüküm yoktur. Onamın yazılı olarak alınmasının gerekli olduğu bazı özel haller ilgili kanunlarda belirtilmiş olsa da bu konuda hukukumuzda daha belirgin ve açık bazı düzenlemeler yapılma zorunluluğu vardır. Bunu en önemli faydası uygulamada yaşanan sorunların çözümüne katkı sağlaması olacaktır. Yine yapılacak düzenlemelerle tüm sağlık çalışanları hastaları tıbbi müdahaleler konusunda aydınlatma zorunluluğu hissedecek hem de kendilerini olası kamu ve hukuk davalarına karşı daha güvenli hissedecektir.

Hastadan onam alınırken hasta Türkçe bilmiyorsa bir tercümandan faydanılması zorunludur. Aksi halde hasta dilini bilmediği bir form imzalamış olmakla tıbbi müdahaleye rıza vermiş sayılmayacaktır. Böyle durum onamın işlevi

---

770 Özsunay, Alman, s. 55.

ve amacına da ters düşmektedir. Hekim böyle bir hastadan onam alırken yukarıda yaptığımız açıklamaların tümünü tercüman vasıtasıyla hastaya anlatmalı ve daha sonra onam için imzasını almalıdır. İspat kolaylığı açısından tercümanın da imzasının hasta formunda bulunmasında yarar vardır. Hasta tıbbi müdahaleye izin verdiğini kural olarak, açıkça, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde yazılı ve/veya sözlü bildirmelidir. Ancak bazen hastanın açık fiili hareketleri ile (zımni) onayının var olduğu kabul edilebilir[771]. Örneğin, hastanın ameliyat defterine ameliyat gününü yazdırması, tıbbi müdahale için gerekli işlemleri yaptırması gibi fiili hareketler tıbbi müdahaleye rızasının varlığını gösterir. Yargıtay, bir kararında zımni rızanın geçerliliğinden bahsetmiştir[772].

5. Aydınlatılmış Onamın Geri Alınması

Tıbbi müdahale için verilen onam her zaman geri alınabilir[773]. Rızaya dayanarak işlem yapan kişilerin hareketlerine başladıktan sonra rızadan vazgeçildiğini öğrendikleri andan itibaren hareketlerini durdurmak zorundadırlar[774]. Tıbbi müdahale sırasında bile geri alınabilir ancak burada müdahalenin aşaması göz önünde bulundurulmalıdır. Rızanın geri alınmasıyla tıbbi müdahale yeniden hukuka aykırı hale gelecektir[775]. Anlatılanlar baştan itibaren geçerli bir rıza var ise geçerli olan ifadelerdir. Yani geçerli bir rıza geri alınmadığı sürece tıbbi müdahalenin yapıldığı ilk andan itibaren hukuka uygundur. Ancak müdahalenin başlama anında geçerli bir rıza yoksa sonradan verilen rıza önceki eylemleri (eylemin kısmını) hukuka uygun hale getirmez. Eylem hukuka uygun doğmuş ise onamın geri alınması alınma anından itibaren hukuka aykırı olur, önceki kısım, hukuka uygunluğunu korur[776].

Konuyla ilgili olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde açık düzenlemeler mevcuttur. Yönetmeliğin 24/4. maddesi

---

771 Köprülü, s. 595.
772 Y.4.HD., E 1976/6297, K. 1977/254 (Köprülü, s. 595).
773 Deryal, Tıbbi, 9; Şahiniz, s. 744; Ersöz, s. 116; Tag, s. 201; Ünver, Rıza, s. 253; Sevük, s. 230.
774 Deryal, Tıbbi, 9; Şahiniz, s. 744; Cassani, s.245; Ünver, Rıza, s. 253.
775 Şahiniz, s. 744; Ersöz, s. 116.
776 Ünver, Rıza, s. 254.

...hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.

şeklinde açıkça bir düzenleme getirmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 25. maddesi

Kanunen zorunlu olan 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 paralel bir düzenleme yapmıştır. Tıbbi müdahalenin ortasındayken hastanın veya temsilcisinin vermiş oldukları onam vazgeçmeleri tıbbi yönden sakınca olmamasına bağlıdır Tıbbi yönden sakıncanın olup olmadığına müdahaleyi gerçekleştiren hekim karar verecektir. Bu karar, hastanın iradesiyle tıp biliminin gerekleri arasında bir denge kurularak ve hastanın sağlığının korunarak verilmelidir[777].

6. Aydınlatılmış Onamda İrade Sakatlığı

Ceza hukukunda tıbbi müdahaleden önce yapılması gerekli aydınlatma, hukuken geçerli bir rızanın ayrılmaz bir parçası olup yokluğu rızanın da yokluğu anlamına gelir. Bilmeden yapılan bir tercih, sağlıklı bir tercih değildir ve hukuksal kurumun sonuçlarını doğurmayacaktır[778]. Aydınlatılmış onamın geçerli olabilmesi açıklanan bilgilerin hastanın anlamasına ve kavramasına bağlıdır. Bu nedenle hekim hastasını aydınlatırken anlayabileceği bir dille anlatmalıdır. Yine bilgilendirme hastayı yönlendirecek şekilde olmamalıdır. Önerilen tıbbi müdahalenin risklerinin saklanması ya da küçültülmesi yaraların abartılması hastanın onam vermeme

777 Deryal, Tıbbi, s. 9.
778 Ünver, Rıza, s. 239; Bayraktar, Bilme Hakkı, s. 103.

yönündeki direncini kırmak amacıyla ortaya çıkabilecek olumsuzlukların büyütülmesi irade sakatlığına yol açabilecektir[779].

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan rızanın geçerli olabilmesi için hastanın iradesini sakatlayan hata, tehdit ve hile gibi hallerden birinin olmaması gerekir[780]. Hastanın tıbbi müdahale hakkında eksik, yanlış aydınlatılması ya da hiç aydınlatılmaması iradesinin sağlıklı olarak gelişimini engelleyeceğinden tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bu durumu önleme yükümlülüğü hekimdedir. Hastadan aydınlatılmış onam alırken herhangi bir konuda onu baskı altına almak telkinlerde bulunmak iradesini sakatlamak yönündeki girişimler olarak kabul edilir[781].

J. Aydınlatılmış Onamın İhlalinden Doğan Sonuçlar

Hekimin hastadan aydınlatılmış onam almadan yapmış olduğu tıbbi müdahale hukuka aykırıdır. Hekim onamsız müdahalede bulunarak vücut bütünlüğüne haksız bir şekilde zarar vermiş olur[782]. Bu durum ceza hukuku açısından -tıbbi müdahalenin sonucuna bağlı olarak- taksirle yaralama veya öldürme suçuna vücut verir. Özel hukuk açısından sorumluluk nedeni olup hekim zararı gidermekle yükümlüdür. Aynı şekilde rızanın (aydınlatılmış onamın) sınırlarının aşılması hali de hukuka aykırıdır. Rızanın kapsamını aşan hekim hakkında TCK md. 27/1 uyarınca işlem yapılmasının yanı sıra bu sınırın kasten aşılması durumunda önceki rızaya rağmen hukuka uygunluk sebebinden kısmen dahi de olsa yararlanamayacaktır[783] .

1. İhlalden Sorumlu Kişi

Aydınlatmayı yapmakla yetkili, resmi görevli hekim sorumludur[784]. Yukarıda "Aydınlatma Yükümlüsü" başlığı altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır[785].

---

779 Kara/Hızal/Hızal, s. 16.
780 Ünver, Rıza, s. 259.
781 Boran, Aydınlatılmış, s. 93.
782 Boran, Aydınlatılmış, s. 93.
783 Ünver, Rıza, s. 237.
784 TTB Yüksek Onur Kurulu Kararına konu olan olayda Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde yatmakta olan hastaların zorla kaçırıldıkları ve tecavüze uğradıkları iddiasıyla hekim, genç ve bekâr olan 6 hastayı bir gece baskınıyla bekâret kontrolü yapmıştır. Tıbbi hiçbir gerekçeyle

2. İhlalden Doğan Sorumluluğun Kapsamı

Aydınlatılmış Onamın ihlalinden doğan sorumluluğun kapsamı, hastanın uğramış olduğu tüm maddi (tedavi giderleri, yoksun kalınan kazanç) ve manevi zararlardır. Bununla beraber eğer hastanın sağlığına bir zarar verilmemiş ya da herhangi bir komplikasyon gelişmemişse yalnızca onamın hatalı alınması ya da hiç alınmaması söz konusu ise sadece manevi tazminata hükmedilecektir. Sonuç olarak, aydınlatmadan doğan ihlallerde hasta maddi ve manevi zararını tazmin edebilecektir [786] . Ceza hukuku bakımından aydınlatılmış onama ait hatalar, aydınlatılmış onamın hiç yapılmamış olması anlamına geleceğinden meydana gelen neticeye göre kasten adam yaralama ya da öldürme suçuna vücut verir.

3. İhlalin İspatı

Öncelikle hukukumuzda aydınlatmaya ilişkin ispat külfetinin kimin üzerinde olduğu konusunda açık bir hükmün olmadığı belirtilmelidir. Peki, ispat konusunda ispat mükellefiyeti kimde olacaktır? Diğer bir deyişle, aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığının, hatalı ya da gereği gibi yapılıp yapılmadığının ispatı kime ait olacaktır? Bugün için ispat, mahkemelerde ceza ve hukuk davaları için farklı şekillerde uygulanmaktadır. Bu nedenle biz her iki şekli de incelemeyi uygun gördük.

Aydınlatılmış onamın iki ayrı hukuki temeli vardır. Bunlardan birincisi hasta hekim arasındaki tedavi sözleşmesi ikincisi ise rızanın geçerlilik şartıdır. Aydınlatılmış onamın dayanağını Anayasa'dan aldığını ve kendi geleceğini bizzat kendi belirleme hakkının uygulamadaki somut göstergesi olduğunu belirtmiştik. Hasta özerkliği anlamına gelen bu kural ihlal edilecek olursa yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğun koşullarından biri de müdahaleye gösterilen rızadır. Hukuka uygunluğun varlığından hekim istifade edeceğinden bu konudaki ispat yükü de ona düşecektir. Dolayısıyla hekim, hastayı

açıklanamayan bu uygulama için hastaları onayı olmadan zorla muayene eden hekim hakkında bir ay meslekten alıkoyma cezası verilmiştir (Kara/Hızal/Hızal, s. 48).

785 Bkz. §4/III/İ/1 başlığı altındaki açıklamalara.

786 Özsunay, Alman, s. 57.

müdahale konusunda aydınlattığını ispat etmelidir[787]. Kendisine karşı açılan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali davasına karşı hekim, hastayı yapılan tıbbi müdahale konusunda aydınlattığını elindeki her türlü belgeyle ve tanık dinlettirerek ispat edebilecektir.

Hekim, kişilik hakkını koruyan hükümlerin yanı sıra tedavi sözleşmesi gereği de hastayı aydınlatmakla görevlidir. Burada karşımıza hekimin sözleşmeden doğan bir borcu çıkmaktadır. Bilindiği gibi akdi yükümlülüklerde yükümlülüğün ihlali iddiasıyla açılan davalarda iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür[788]. Aydınlatılmış onam alınmadığını iddia eden hasta bunu ispat etmelidir. Ancak böyle bir durumda hekim karşısında zayıf durumda olan hastayı korumak amacıyla ispat külfeti ters çevrilip bu ispat hekime de yüklenebilir[789]. Kaldı ki çoğu olayda hastanın aydınlatılmadığını ispat etmesi hekime oranla oldukça güçtür. Bu nedenle ispat hekime ait olmalıdır[790]. Yargıtay böyle durumlarda ispat yükünün hekime ait olacağını açıkça şöyle belirtmiştir[791]: *"...muayyenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer..."*. Bizce de bu tür davalarda ispat, özellikle ağır kusurun bulunduğu durumlarda hastanın ispat yükü konusunda fazla katı davranılmamalıdır. Çünkü hasta tıp sanatını konusunda fazla bilgili değildir. Yine deliller hekimin kontrolü altında olup çoğu kez hasta tarafından elde edilmesi olanak dışıdır. Çünkü aydınlatmayı hekim yapmakta ve konuya ilişkin belgeler de kendisinde bulunmaktadır[792]. Hekim bu gibi durumlarda aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlüdür. Yani hastanın ispat etme zorunluluğu yoktur.

---

787 Ayan, s. 86; Fransa Yargıtayı da bu yükümlülüğün hekimin yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir (Hakeri, Tıbbi, s. 34); Deryal, Özel, s. 141.

788 Kaneti, s. 534; Özsunay, Alman, s. 56; Zafer Zeytin, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı**, İstanbul 2005, s. 146.

789 Ayan, s. 86; Sert, Hasta, s. 237.

790 Özsunay, Alman, s. 56; Ersöz, s. 119; Hakan Hakeri, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Y. 2, Cilt: III, s. 43; Deryal, Özel, s. 141; Öztürkler, s. 176.

791 4.HD., E.1976/6297, K. 1977/2544, YKD, Y. 1978, Cilt: 4, Sayı: 6, s. 909.

792 Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, Aydınlatma, s. 43; Karşı yönde görüş için bkz. Ali Cem Budak, "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 355.

Yukarıda yapılan açıklamalar hukuk davaları için geçerli olup ceza dava muhakemesi için geçerli değildir. Ceza muhakemesi hukukunda *"vicdani ispat sistemi"* geçerlidir. Bu sistemin iki unsuru bulunmaktadır. İlki, kanuni ispat ve delil sisteminin olmayışı (her şey delil olabilir), ikincisi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi[793]. İhlalin ispatı konusunda klasik ceza muhakemesi ilkelerinden ve vicdani serbest ispat aracı ispat sisteminden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmadığı gibi bu sistemden ayrılmanın ceza muhakemesi sistemine zarar vereceği ve çökerteceği açıktır[794]. Ceza muhakemesi hukukunda ispat yükü (külfeti) sorunu yoktur[795]. Yani ceza muhakemesinde bir tarafa bir olgunun ispatının yüklenmesi ve bunu ispat edemediği takdirde o olgunun sonuçlarının o tarafa yükletilmesi mümkün değildir. Savcılık şüphelinin hem lehine hem aleyhine delilleri araştırmalı, mahkeme re'sen yapacağı araştırma ile maddi gerçeği ortaya çıkarma hususunda bir karara varmalıdır[796]. Sanığa susma hakkı tanıyan bir ceza hukuku sisteminde ispat yükünden söz edilemez[797]. Daha önce değinildiği gibi, rızanın yazılı şekle bağlanması ceza muhakemesi açısından sadece şekil açısından kolaylık sağlamakta fakat kesin bir ispat aracı olarak kabul edilmemektedir. Yazılı olarak alınan aydınlatılmış onam belgesinin iddia konusu olguyu kesin olarak ispatlayan bir gücünün varlığının soyut olarak önceden kabul edilmemesi gerekir. Çünkü bu sadece bir delil veya emare olmakla birlikte, aksi her tür delille çürütülebilmektedir[798]. Zira ceza hukukunda her şey delildir[799]. Sonuç olarak, aydınlatmanın ispat edilebilmesi için tüm risklerin açıklayıcı biçimde yazılı hale getirilmesi yararlı olmakla birlikte bu konuda kesin bir zorunluluk yoktur. Gerekirse tarafların sorgulanması yoluyla sağlamlaştırılabilecek, genel olarak hekim tarafından gerçekleştirilen aydınlatma

---

793 Ali Kemal Yıldız, "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 407.

794 Ünver, Rıza, s. 281.

795 Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006, s. 603; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara 2007, s. 394, Veli Özer Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 357.

796 Özbek, s. 603.

797 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 394.

798 Ünver, Rıza, s. 282.

799 Özbek, Tıbbi, s. 358.

yükümlülüğüne ilişkin olan bir konuşma hususundaki inandırıcı olan bir beyan ispat konusunda yeterli olabilecektir.

İspat konusuna ilişkin son bir açıklama, temel ceza muhakemesi ilkesi olan şüpheden sanık aralanır ilkesinin burada da geçerli olacağıdır. Tıbbi müdahaleden önce aydınlatmayı yapıp yapmadığı hususunda suçlanan hekim, herkes gibi bu ilkeden yaralanabilecektir.

4. Sorumluluktan Kurtuluş

Hekime karşı açılan aydınlatılmış onama ilişkin davalarda hekimin bir takım kurtuluş olanakları mevcuttur. Hekim öncelikle hastayı gereği gibi aydınlattığını ispat ederek kurtulabilir. Burada özellikle hastaya imzalatılmış aydınlatılmış onam formlarının önemi belirtilmelidir. "Aydınlatmanın Şekli" başlığı altında yazılı olan açıklamalar doğrultusunda düzenlenmiş form ispat kolaylığı sağlayacaktır[800].

Hekime karşı açılan zararın giderimi davasında davalı "önüne geçilen (geride kalan) nedensellik ilkesine" dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Yani hekim, hasta gereği gibi aydınlatılmış olsaydı yine tıbbi müdahaleye rıza göstereceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Aynı şekilde hekim, hasta rızasını vermemiş ve tıbbi müdahale yapılmamış olsaydı dahi aynı zararın meydana geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulur. Bu duruma örnek hekimin yaptığı kanser ameliyatları örnek verilebilir[801].

Sorumluluktan kurtulmanın diğer hali, hekimin hastanın kişisel kusuruyla nedeniyle zararın doğumuna birlikte sebep olduğunu ispat etmesidir. Örneğin, hastaya aydınlatılmış onam formunu daha önceden verdiğini ancak hastanın hastalığı hakkında ayrıntılı soru sormadığını belirten hekimin durumu gibi[802]. Daha açık bir anlatımla, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği iddiasıyla tazminat davasının açıldığı durumlarda, hastanın hekim tarafından riskler konusunda yeterince aydınlatılmamış olması ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağını ortaya koyamamış olması, bu durumu gösterememiş olması gerekir[803]. 1977 tarihli

800 Bkz. §4/III/İ/4 başlığı altındaki açıklamalara.
801 Özsunay, Alman, ss. 57-58; Yenisey, s. 875.
802 Özsunay, Alman, ss. 57-58.
803 Yenisey, s. 875.

Yargıtay'ın verdiği kararın sonuç kısmında hekimin aydınlatmayı ispatı konusunda şu şekilde görüş bildirilmiştir:

> *davalının davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer…..nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana gelebileceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edemediğine göre meydan gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelendirilen zararlı sonuçtan sorumludur.*[804].

K. Aydınlatılmış Onam Konusunda Yanılgı

Hukuken gerekli aydınlatma sonrasında alınması gerekli rızanın nitelikleri hataya düşülmesi durumunda, sorumluluk değerlendirilmesiyle ilgili TCK md. 30/3 ve TCK md. 26/2 nazarında bir hata değerlendirilmesi yapılması ve sonucuna göre bir uygulamaya gidilmesi gereklidir[805].

Varsayılan rızada özen yükümlülüğünün sınırlarında yanılgıya düşülmesi halinde kusurluluk ortadan kalkacaktır. Ancak varsayılan iradenin araştırması sonucunda elde edilen verilere uygun olmayan bir değerlendirme yanılgı olarak kabul edilemeyeceğinden kusurluluğa etkisi olmayacaktır[806]. Örneğin, acil servise gelen Yahova şahidi kanamalı bir hastaya kan veren hekim eğer hastanın bu özelliğini biliyorsa yapmış olduğu tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır.

IV. HAKKIN İCRASI, İLGİLİNİN RIZASI ve TIBBİ HATA İLİŞKİSİ

Yukarıda hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle meydana gelen taksirli öldürme suçlarında hukuka uygunluk sebepleri içerisinde sayılan hakkın icrası ve ilgilinin rızası, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için ön koşul niteliğindedir. Bu ön koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen, hekimin müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış, hekim tıbbi müdahaleyi kusurlu bir şekilde yapmış

---

804 Bayraktar, Hekimin, s. 127.
805 Ünver, Rıza, s. 238; Sevük, s. 230.
806 Erman, s. 152.

ise hekimlik mesleği icrasının yapılmış olması ve aydınlatılmış onam hekimin sorumluluğunu kaldırmaz[807].

Hekimin hastayı ameliyat etmesi bakımından hem ilgilinin rızası hem de hakkın icrası hukuka uygunluk sebepleri bir arada bulunur[808]. Ameliyat başarısız olduğunda, hekim, hekimlik mesleğinin icrasını gerçekleştirdiğini ve hastanın tıbbi müdahaleye rızasının olduğunu savunarak meydana gelen zarardan sorumlu olmadığını ileri süremeyecektir[809]. İlginin rızası, eylemin hukuka uygunluğunu sağlamak açısından çok önemli ve gerekli olmakla birlikte her zaman tek başına yeterli değildir. Bazen tek başına yetmekte, bazen hakkın icrası hukuka uygunluk nedeniyle birlikte bulunmakta, bazen rıza, hakkın icrası ve yetkili makamın belirli hukuksal koşullarının varlığı (uzmanlık gibi) aranmakta Bazen de izin verilen risk kuramı ile birlikte uygulanmaktadır. Yine bazı hallerde kişinin kendi bedeni üzerinde etkili olmayıp, tıbbi müdahaleye rıza ile yapılan müdahalenin sonradan başkalarının hukuksal değerini sonradan dolaylı ya da dolaysız ihlal edeceği veya etme tehlikesi göstereceği durumlarda, kanun koyucu rızayı ehliyeti geçersiz saymakta veya diğer bazı ek koşulları zorunlu şart olarak koşmaktadır[810]. Tıbbi zorunluluk bulunmadığı sürece hastanın rızası ilk plandadır. Ancak tıbbi zorunluluklar söz konusu olduğunda hakkın icrası ön plana çıkar. Hakkın kötüye kullanımı anlamına gelmediği sürece ön planda tutulan yapılması gerekli olan tedavidir[811].

Tıbbi müdahaleye rıza, tıp biliminin gereklerine uygun, kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiştir[812]. Kişi sağlığının yerinde olup olmadığının yani hasta olup olmadığının, hasta ise ne tür hastalığa yakalandığının bilinmesi ve tedavi edilmesi amacıyla tıbbi müdahaleye rıza göstermektedir[813]. Öğretide aydınlatma ve rıza, silah taşıma ruhsatına benzetilir. Taşıma ruhsatı, sadece silahın taşınmasını hukuka uygun kılmakta, ancak silahın yanlışlıkla ateş alması durumunda, faili sorumluluktan kurtarmamaktadır[814]. Hekim tarafından ameliyata alınan bir hastanın hekimin taksirli

---

807 Hakeri, Tıp, s. 317; Ünver, Alman, s. 143; Özgenç, Tıbbi, s. 2186.
808 Sevük, s. 225.
809 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 319.
810 Ünver, Rıza, s. 230.
811 Öztürkler, s. 235.
812 Tıbbi müdahaleye rıza, aynı zamanda aydınlatmanın eksik olduğu durumlarda dahi müdahalenin tıp biliminin gerektirdiği biçimde yapılacağı hususunda zımni rızanın varlığı anlamına gelmektedir (Ünver, Alman, s. 147).
813 Özgenç, Tıbbi, s. 2176.
814 Hakeri, Tıp, s. 318.

davranışı sonucunda yaşamını yitirmesi durumunda taksirli ölüm nedeniyle hastadan aldığı usule uygun aydınlatılmış onam (hastanın rızası) taksirli öldürme suçu bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü hasta rızasını tedavi olmak iyileşmek amacıyla vermiş olup meydana gelen ölüm neticesi bakımından vermemiştir. Dolayısıyla hastanın rızası burada hekimin taksirli fiiline karşı verilmemiş olup rızanın bu yönde varsayılan rıza olarak kabul edilmesine de olanak yoktur. Aydınlatılmış onam formlarında belirtilen olası neticeler (baş ağrısı, baş dönmesi, hissizlik, kısmi felç, ölüm vs. gibi) hekimin hukuka uygun tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelebilecek komplikasyonlar için geçerlidir. İlgilinin rızası, söz konusu bu neticeler bakımından hukuka uygunluk oluşturup hekimi sorumluluktan kurtaracaktır. Kaldı ki hasta yaşamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Hastanın ölüm neticesine rıza göstermesi yapılan fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmaz ve fail taksirli ölüm neticesinden sorumlu tutulur.

Hekim tıbbi müdahaleyi hukuka uygunluk koşullarını sağlayarak ve tıp biliminin gereklerine göre ve kusursuzca yapmış olmasına rağmen müdahale olumsuz sonuçlansa bile sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak hekim komplikasyon dediğimiz bu durumda aydınlatma ve rızayı hukuka uygun şekilde almamışsa yine sorumluluğu doğacaktır. Çünkü aydınlatma hataları yapılan müdahalede sorun yaşanmasa bile tıbbi hata olarak kabul edilir. Geçersiz bir rıza tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmektedir. Dolayısıyla bu şekilde yapılan tıbbi müdahale sonucunda hastanın iyileşmiş olması, cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

BEŞİNCİ BÖLÜM
SUÇUN MANEVİ UNSURU

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucu meydana gelen öldürme suçu, taksirle de işlenebilir.

I. TAKSİR KAVRAMI

A. Taksir ve Mesleki Taksir Tanımı

1. Taksir

Taksirin sözlük anlamı, *kusurda bulunma*dır[815]. Yine taksir, Arapça kökenli bir sözcük olup, *kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme, kabahat ve günah* anlamları taşır[816]. Taksir, kısaca gereğini yapmama, eksik yapma, kendisinden beklenen özeni göstermeme demektir[817].

Taksir, hukuki olarak, öğretide tanımlanmaya çalışılmıştır. Taksir, "*Failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi"* olarak[818] tanımlanabilirken "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi"* şeklinde de[819] ifade edilebilir. Diğer bir tanım "*neticenin fail tarafından tahmin edilebilir olduğu halde tahmin edilememesi veya tahmin edilebilir olduğu halde istenmemesi"* şeklindedir[820]. Taksir, sosyal ödevlere aykırı bir ihtiyatsızlık, yakını bile göremeyen boş verici bir tutum olarak da tanımlanabilir[821]. Son olarak taksir, "*failin özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi durumunda meydana gelen neticeden sorumlu olması, kınanabilmesi"* olarak da tanımlanabilmektedir[822].

---

815 TDKS, s. 1407.

816 İçel, Taksir, s. 22; İçel/Evik, s. 195, Koca/Üzülmez, s. 187; Hakeri, Ceza, s. 169; Demirbaş, s. 358; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 44; M. Öztürk, s. 3; Keskin, s. 81.

817 Centel/Zafer/Çakmut, s. 394.

818 Demirbaş, s. 358; Akpınar, s. 5.

819 Hakeri, Ceza, s. 169; Mahmutoğlu, Kusurluluk, s. 89.

820 İçel/Evik, s. 195; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 479.

821 M. Öztürk, s. 3.

822 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 453.

5237 sayılı ceza kanunumuz 765 sayılı eski ceza kanununun aksine taksiri tanımlamıştır. Buna göre taksir, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir"*(TCK md. 22/2).

Taksir aslında umursamazlıktır. Kişi aslında suç işlemek istememekle birlikte hukuk düzeninin gereklerine de aldırış etmemektedir. Diğer bir deyişle, kişi kendisinden beklenilen ve göstermek zorunda olduğu özeni göstermeyerek suç tipinde belirtilen neticenin gerçekleşmesine yol açmaktadır[823].

Taksirden dolayı failin cezalandırılması özen yükümlülüğünün yaygınlaşmasını gerektiren faaliyetlerin artmasının bir sonucudur[824]. Özellikle son yıllarda trafik suçlarındaki artış ile endüstri ve tıbbi müdahale olanaklarının artması nedeniyle taksirli suçların uygulamadaki önemi artmıştır[825]. Gerçekten de kişilerin taksirli suçlar nedeniyle cezalandırılmaları yoğunlaşan toplumsal yaşam içerisinde kişileri daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk etmektedir[826]. Yasa koyucu failin gerekli özeni dikkati göstermeyerek toplumsal düzene zarar vereceği düşüncesi ile bu tür fiilleri ceza kanununda suç olarak düzenleme yoluna gitmiştir [827]. Taksirin cezalandırılması sayesinde kişilerin hukuki düzen ve disipline uygun hareket etme konusundaki iradeleri kuvvetlendirilmiş olur [828].

2. Mesleki Taksir

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki mesleğin icrasından kaynaklanan mesleki taksir[829], ne ceza hukukunda düzenlenen taksirden farklıdır ne de ceza hukukunda ayrı bir kusurluluk şekli olarak düzenlenmiştir[830]. Mesleki taksir sorunu uzun süredir

---

823 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 452.

824 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 452.

825 Öztürk/Erdem, s. 251.

826 Hakeri, Ceza, s. 169; Çağlayan M. Muhtar, "Tedbirsizlik ve Dikkatsizlikle Ölüme Sebebiyet Verme", **Adalet Dergisi**, Aralık 1955, Cilt: XXIX, Sayı: 12, s. 547.

827 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 452.

828 Çağlayan, s. 546.

829 Bazı yazarlarca mesleki taksir kavramı hekimin sorumluluğuna yol açacak olayların takdirinde hâkime yardımcı olacağı düşüncesiyle kavramın teknik anlamda korunması gerektiğini savulmaktadır (Ayan, s. 107).

830 Bayraktar, Hekimin, s. 206; İçel, Taksir, s. 202; Çakmut, s. 244; Yarsuvat Duygun, Trafik Suçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 124; Keskin, s. 149; M. Öztürk, s. 27; Ünver, Risk, s. 329.

hukukçular tarafından tartışılmıştır. Bu tartışmalar, mesleki taksir kavramı, mesleki taksire ilişkin ortaya çıkabilecek sorunlar ve yaptırımın ne şekilde olacağı konusunda yoğunlaşmıştır. Öğretide bazı yazarlarca[831] mesleki taksirin genel taksirden farklı olduğu ileri sürülse de ağırlıklı görüş[832], mesleki taksirin genel taksirden farklı olmadığı yönündedir. Bizce mesleki taksiri ceza hukukunda düzenlenen taksirden farklı görmenin herhangi anlamı olmadığı gibi pratik bir yararı da yoktur. Çünkü mesleki taksirin tespiti yine ceza hukukundaki genel taksir kurallarına göre yapılacaktır. Kaldı ki ceza hukuku her ayrı mesleği içeren bir taksir türü düzenleyemez. Düzenlediği zaman suça ilişkin yaptırımı diğer taksirli suçlarda olduğu gibi aynı maddelerde veremez. Meslek icra edenlerin yapmış oldukları hareketlerin kusurlu olup olmadığı genel ceza hukuku kaidelerine göre değerlendirilecektir. Burada önemli olan diğer yazarların da belirttiği gibi taksirin bir unsuru olan öngörülebilirliğin mesleki taksir açısından taşıdığı önemdir. Özellikle hekimin yaptığı tıbbi müdahalede neticeyi öngörüp öngöremeyeceği bilirkişiler tarafından değerlendirilecektir[833].

Kanunlarda tanımı yapılmayan ve ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından tanımı yapılan meslek kusuru, *tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlali*ni ifade eder[834]. Mesleki taksir, belirli meslek mensuplarının meslek ve sanatlarını icra ederken tedbirsiz, dikkatsiz, acemi veya emir ve nizamlara aykırı hareket etmesi, meslek sanatını icra ederken kusurlu

---

831 Bu yazarlara göre, belli bir mesleği icra eden kişi, yaptığı işin niteliği gereği meydana gelebilecek zararları önceden öngörebilmek ve engelleyebilmek için daha büyük özen göstermelidir. Bu kişiler toplumdaki diğer kişilerden daha fazla sorumluluk altındadır ve görevi kötüye kullanarak toplumun güvenini zedeledikleri için buradaki taksirin unsurları da farklılaşmaktadır (Bayraktar, Hekimin, s. 206; Sair Erman, "Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk" (Çev., Süheyl Donay), **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968 s. 599).

832 Bu yazarlara göre, iki taksir arasında bir fark yoktur. Mesleki taksir yalnızca meslek üyelerinin yaptığı taksir anlatan özel bir kavramdır. Mesleki taksirde tıpkı taksir gibidir hukuki esaslar aynı olup tek bir taksir vardır. Ceza kanununda her meslek için ayrı bir mesleki taksir düzenlemeye olanak yoktur (Yarsuvat, s. 124, Çakmut, s. 246); **Ayan,** somut olayda hekimin kusurlu hareketiyle meydana gelen neticenin mesleki taksir adı altında bir kavram oluşturulmamış olsaydı bile genel esaslar çerçevesinde sorumlu tutmanın mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda mesleki taksir, özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey değildir (Ayan, s. 107); **Aşçıoğlu**'na göre, "doktorların davranış ve eylemlerinde doktorluk kusuru diye kendine özgü bir kusur çeşidi söz konusu değildir." (Özpınar, s. 276); Keyman, s. 77.

833 Bayraktar, Hekimin, s. 206; Çakmut, s. 247; Henrich Gebauer, "Mesleki Taksir İçin Cezai Sorumluluk" (Çev. Kayıhan İçel), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 1967, Cilt: XXXIII, Sayı: 1-2, s. 305; Ünver, Risk, s. 333.

834 Özpınar, s. 276.

davranmasıdır[835]. Mesleki taksir, failin bedeni ve akli şartlarına göre sahip olduğu yeteneğin sonucu olarak kendisinden beklenilen dikkat ve özeni yerine getirmemesi olarak da tanımlanabilir[836]. **Ayan**, mesleki taksiri *"hekimin kusurlu bir şekilde tıp bilimi ve uygulamasınca tanınıp kabul edilmiş kurallara aykırı hareket etmesi olarak tanımlamıştır*"[837]. **Erman** ise mesleki taksiri "*bir meslek ve sanatın kamusal veya özel görevin icrasında yapılan her türlü taksir"* olarak tanımlamıştır[838]. Mesleki taksir kavramı geniş bir alana sahip olup, tüm meslek mensuplarının görevlerini icra ederken yaptığı her türlü taksirli hareketler, mesleki taksir içinde yer alır[839]. Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin bilmesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, mesleki taksir olarak değerlendirilir[840]. Bu hareketlerin ne olduğu[841] diğer başlık altında detaylıca anlatılacaktır.

Mesleki taksir kavramı, modern yaşantının bir sonucu olarak, gelişen teknolojinin beraberinde getirdiği iş, trafik kazalarının artması ve mesleki teknik koşulların gelişerek karmaşık bir hal alması sonucu ortaya çıkmıştır[842]. 1961 yılında Lizbon'da ve 1966 yılında Uppsala'da yapılan uluslar arası ceza hukuku kongrelerinde mesleki taksir kavramı ortaya konmuştur[843].

Mesleğin ifası sırasında meydana gelebilecek zararlı neticeleri önlemek, mesleğin tıp biliminin gereklerine göre yürütülmesini sağlamak açısından bir takım mesleki ve hukuki kuralların oluşturulması ve bunlara uyulması gerekmektedir. Söz konusu kurallara uymamak, mesleği icra ederken özensiz ve dikkatsiz davranmak mesleki taksire yol açacaktır. Mesleki taksir, yalnızca acemilik şeklinde ortaya çıkmayıp her türlü taksirli hareket, mesleki taksire yol açar. Örneğin, bir hekimin her türlü taksirli hareketi mesleki taksir içinde mütalaa edilir.

Mesleki taksirin ne şekilde cezalandırılması gerektiği konusunda öğretide tartışmalar yaşanmıştır. Öncelikle mesleki taksirin derecelendirilmesi yoluna

---

835 Bayraktar, Hekimin, s. 205; İçel, Taksir, s. 202; Çakmut, s. 244; Yarsuvat, s. 124; Keskin, s. 149; M. Öztürk, s. 28; S. Erman, s. 592; Keyman, s. 76; Öztürkler, s. 239.

836 Gebauer, s. 305.

837 Ayan, s. 90.

838 S. Erman, s. 592.

839 İçel, Taksir, s. 203; Çakmut, s. 245; Keskin, s. 149; Ünver, Risk, s. 329.

840 Özpınar, s. 276.

841 İncelemiş olduğumuz YSŞ kararlarında genellikle hekimlerin mesleki bilgi ve beceri eksikliği nedeniyle yanlış tanı koyma ve tedavi etme ile tıbbi standartları yeterince uygulamadığına rastlanmıştır.

842 İçel, Taksir, s. 205; Yarsuvat, s. 124. Ünver, Risk, s. 330.

843 S. Erman, s. 589.

gidilmiş, hafif taksirde adli ve idari para cezaları ile emniyet tedbirlerinin uygulanması öngörülmüş ağır taksirde cezai yaptırımların uygulanması fikri ortaya atılmıştır. Özellikle mesleğin icrası sırası yapılan taksiri cezalandırmak bakımından emniyet tedbirlerinin uygulanmasının mesleki faaliyetlerin devamı sırasında benzer hataların önlenmesi açısından daha yerinde olacağı düşünülmüştür. Cezai yaptırımın ise yalnız ağır ihmallerde ve zararlı bir sonucun meydana gelmesi halinde uygulanması gerektiği savunulmuştur[844].

Mesleki taksir, tıp alanında meydana gelince, yukarıda ileri sürülen düşünceleri kabul etmemek gerekir. Hekimin mesleğini yerine getirirken yapmış olduğu taksirli hareketleri derecelendirmek doğru değildir[845]. Hafif kusurlarda cezai yaptırım yerine mesleki, idari veya seçenek yaptırımlar uygulamak işin niteliği gereği uygun olmayacaktır. Bilindiği üzere, hekimin fiillerinde izin verilen risk ve hakkın icrası ile tıp bilimini verilerine uygun olarak mesleğini ifa eden hekim açısından sorumsuzluk alanı vardır. İleride bahsedeceğimiz gibi bazı durumlar tıbbi hata olarak değerlendirilmeyip kusursuzluk alanı içerisinde mütalaa edilmektedir. Dolayısıyla hukukun izin verdiği bu alan dışında hekimin kusurlu hareketlerinin derecelendirip yeni bir sorumluluk ve/veya sorumsuzluk alanı oluşturulmasının gereği yoktur.

B. Taksirin Benzer Kavramlardan Ayırımı

Taksir, uygulamada en fazla hata kavramı ile karışmaktadır. Bu durum özelikle eski TCK döneminde daha sık yaşanmaktaydı. 5237 sayılı kanun taksirin tanımını açık ve net bir biçimde ortaya koymuştur. Hatada fiili yapma kastı olmamakla birlikte kasıtlı bir eylem vardır. Hatada netice kesinlikle bilinmemekte ve algılanamamaktadır. Taksirde ise netice algılanabilir niteliktedir[846].

Taksirle karşılaştırılan diğer bir kavram kazadır. Kazada zararlı netice zekâ, muhakeme ve mantıkla önceden algılanamaz. Yine kazada uyulması gereken bir dikkat özen emir ve kural söz konusu değildir. Taksirde ise bunların hepsi

844 Gebauer, ss. 310-311; S. Erman, s. 598; Bayraktar, Hekimin, s. 225.
845 Bayraktar, Hekimin, s. 225; Çakmut, s. 247.
846 Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 46.

mevcuttur[847]. Tahmini mümkün olan netice önceden tahmin edilememişse taksir vardır. Eğer meydana gelen neticenin önceden tahmin edilmesi mümkün değilse ve zararlı neticenin meydana gelmesine engel olamamışsa kaza vardır[848].

Son olarak, taksirle objektif sorumluluk arasındaki farktan bahsetmek gerekir. Objektif sorumluluk hallerinde de taksirli sorumlulukta olduğu gibi hareketin iradiliği ve hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. Yine taksir ve objektif sorumluluk halleri nedeniyle bir kişinin sorumluluk altına sokulabilmesi için kanunda açık bir hükmün bulunması gereklidir. Objektif sorumluluk ile taksirin yaklaştığı bir diğer nokta her iki sorumluluk şeklinde toplum kişilere bir takım dikkat ve özenli davranış biçimi yüklemiş olmasıdır. Bunun yanı sıra her iki sorumluluk türünde neticenin öngörülebilir olması gereklidir. Diğer bir deyişle, objektif sorumluluk hallerinde öngörebilme kriteri uygulanabilmektedir. Objektif sorumluluk hali ile taksirin ayrıldığı nokta, söz konusu öngörebilme kriterinin ne şekilde uygulanacağıdır. Objektif sorumluluk halinde uygulanacak öngörebilme kriteri objektif bir niteliktedir. Objektif sorumluluktaki öngörebilme kriterinin uygulanması bakımından kişinin içinde bulunduğu sosyal sınıfın orta yetenekli kişileridir. Yani tedbirli bir işçi, şoför veya doktorun aynı şartlar içinde gösterecekleri dikkat ve özen esas alınacaktır. Buna karşılık failin kişisel nitelikleri göz önüne alınmayacaktır. Yani neticenin öngörülebilir niteliği, taksirden farklı olarak objektif bir şekilde tespit edilecektir. Taksirli sorumlulukta ise öngörebilme kriteri belirlenirken sübjektif öngörme olanağı da araştırılır[849].

C. Taksirli Suçun Önemi

Geçmişte taksirli eylemleri önlemek ve cezalandırmak bakımından ceza yaptırımına başvurmanın uygun olup olmadığı uzun süre tartışılmış ve birçok hukukçu taksirli davranışlarda ceza yaptırımına başvurulmasını gerekli görmemiştir. Taksirde cezalandırmanın hukukî nedeni üzerinde uzun tartışmalar yapılmış ve öngörü teorisi, öngörü ve önleme teorisi, hukuka aykırı araçlar kullanma teorisi, psikolojik teori diye isimlendirilmesi mümkün çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu

847 Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 46.
848 Çağlayan, s. 549; Gökpınar, s. 226.
849 İçel, Taksir, ss. 130-131.

teorilerden hiç birinin tek başına taksirli suçlarda cezalandırmanın hukuki dayanağını açıklayamadığı ileri sürülmüştür.

18. yüzyılın ortalarından itibaren başlayan sanayi devrimi taksirli suçlara önem kazandırmıştır. Sanayi devrimine bağlı olarak makine insan hayatına girmiş motorlu araçlar insanın ayrılmaz bir parçası olmuştur[850]. Taksirli suç, sanayi döneminin ortaya çıkışıyla değişikliğe uğramıştır. Hukukçular sanayi faaliyetlerin gelişmesi karşısında bu faaliyetlerin topluma ve çalışanlara verebilecekleri olası tehlikelere karşı dikkati çekmeye çalıştılar. Daha ileriki dönemlerde bu faaliyetler sanayi alanın dışına çıkıp diğer tehlike ve risk içeren alanlarda da algılanmaya başlandı.

Bugünün modern dünyasında hemen hemen her alanda insanlar tehlike içerisindedirler. Örneğin, insanlar yeterince sağlam yapılmayan kötü binalarda yaşamakta; kurallara uyulmayan trafikte seyahat etmekte; teknik hatalar içeren tren veya uçaklara binmekte ve hastaneye tedavi hizmeti almak için başvurmaktadır. Tüm faaliyetler aynı zamanda yapısı gereği riskin yüksek olduğu faaliyetlerdir. Hal böyle olunca ceza hukukunun bu tür tehlikeli faaliyetler sonucu meydana gelen zarara sessiz kalması mümkün gözükmemektedir. Hatta bugün için ceza hukukunun yeni politikasının önleme bastırma yöntemiyle taksirli faaliyetleri kontrol altına alma çabası içinde olduğu gözlenmektedir[851]. Bugün, yavaş yavaş güç kazanan bir düşünüşe göre, taksirin cezalandırılmasında toplumsal zorunluluk vardır. Gerçekten hayattan ve teknikten edinilen görgü ve bilgiler sayesinde, belli bir toplumda, belli faaliyetlerde bulunan kimselerin, başkalarına zarar vermemek için bir takım tedbirler alması ve bazı hareket kurallarına uyması gerektiğini ortaya koyar. Bu kurallar, ortak toplum hayatından doğabileceği gibi. Devlet müdahalesiyle de varlık kazanmış olabilir1er. Taksirli suç, işte bu kuralların ihlâl edilmesinin sonucunda belirir. Ve fail, tedbirli ve sağgörülü davranmamış olduğu için sorumlu tutulur.

Günümüzde taksirli suçların önemi bir kat daha artmıştır. Yaşamın hemen her alanında icra edilen faaliyetler ve meslekler toplumda bir takım tehlikelere yol açmaktadır. Çalışma konumuzu oluşturan tıbbi hatalara ilişkin istatistikler

---

850 Keskin, s. 81.

851 Tullio Delogu, "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi" (Çev. Yüksel Ersoy), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1982, Cilt: 39, Sayı: 1-4, ss. 115-116; Koca/Üzülmez, s. 190; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 53.

incelendiğinde, hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle yol açtığı taksirli suçların önemi bir kat daha artmaktadır.

Hukukçular modern yaşamı kolaylaştıran teknik gelişmeleri topluma verebileceği tehlikeleri azaltmak amacıyla bu tür gelişmeleri ceza yaptırımıyla kontrol altında tutma girişiminde bulunmaktadırlar[852]. Bu amaç doğrultusunda *meşru risk* teorisini ortaya atmışlardır. Bu teorinin temeli riskli faaliyetlerin önlemler alınmak suretiyle yürütülmesi gerektiği; bu önlemlerin alınmış olması ve bunlara uyulmuş olması durumunda ceza sorumluluğunun doğmayacağı ve bu faaliyetlerde doğan sonuçların da umulmayan hal olarak kabul edileceğidir. Aksi halde verilen zarardan kişiler sorumlu tutulacaktır[853]. Faaliyetlerin ceza yaptırımıyla önlenmeye çalışılması, insanları basiretli davranmaya zorlamaktadır.

D. Taksirli Suçların Yapısal Özelliği ve Taksirin Çifte Fonksiyonu Görüşü

Türk Ceza Kanunu, 22/1. maddesinde "*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır"* demek suretiyle taksirle işlenen fiilleri kanunda suç olarak istisnai mahiyette düzenlemiştir.

Taksir bazı yazarlarca netice ve neticenin ifade ettiği değersizliği esas alan öğretiye göz önünde bulundurularak nitelendirilmektedir[854]. Oysa bu ifade taksiri açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır[855]. Taksir, soyut, yalın bir kusurluluk şekli değil; aynı zamanda haksızlığın gerçekleştiriliş şeklidir. Bugün ceza hukuku öğretisindeki ağırlıklı görüş, taksirin haksızlık (fiilin tipik sayılması) ve kusur şekli olarak çifte fonksiyona sahip olduğu yönündedir[856]. Taksirle işlenen fiillerde haksızlık ve kusur birbirlerinden ayrılmaktadır. Bu görüşe göre taksir çifte bir ölçüte göre değerlendirilir. İlk olarak, taksirli suçun haksızlık unsuru yani hareketin ifade ettiği haksızlığı (objektif özen yükümlülüğünün ihlali) ve hukuki değer ihlalinden

852 Delogu, ss. 116-117; Bakıcı, s. 9.
853 Delogu, ss. 116-117.
854 İçel, Taksir, ss. 104-107.
855 Özgenç, s. 249.
856 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 237; Özgenç, s. 250; Koca/Üzülmez, s. 193.

kaçınmak bakımından objektif olarak hangi davranışların arandığı araştırılır[857]. Buradaki objektif özen yükümlülüğü mutlaka bir hukuki değerle ilgili olmalıdır. Taksirle gerçekleşen soyut bir davranışın haksızlık unsurunu oluşturan özen yükümlülüğü failin kişisel özellikleri göz önünde bulundurulmadan belirlenir[858]. İkinci olarak, söz konusu davranışın failin kişisel özelliklerine ve yeteneklerine göre ondan beklenip beklenemeyeceği yani failin kişisel olarak kınanıp kınamayacağı araştırılır[859]. Taksirli bir eylemle gerçekleştirilen haksızlıklarda fail, algılama gücü, yetenek, deneyim, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar itibariyle özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır[860]. Bu durum sadece kusurluluk içinde yapılabilecek bir değerlendirmeyle tespit edilir[861]. Öyleyse taksir, kusurluluk içerisindeki bu işlevi nedeniyle kusurluluktan ayrı düşünülemez[862]. Örneğin taksirle adam öldürme suçunda suçun haksızlık unsuru (insanın ölümüne yol açma) kesin olarak belirlenemez. Taksirli davranış ancak neticenin failden beklenilen özenin ihlaline dayanması ve bu kişi tarafından öngörülebilmesine bağlıdır.

E. Taksirin Hukuki Esası

Taksirin hukuki esasına ilişkin olarak öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Çalışma konumuzun temelini oluşturan taksirin hukuki esasını açıklamak için teorileri detaylıca incelemeye geçmeden önce söz konusu teorilerin öğretide çeşitli şekillerde sınıflandırıldığı veya adlandırıldığını belirtmek isteriz. Biz bu başlık altında öğretide genel olarak kabul gören teorilerden bahsedeceğiz.

---

857 Koca/Üzülmez, s. 194; Özgenç, s. 250; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 237, 455; Özgenç, Kast, s. 347.

858 Özgenç, s. 250.

859 Koca/Üzülmez, s. 194; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 238, 455.

860 Özgenç, s. 257; Öztürk/Erdem, s. 251.

861 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 238.

862 Ceza kanununda taksirin kusur şekli olarak işlevini belirten maddeler TCK 22/4 ile 61/1-f maddeleridir.
TCK md. 22/4: "*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.*"
TCK md. 61/1-f: *"Hâkim, somut olayda; Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, …Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler."*

1. Etkin Sebep Teorisi

Etkin sebep teorisine[863] göre kişiler iradi davranışlarından kaynaklanan hukuka aykırı her neticeden sorumludurlar[864]. Burada iradi davranış ile sonuç arasında nedensellik bağının kurulması yeterli olmaktadır. Bu teori, "*iradi etkin sebep"* ve "*hukuka aykırı araç kullanma"* olmak üzere iki kavram temeline oturtularak açıklanmıştır. İradi etkin sebep, kişinin hukuk kuralını ihlal eden her hareketinden sorumlu tutulmasıdır. Kişinin neticeyi öngörebilmesi veya önleyebilir olması tartışılmamaktadır[865]. Hukuka aykırı araç kullanma ise kişinin hukuka aykırı bir hareketi gerçekleştirme amacı olmaksızın kullandığı araçların hukuka aykırı olmasıdır. Burada kullanılan araç hakkında hiçbir sübjektif araştırma yapılmaksızın sadece aracı kullanma sonucu meydana gelen neticeden sorumlu olma hali mevcuttur[866]. Bu teoriye göre, kişi hukuka aykırı bir araç kullanmakla iyi bir vatandaş olmadığını göstermiştir. Bu nedenle hukuka aykırı bir araçla meydana getirdiği zararlardan da sorumlu olacaktır[867].

Etkin sebep teorisi, yukarıdaki kavramların soyut kavramlar olması nedeniyle taksirin hukuki niteliğini açıklamaktan uzak kaldığı için eleştiriye uğramıştır. Özellikle hukuka aykırı araç kullanma kavramı bazı taksirli haller ve ihmali suçlarla uyuşmamaktadır. Bunu şu örnekle açıklayabiliriz: Bebeğini emzirirken uyumaması gereken annenin bebeğinin üzerine dönerek uyuması sonucunda bebeğinin ölümüne neden olması halinde annenin hukuka araç kullanmış sayılması olanaksızdır[868]. Bu teori, taksiri tesadüften, kasttan, objektif sorumluluktan ayırabilecek ölçütler geliştirmediği için de eleştirilmiştir[869]. Gerçekten bu teori, iradi davranışı yeterli

---

863 Öğretide bazı yazarlar bu teoride taksirin temelinden bahsederken kişinin kendisine yüklenen bir görevi yaparken ya da kendisine yüklenilen bir görevi yapma görevini göz önünde bulundurmayıp hukuka aykırı bir sonuca neden olmayı da unsur olarak kabul etmektedirler. Bu duruma *'hareketin göreve aykırılığı'* adını vermektedirler (Centel/Zafer/Çakmut, s. 395; İçel, Taksir, s. 58; İçel/Evik, s. 195).

864 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 485; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454. Centel/Zafer/Çakmut, s. 395.

865 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 485; Centel/Zafer/Çakmut, s. 395.

866 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 485; Demirbaş, s. 346; Dönmezer, s. 211; İçel/Evik, s. 196.

867 M. Öztürk, s. 9.

868 Demirbaş, s. 359.

869 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 486; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Keskin, s. 86; Dönmezer, s. 211.

görerek tesadüf ve taksiri aynı temele dayandırmıştır[870]. Bu teoriye yönlendirilebilecek bir diğer eleştiri, hukuka aykırı araçların kasti suçlarda da kullanılabilir olması nedeniyle taksiri belirleme de bir ölçüt olmayışıdır. Maddi nedensellik esasına dayanan bu teori, esasen kasti suçlarda aranması gereken nedensellik esasını taksirin esası haline getirdiği için kabul görmemektedir. Kaldı ki hukuka uygun araçlar kullanan kişi de pekâlâ taksirli suçun faili olabilecektir[871].

2. Yanılma Teorisi

Bu teori, taksirin sebebini "*kaçınılabilir hata"* olarak kabul etmiştir[872]. Herhangi bir hata yoksa taksir de yoktur. Diğer bir deyişle, failin kusuru kaçınılması mümkün olan bu hataya dikkatsizliği sebebiyle düşmüş olmasıdır. Fail bu hatadan kaçınabilecek bu hataya düşmeyecek hallerde taksir vardır[873]. Bu teoriye göre, hata, suçun herhangi bir unsuruna ait olabilir. Bu teori, bilinçli ve bilinçsiz taksiri suçun netice ve illiyet bağı unsurlarında yapılan hataya dayanarak açıklamaktadır. Bilinçsiz taksirde hata failin hareketi ile olası netice arasında akli birleşmenin bulunmayışından ibarettir. Örneğin, takımının galibiyet kutlamaları sırasından silahıyla havaya ateş eden kişinin etrafında bulunanları vurması. Teoriye göre, bilinçli taksirde hata ise akli birleşme yanlışlığıdır. Fail burada yanlışlığı görmekte ancak bunu engelleyebileceğini düşünmektedir. Örneğin, okulun bulunduğu caddede hızlı araba kullanan kişinin bu hareketi sonucunda okuldan çıkan bir öğrenciye çarpması. Sonuç olarak bu teoriye göre taksir yeterli dikkat gösterilmesi halinde kaçınılabilinecek hatadan ileri gelmektedir[874].

Bu teori, hatanın taksirin sebebini oluşturamayacağı ve gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle meydana gelen taksirin hatanın sebebini oluşturması nedeniyle eleştirilmiştir. Diğer bir deyişle mantık hatası yapılmıştır. Çünkü hata taksirden önce gelir[875]. Yine sadece hata kavramından yola çıkarak

---

870 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 486; Dönmezer, s. 211.
871 Dönmezer, s. 211.
872 İçel, Taksir, s. 67; Tartuk/Gökçen/Yenidünya, s. 494; İçel/Evik, s. 196; Demirbaş, s. 359; Centel/Zafer/Çakmut, s. 395; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Keskin, s. 86.
873 M. Öztürk, s. 9.
874 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 494.
875 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 494; Demirbaş, s. 347; Centel/Zafer/Çakmut, s. 395; Özbek/ Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; M. Öztürk, s. 9; Keskin, s. 86; İçel, Taksir, s. 69.

taksiri açıklamak doğru olmayacaktır. Her taksir bir hatanın sonucunda meydana gelmeyeceğinden hataya düşmeden de taksir oluşabilir[876]. Örneğin, evde ortalık yere bırakılmış dolu silahın çocuk tarafından oynarken ateş alması durumunda ortada hata değil unutkanlık mevcuttur. Yine direksiyon başında uyuyan kalan şoförün kaza yapıp yolcuların ölümüne neden olması halinde yanılgı olmamasına rağmen taksir mevcuttur.

3. Öngörebilme Teorisi

Bu teori, taksiri öngörülebilen bir sonucun öngörülmemesi olarak tanımlar. Burada kişi, kendi davranışlarının mümkün ve öngörülebilen neticelerinin saptamakta iradi olarak özen göstermemektedir[877]. Diğer bir deyişle, neticeyi istemeyen fail yeterli dikkat ve özeni gösterseydi neticeyi öngörebilecek ve hesaplayabilecekti[878]. Bu teoriye göre taksirin unsurları şunlardır: Hareketin iradiliği, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve neticenin öngörülebilmesinin olanaklı olmasıdır[879]. Taksirin esası neticeyi öngörebilmektir[880]. Failin neticeyi öngörebilmesi gerektiği halde öngörememesi kınanmasını, normatif kusur biçimde kendisine yükletilmesi gerekmektedir. Toplum bireyleri özellikle de belirli meslek ve sanatla uğraşanları ortak tecrübeye dayanarak daha dikkatli ve özenli davranmaya zorlamaktadır. Ancak bu görevin yerine getirilebilmesi olanaklı olmalıdır. Diğer bir deyişle kişiden beklenen öngörme görevi neticenin öngörülebilme olanağının varlığına bağlıdır. Öngörülemeyen yaşam deneyimlerine göre öngörülmesi gerekmeyen neticeden kişiyi sorumlu tutmak, adalet duygusunu hiçe saymak anlamına gelir[881].

Bu teoride öngörme olanağının kimin açısından araştırılması gerektiği tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüş, ortalama insan yani orta zekâya sahip bir insan, diğer bir görüş, her olayda failin kişisel durumudur. Teorinin savunucuları bu

---

876 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 495; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Dönmezer, s. 211; İçel, Taksir, s. 69.

877 Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 51; M. Öztürk, s. 10; Demirbaş, s. 359; Keskin, s. 84; Dönmezer, s. 210.

878 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454.

879 Centel/Zafer/Çakmut, s. 396.

880 İçel, Taksir, s. 84; Demirbaş, s. 359; Centel/Zafer/Çakmut, s. 396.

881 Demirbaş, s. 359; Centel/Zafer/Çakmut, s. 396.

eleştirilere kişinin içinde bulunduğu toplum üyelerinin veya belirli meslek ve sanat uğraşanlarının ortak deneyimlerinin esas alınması gerekeceğini belirtmişlerdir. Bugün için kabul edilen, her olayda failin kişisel durumunun esas alınmasıdır. Yani failin öngörebilme yetisi, mesleği, sosyal konumu ve ekonomik durumudur[882].

Taksirden doğan sorumluluğun esasını açıklayan teoriler arasında Türk öğretisi[883] ve mahkemeler ile Yargıtay tarafından en çok benimsenen teoridir[884]. Bu teorinin savunucularından olan **Carrara** taksiri, "*bir kimsenin kendi fiilinin mümkün ve öngörülebilen neticelerini hesaplamakta iradi olarak özen göstermemesi"* tanımlayarak öngörebilme kriterini bir unsur olarak ön plana çıkarmıştır. Buradaki öngörebilme olanağının az, orta ve çok olarak derecelendirmesi taksirin ağır ve hafif şeklinde derecelendirmesine ışık tutmuştur[885].

Yargıtay**,** karalarında öngörebilme, taksirin bir unsuru olarak kabul edilmiş ve yaptığı hareketi öngörülebilen ve neticelerini saptamakta iradi olarak özen göstermeyen kişinin taksirli olarak kabul edilip sorumlu olacağını belirtmiştir[886]. Yine Yargıtay çeşitli kararlarında taksirin varlığı için neticenin öngörülebilir nitelikte olmasını aramakta ve öngörülebilme kriterinin uygulanması bakımından failin görgüsünü, bilgisini ve sosyal durumunu göz önüne almaktadır[887].

Neticeyi öngörme olanağı yoksa artık ortada taksir değil, kaza ve tesadüf vardır. Yani taksirde öngörme olanağı, taksir ile kaza ve tesadüf arasındaki sınırı oluşturmaktadır. Bu teori, taksiri kaza ve tesadüften ayıracak kriteri benimserken[888]

---

882 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Centel/Zafer/Çakmut, s. 396; Demirbaş, s. 359; Keskin, s. 85.

883 Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 51; M. Öztürk, s. 10; İçel/Evik, s. 196; Demirbaş, s. 346; Centel/ Zafer/Çakmut, s. 396.

884 İçel, Taksir, s. 75; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 51; M. Öztürk, s. 10; İçel/Evik, s. 196; Demirbaş, s. 360.

885 Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 51.

886 *"İster kanun tarafından konulsun ister ortak tecrübe ürünü olsun kişi söz konusu kurallara aykırı hareket etmesi halinde bir takım zararlı neticelerin doğabileceğini öngörebiliyorsa taksir söz konusudur. Yapılan hareketin neticesi ortak tecrübe göre öngörülemiyorsa, kanunen böyle bir mükellefiyet yüklenmemişse, yani toplum o kişiden hukuken zarlı neticeyi öngörmesini istemiyorsa, öngörmenin gerekliliğinden bahsedilemez. Ancak ortak tecrübe, kanuni düzenlemeler ve kurallar belirli bir hareketi yapmayı da yapmamayı da gerektiriyorsa; bunlara aykırı hareketler taksire karine kabul edilecektir. Yani nizamlara uymamak neticenin öngörebilir olduğunun karinesidir."*(YCGK., 13.12. 1993, E. 2-221, K. 317).

887 İçel, Taksir, s. 99.

888 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Centel/Zafer/Çakmut, s. 396; Demirbaş, s. 360; Dönmezer, s. 210; İçel, Taksir, s. 78.

bilinçli taksiri açıklayamamaktadır[889]. Çünkü bilinçli taksirde fail, hareketinin neticesini öngörmesine rağmen hareketine devam etmektedir.

Son olarak, ceza kanunumuzda düzenlenen taksirin tanımı incelendiğinde taksirin hukuki niteliğinin öngörebilme teorisine dayandırıldığı görülmektedir. Söz konusu kanun metni şu şekildedir: "*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi* ***öngörülmeyerek*** *gerçekleştirilmesidir."*

4. Öngörebilme ve Önleyebilme Teorisi

Taksir, öngörülebilir ve önlenebilir hukuka aykırı bir neticeyi öngörmek ve önlemek konusunda gerekli dikkat ve özenin iradi şekilde ihmal edilmesidir[890]. Bu teoriye göre sadece öngörebilme, taksirin oluşması için yeterli olmayıp bir şeyin önlenme olanağı varken bunu yapmamak taksirli suça vücut verir. Çünkü yalnızca öngörebilme, bir şeyi belirtmez[891]. Bu teoride önemli olan iki unsur: öngörebilmek ve önleyebilmektir. Taksirin esası, *"öngörebilme olanağına rağmen failin toplumsal düzeni ilgilendiren zararlı ya da tehlikeli neticeleri öngörmemesi veya öngördüğü halde neticeyi önleyememesidir."*[892]. Öyleyse öngörülebilir netice bakımından failin istenmeyen sonucu önleyebilme olanağı araştırılmalıdır. Bu teorinin güçlü savunucularından olan **Brusa**'ya göre taksirin esası önleme olanağından ibarettir. Bu olanak yoksa taksirden söz edilemez dolayısıyla fail cezalandırılamaz[893]. Örneğin, trafiğin olmadığı ara sokakta kendisine ve üçüncü kişilere zarar vermeyeceğini düşünerek hızlı şekilde araç kullanan kişinin önüne çıkan bir kişiyi öldürmesi halinde öngördüğü neticeyi önleme olanağını bizzat ortadan kaldırdığı için taksirinden sorumludur. Yine teorinin diğer savunucularından olan Carrara da öngörebilmeyle önleyebilmeyi eşit tutmuş birbirlerinin ayrılmaz bir parçası olarak görmüştür[894]. Bu teori, öngörebilme mevcut olduğu halde önleme olanağı yoksa öngörmemeye eşit

---

889 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454.

890 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 454; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 53; M. Öztürk, s. 10; İçel/Evik, s. 196; Centel/Zafer/Çakmut, s. 395; Demirbaş, s. 359; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 491; İçel, Taksir, s. 70.

891 Dönmezer, s. 210.

892 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 455; M. Öztürk, s. 10.

893 Centel/Zafer/Çakmut, s. 395; M. Öztürk, s. 10; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 491.

894 Demirbaş, s. 359; Keskin, s. 85.

olarak kabul etmiştir Teori, bu yönüyle taksiri mücbir sebepten ayırmaktadır[895]. Mücbir sebepte, fail istenmeyen, dışarıdan gelen ve iradesinden kaynaklanmayan bir durumla karşı karşıyadır. Failin başka türlü hareket etme olanağı bulunmamaktadır. Örneğin, freni patlayan kamyon şoförü olayında şoförün özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılmalıdır [896].

Söz konusu teori bilinçli ve bilinçsiz taksir ayırımını net bir şekilde açıklamakla birlikte taksiri kaza ve tesadüf[897] ile mücbir sebepten de ayırmaktadır. Biz tüm bu sebeplerden dolayı öngörebilme ve önleyebilme teorisini benimsiyoruz.

Bu teori, istenmeyen neticenin önlenememesinin nedeninin baştaki öngörmemeye bağlı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[898]. Yine söz konusu teori, failin kendi hareketinden doğacak neticeyi önlemekle yükümlü olduğunu bildiği halde, bu harekette bulunmayı yine isteyecek olması halinde olası kast oluşacağı nedeniyle eleştiri almıştır[899]. Diğer bir deyişle, teoriyi eleştirenler neticeyi önleme olanağına sahip olan kişinin neticeyi önlememesini taksir olarak değil olası kast olarak nitelendirmişlerdir[900].

Son olarak, Yargıtay, verdiği bazı karalarda taksirin varlığını tespit edebilmek için failin *önlenmesi* olanaklı olan bir neticeyi önleme konusunda yeterli özeni gösterip göstermediğini araştırmıştır[901].

F. Taksirin Türleri

Taksir, bilinçli ve bilinçsiz taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.5237 Sayılı ceza kanunu bu ikili ayrımı kabul etmiş ve her iki taksir türünü de tanımlamıştır.

Kanunun 22/2. maddesinde bilinçsiz taksir *'Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*' şeklinde tanımlanmıştır. Kanun, 22/3. maddesinde bilinçli taksiri şu şekilde tanımlamıştır: '*Kişinin öngördüğü*

---

895 İçel, Taksir, s. 70.
896 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 45; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 492.
897 Bazı yazarlar bu teorinin taksiri kaza ve tesadüften ayırmadığını savunmuşlardır (Parlar/ Hatipoğlu, Taksir, s. 53; M. Öztürk, s. 10).
898 Demirbaş, s. 359; Keskin, s. 85.
899 Keskin, s. 85.
900 Dönmezer, s. 210.
901 Y.1.CD., E. 1960/1557, K. 1960/1371 (İçel, Taksir, s. 75).

neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.'

Kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere bilinçli taksirle bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran en önemli unsur öngörebilme unsurudur. Bilinçsiz taksir, normal taksir şeklidir. Failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmemesi[902], kedisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak onu hiç düşünememesi, aklına getirmemesi nedeniyle neticenin gerçekleşip suçun oluşmasına sebebiyet vermesi halidir[903]. Böyle durumlarda fail özen yükümlülüğünü ihlal etmiş, öngörülebilir neticeyi öngörmemiştir[904]. Buna karşılık, failin kanuni tanımda yer alan neticenin ve dolayısıyla suçun gerçekleşebileceğini öngörmesi ancak bu neticeyi istememesi ve neticenin meydana gelmemesi için çaba göstermesi ve buna rağmen suçun oluşması halinde bilinçli taksir bulunmaktadır[905]. Bu anlamda bilinçli taksirde failin basit taksirle hareket eden faile oranla daha tehlikeli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[906].

G. Taksirden Doğan Sorumluluğun Unsurları

5237 sayılı ceza kanununda taksirin tanımı yapılmış olduğundan unsurlarında bu tanım çerçevesinde yapılması gereklidir. TCK taksiri, *"dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir."* Şeklinde tanımlamıştır (TCK md. 22/2). Bu tanıma göre taksirin iki temel unsuru vardır. Bunlar: Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin öngörülmemesidir. Bu unsurlardan özen yükümlülüğü objektif, öngörülmeme sübjektiftir. Somut olayda özen yükümlülüğü objektif olarak saptandıktan sonra neticenin öngörülebilir olup olmadığı belirlenir[907].

---

902 Keskin, s. 141; Demirbaş, s. 369; Hakeri, Ceza, s. 176, Koca/Üzülmez, s. 196; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460; M. Öztürk, s. 23; İçel, s. 184; Aslıhan Kart, "Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir", **Güncel Hukuk**, Ocak 2008, Sayı: 1, s. 42; Gökpınar, s. 225.

903 Centel/Zafer/Çakmut, s. 511; M. Dülger, s. 76.

904 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460; Keskin, s. 141; M. Öztürk, s. 23; Koca/Üzülmez, s. 196; Mahmutoğlu, Kusurluluk, s. 89.

905 M. Dülger, s. 76; Kart, s. 43; Mahmutoğlu, Kusurluluk, s. 89.

906 Kart, s. 43.

907 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 234.

Önceki kanun döneminde verilen Yargıtay kararlarında[908] ve öğretide taksirin unsurları belirlenmeye çalışılmıştır. Biz tün bu unsurları esas alarak taksirin unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz: suçun taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin öngörülebilmesi (tahmin edilebilmesi), dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması.

1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

Ceza kanunumuza göre temel kusurluluk şekli kast olup taksir istisnai kusurluluk şekli olarak karşımıza çıkar[909]. Bir kişinin taksirli fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Dolayısıyla kanunda açıkça gösterilen hallerin dışında taksirle işlenen fiiller cezalandırılamaz (TCK md. 22/1). Öyleyse taksirli bir fiilin varlığı halinde söz konusu fiilin taksirle işlenebilir olup olmadığı araştırılmalıdır. Ceza kanunumuzun bazı maddelerinde taksirle işlenen fiillerin hangilerinin cezalandırılacağı belirtilmiştir[910]. Ceza kanunumuzda düzenlenen taksirli suçlara örnek olarak en başta tezimizin de konusunu oluşturan taksirle öldürme (TCK md. 85) ve taksirle yaralama (TCK md. 89) verilebilir.

---

908 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında taksirin unsurlarının şu şekilde belirtmiştir: *"Filin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması, neticenin öngörülebilmesidir."* (Y.CGK., E. 1993/221 1993/317, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 495). Yargıtay, başka tarihli bir kararında taksirin unsurlarını, "*neticeye sebep olan fiilin iradi olması, neticenin öngörülebilir olması, failin neticeyi istememiş olması, fiil ile netice arasında nedensellik bağı olması"* şeklinde ifade etmiştir (Y.CGK., E. 1979/1-460, K. 1979/489, M. Öztürk, s. 14); Y.CGK., E. 2005/9-213, K. 2005/3; Y.CGK., E. 2004/1-163, K. 2004/194 sayılı kararları da aynı yöndedir. (Kaymaz/ Gökcan, s. 90).

909 Taksirin istisnai bir kusurluluk şekli olarak kabul edilmesinin nedeni failin iradesinin suç oluşturan neticeye yönelmemiş olmasıdır. Taksirde netice istenmediği için, kanun ancak dikkat ve özen yükümlülüğünün bulunması gereken halleri cezalandırma yoluna gitmiştir. Kanun koyucu hangi hallerde dikkat ve özen yükümlülüğünün bulunduğu böyle durumlarda fiil taksirli de olsa suç olarak düzenlemiş ve cezalandırma yoluna gitmiştir. Örneğin, bir hekimin tıbbi hata sonucunda bir hastayı öldürmesi halinde netice istenmemiş olduğu halde hekimin (failin) cezalandırılmasının sebebi budur. Yine mala zarar verme suçunun taksirle işlenememesi de aynı nedene dayanır. Mala zarar vermede kanun koyucu dikkat ve özen yükümlülüğünün kişilerden istenemeyeceğini göz önünde bulundurarak bu gibi suçların taksirle işlenemeyeceğini belirtmiştir (İçel, Taksir, s. 138).

910 5237 Sayılı ceza kanununda düzenlenen taksirli suçlar şunlardır: Taksirli İflas (md. 162), Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması (md. 171), Atom Enerjisi İle Patlamaya Sebebiyet Verme (md. 173), Trafik Güvenliğini Taksirle Tehlikeye Sokma (md. 180), Çevrenin Taksirle Kirletilmesi (md. 182), Zehirli Madde Katma (md. 185), Çocuğun Soybağını Değiştirme (md. 231), Yasaklanan Bilgileri Açıklama (md. 336), Taksir Sonucu Casusluk Fiillerinin İşlenmesi (md. 338).

Taksir, ceza kanununun 22. maddesinde belirtildiği üzere, ancak kanunda açıkça düzenlendiği hallerde cezalandırılabilir. Öyleyse hekimin tıbbi müdahale nedeniyle taksirli olarak sorumlu tutulabilmesi için tıbbi müdahale nedeniyle taksirli suçun kanunda düzenlenmiş olması gerekecektir. Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahale sonucunda hastanın yaralanması, durumunun kötüleşmesi (TCK md. 89) veya ölmesi (TCK md. 85) halinde hekim, mesleki taksiri nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Taksirli fillerin cezalandırılabilmesi için açık bir kanuni dayanağa ihtiyaç olma kuralı, TCK'da düzenlenen suçlar için arandığı gibi özel ceza kanunları ve ceza hükmü taşıyan özel kanunlarda düzenlenen filler bakımından da aranır[911]. Örneğin, Hususi Hastaneler Kanunu[912] 43-44. maddeleri hekimin gerekli önlemleri almadan, yerine başka bir hekim ikame etmeden tedaviyi yarıda bırakması sonucunda hastanın ölmesi durumunda taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Böyle bir düzenleme olmasa dahi hekim üstlendiği tedaviyi haklı bir neden olmadıkça tek taraflı olarak sonlandıramaz[913]. Aksi durum tıbbın gerekleriyle bağdaşmayacağından hekim, neticeye göre taksirle adam öldürme veya yaralama suçunu işlemiş sayılacaktır.

2. Hareketin İradiliği

Hareketin iradiliği kavramı, failin neticeyi oluşturan hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Hareket iradi değilse taksir oluşmayacaktır[914]. Taksirin bu unsurunda dikkat edilecek nokta, hem bilmeden hem de istemeden bahsedilmektedir. Bu yönüyle taksir kasta yaklaşmış olmakta benzerlik göstermektedir. Taksiri kasttan ayıran yön neticenin istenmemiş olmasıdır.

911 Artuç, s. 238.

912 RG. 05.06.1933, No. 2419.

913 Gürsel Çetin, **Tıbbi Malpraktis**, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz, Gürsel Çetin) 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 40; Hakeri, Tıp, s. 213.

914 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 495; Centel/Zafer/Çakmut, s. 398; İçel, Taksir, s. 157; M. Öztürk, s. 15; Parlar/Hatipoğlu, s. 55; Centel/Zafer/Çakmut, s. 398; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/ Tepe, s. 456; Hakeri, Ceza, s. 173; Demirbaş, s. 360; İçel/Evik, s. 203; Keskin, s. 89; Kaymaz/ Gökcan, s. 92.

Taksiri oluşturacak olan hareket, icrai ve ihmali [915] biçimde gerçekleştirilebilir[916]. Hareketin bizzat fail tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. Ölüme neden olan iradi hareket, faile yükletilebilen onun kusuru neticesi meydana gelen hareket olabilir. Bu bakımdan, maddi fiilin bizzat fail tarafından işlenmiş olması gerekmez. Ancak bu durumda failin sorumlu olabilmesi için başkası tarafından gerçekleştirilen hareketten dolayı da failin kusurunun olması gerekir[917]. Örneğin, 10 yaşındaki çocuğunu otomobil kullandıran bir babanın kaza anında orada olup olmadığına bakılmaksızın taksirli sorumluluğu vardır[918]. Söz konusu duruma, gözetim ve denetim yükümlülüğünden doğan kusur ile araba ve hayvanın idare ve koruma kusur açısından tekrar değinilecektir.

Taksirli suçun meydana gelmesinde icrai bir davranış rol oynamaktadır. Bu durum, taksiri, kaza ve tesadüf ile mücbir sebepten ayırıcı bir sebep teşkil etmektedir. Başka türlü davranabilme olanağından yoksun ya da zorlayıcı bir takım etkilerin altında kalan kişinin iradi davrandığı düşünülemeyeceğinden hareketin iradiliğinden dolayısıyla taksirden bahsedilemeyecektir[919].

Öğretide hareketin iradiliği konusunda yazarlar görüş ayrılığına düşmüş ihmali hareketle gerçekleşen taksirli suçlarda hareketin iradiliğinden bahsedilemeyeceğini savunmuşlardır. Karşı görüşteki yazarlar, ihmali hareketin ya da davranışın doğada mevcut bir kavram olmayıp sadece kanunların emrettiği kurallara uymama hali olduğunu dolayısıyla bu uymama şeklinde gerçekleştirilen

---

915 İhmal, Türkçe sözlükte *"gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme"* anlamına gelir (TDKS, s. 686); İhmal, hukuk sözlüğünde *"haksız sonuca yönelmekle birlikte durumun ve koşulları gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme hali, dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanan kusur"* (Yılmaz, s. 363); İhmal, Osmanlıca-Türkçe Büyük *Lügat'te "ehemmiyet vermemek, yapılması lazım bir işi sonraya bırakma, dikkatsizlik, başlayıp bırakmak, terk etmek"* şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide ihmal, hareketin öteki hali, durgu, durağan hal, bir şey yapmamak demektir. Gerçekte durgu, insanın içindeki bir psikolojik oluştur ve dışa vuran bir hareket olarak belirlemez. Ama hukuksal sonuç doğurduğu için hareket sayılır. Bu bağlamda ihmal bizzat yoktur. Ancak belli bir hareket sayesinde varlık kazanmaktadır (Hakan Hakeri, "Yeni Türk Ceza Kanununda İhmali Suçlar", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, ss. 116-117); Yargıtay, bazı kararlarında ihmali *"eylemin etkin olmayan", "edilgin"* gibi kavramlarla belirtmektedir (Y.4.CD., E. 1995/4780, K. 1995/5733, C. Taşkın, s. 141).

916 Bayraktar, Hekimin, s. 210; Çakmut, s. 251; Keskin, s. 89; Kaymaz/Gökcan, s. 93.

917 Keskin, s. 89; Kaymaz/Gökcan, s. 93.

918 Keskin, s. 89.

919 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 496; İçel, Taksir, s. 160.

hareketin de iradi bir davranış olduğunu savunmuşlardır[920]. Tam bu noktada ihmal kavramından anlaşılması gereken, bir kişinin yeteneğine ve mevcut araçlara göre yapması mümkün olan belli bir iradi hareketi, özel bir yükümlülüğe aykırı olarak (garantörsel ihmali suç) yapmamasıdır[921]. Bizimde katıldığımız bu görüşe göre, kişiler toplumdaki konum ve meslekleri nedeniyle daha dikkatli ve özenli davranmaları gerekmektedir. Dikkatli ve özenli davranmak söz konusu kişilerin elinde olduğu için bu kişilerin hareketlerinin iradi olduğuna şüphe yoktur. Bir insan dikkatli olmak istediğinde dikkatli davranır, bir şeyi unutmuşsa bunun nedeni, yeteri kadar dikkatli davranmak istemeyişindendir[922]. Örneğin, ameliyat sırasında hastanın içinde tampon unutan cerrahın ihmali hareketi sonucu taksirli sorumluluğu doğacaktır. Çünkü ameliyat biterken hastanın karnını kapatan cerrahın tüm tampon ve diğer ameliyat malzemelerinin tam olup olmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, yapılan hareket ister icrai ister ihmali olsun kişilere ödev olarak yükletilen dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumu hareketin iradi olduğunu ortaya koymaktadır[923]. Sadece bilincin yitirilmesi gibi başka türlü davranabilme olanağının olmayan veya zorlayıcı bir etki altında bulunma durumlarında zarar verici hareketin yapılması halinde sorumluluk doğmayacaktır[924]. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda ihmali hareketle gerçekleşen taksirli suçlarda hareketin iradiliğini kabul etmiştir. Yargıtay, tehlikeli olduğunu bildiği köpeğini bağlamayarak, korumada kusur eden ve köpeğin, bir kişiyi ısırmasına neden olan sanığın fiilini, taksirli bulup cezalandırmıştır[925].

---

920 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 496; İçel, Taksir, s. 160; M. Öztürk, s. 15; Parlar/Hatipoğlu, s. 55; Centel/Zafer/Çakmut, s. 398; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 456; Hakeri, Ceza, s. 173; Demirbaş, s. 348; Özgenç, s. 249; Dönmezer, s. 212; İçel/Evik, s. 203; Artuç, s. 238.

921 Hakeri, İhmali Suç, s. 118.

922 Hakeri, Ceza, s. 173; Demirbaş, s. 348; Artuç, s. 238; Kaymaz/Gökcan, s. 93.

923 Dikkat ve özen yükümlülüğü, yasak içerebileceği gibi emir de içerebilir. Birinci halde icrai ikinci halde ihmali taksirli suç oluşur. Burada dikkat ve özen yükümlülüğü, gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir (Öztürk/Erdem, s. 254). Örneğin, hekim kanama riski yüksek olan bir hasta için ameliyat öncesinde hastaya kan hazırlatmadığı için kanama sonucu hastanın kaybedilmesi halinde hekimin kan temin konusundaki dikkat ve özen yükümlülüğü, aynen gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü gibidir.

924 Centel/Zafer/Çakmut, s. 399; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 456; Demirbaş, s. 361; Kaymaz/Gökcan, s. 93.

925 Y.2.CD, E. 1980/298, K. 1980/297 (Özgenç, s. 249, Dpn, 331).

Taksiri oluşturacak olan hareket icrai ve ihmali hareketler birçok şekilde meydana gelebilir. Tıbbi hata olarak karşımıza çıkan bu hareketler sonucunda adam öldürme neticesi meydana gelebilmektedir.

a. Tıbbi Hata Tanımı

Tıbbi hata, son 30 yılda özellikle bazı gelişmiş ülkelerde ve son yıllarda da tüm dünyada tartışılan, etik, hukuki, tıbbi, eğitimsel ve yönetimsel yönleriyle çok yönlü, çok boyutlu bir konudur. Türkiye'de de son 10 yıl içinde konu çeşitli boyutlarda tartışılmaya başlanmıştır ve çözüm arayışlarının sürdüğü dinamik bir süreç yaşanmaktadır.

Tıbbi hata[926] ulusal ve uluslararası bazı metinlerde tanımlanmıştır. Bunlardan ilki Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları 13. maddesidir. Buna göre tıbbi hata "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulamasıdır."*

Yine Tıbbi Hizmetlerin Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının 3. maddesinde "Tıbbi Kötü Uygulama" kavramı kullanılmıştır. Tıbbi hata

> "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu"*

olarak tanımlanmıştır.

1992 yılında yapılan 44. Dünya Tabipler Birliğinin Genel Kurulunda kabul edilen, Tıpta Yanlış Uygulama(Malpraktis) Konulu Marbella Bildirgesi'nin 2.maddesinin (a) fıkrasında;

> *Tıbbi Yanlış Uygulama(Malpractice); doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır"* şeklinde tanımlanmıştır. Dünya Tabipler Birliği tıbbi hatayı, "*hekimin tıbbi uygulamaları sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastayı ihmal ederek tedavi etmemesi ile oluşan zara*

926 Tıbbi hata, bazı kaynaklarda uygulama hatası ya da Malpraktis olarak da adlandırılmaktadır. Biz bu çalışmamızda tıbbi hata terimini tercih etmekteyiz.

olarak tanımlamıştır[927].

Amerika Birleşik Devletleri'nde "The Joint Commision on Accredition of Healtycare Organizations (JCAHO)" tıbbi hatayı şöyle tanımlamıştır; *"Çoğunlukla halka sağlık hizmeti verilen merkezlerde bir profesyonelin uygun ve etik olmayan bir davranışta bulunması, mesleki uygulamalarda yetersiz ve ihmalkâr davranmasıdır"*[928].

En kısa tanımıyla standarttan sapma anlamına gelen tıbbi hata, öğretide de birçok yazar tarafından tanımlanmıştır. **Hakeri**, tıbbi hatayı "*Tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi de tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir"* şeklinde tanımlarken[929]; **Hancı** ise genel bir tanımlama ile tıbbi hatayı, "*Hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır. Hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesi*" olarak ifade etmiştir[930]. **Öztürkler**, tıbbi hatayı *sağlık hizmetinde bulunan kişilerin klinik uygulamalarında yasaya göre işlemiş olduğu hatalar* olarak tanımlar. Yine yazar, tıbbi hatanın varlığından söz edebilmek için bir takım unsurların varlığına işaret etmektedir. Bunlar: "*Meslek ve sanatta acemilik, hastaya kasıtlı olarak zarar vermek, hasta-hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek, yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi, tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek."*[931]. **Çetin**, tıbbi hatayı ekip üyelerini içine alacak şekilde geniş olarak şu şekil

> *Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların"*

---

927 Mehmet Karataş ve Cengiz Yakıncı, "Tıbbi Hata Nedenleri ve çözüm Yolları", **İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Ağustos 2010, Y. 17, S. 3, s. 233.

928 Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi için bkz. http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html (erişim tarihi: 05.01.2010).

929 Hakeri, Tıp, s. 337.

930 Hancı, Malpraktis, s. 30.

931 Öztürkler, s. 21-22.

tamamını içermektedir[932]. Tıbbi hatalar bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sağlık personelinin özensiz davranışlarından, çevresel etmenlerden ve tıbbi teknolojik cihazlardan meydana gelmektedir. **Demir**, tıbbi hatayı tıbbî kusurlu eylem olarak adlandırmış ve

> *tıbbın kuramsal (teorik) ve uygulamalı (pratik) alanlarında genel olarak kabul edilip tanınmış olan objektif meslekî kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu, hukuka aykırı bir davranışta bulunmak anlamına gelir*

şeklinde tanımlamıştır[933]. **Ünver,** tıbbi hatayı "*hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açan eylemler"* olarak tanımlamıştır[934]. **Polat**, "*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*" olarak tanımlamıştır[935].

Danıştay verdiği bir kararda tıbbi hatanın tanımını *"hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin kendi gördüğü eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerinin, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi"* şeklinde yapmıştır[936]. Yargıtay da bir kararında tıbbi hatayı tıp biliminin verilerinin yanlış ve eksik olarak uygulanması olarak tanımlamıştır[937].

---

932 Çetin, s. 31.

933 Mehmet Demir, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 246.

934 Ünver, Tıbbi, s. 54.

935 Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 31; Hasan Tahsin Gökcan, "Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile İlgili Yargıtay Uygulaması", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 323; Aydın Akgül, "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, ss. 64-65.

936 D.10.D., E. 1998/5737, K. 2001/590 (Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 209).

937 "*Hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural*

Tüm bu tanımları dikkate alarak tıbbi hatayı sağlık hizmeti sırasında tıbbi müdahalede bulunma yetkisi bulunan sağlık personelinin bilgisiz, dikkatsiz ve özensiz girişimleri sonucunda hastada kalıcı ya da geçici fiziksel ve ruhsal zararların oluşması şeklinde tanımlayabiliriz.

Tıbbi hata, standardın altında kalınması veya üstüne çıkılması ile söz konusu olabileceği gibi, icrai bir hareketle veya ihmali bir hareketle de söz konusu olabilir[938]. Bu bağlamda hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, ya bir müdahalenin gerekli olduğu şekilde yapılmaması ya da gerekli müdahalenin hiç yapılmaması şeklide de olabilir. Hareketin ihmali veya icrai olması arasında bir fark yoktur. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin eyleminin tıbbi hata olmaması için göstermesi gereken objektif özen, aynı statüde bulunan, ortalama düzeydeki bir sağlık personelinin, aynı hal ve şartlar altında göstereceği özendir[939]. Hekim, tıp sanatının bütün kurallarına uymuş buna rağmen zararlı bir sonuç meydana gelmiş ise kusurluluktan bahsedilemez. Ancak olumsuz sonuç, tıp sanatının kurallarına uyulmamasından ileri gelmişse, hekimin taksirli sorumluluğu kabul edilebilecektir[940].

Tıbbi hatalara örnek olarak ameliyat edilen hastanın karnında gaz tampon ve ameliyat araç-gereci unutulması [941]; anestezi muayenesi yaptırmadan hastanın ameliyata alınması ve anestezi komplikasyonu nedeniyle hastanın yaşamını yitirmesi; intra uterin ölüm olayında hastanın doğum yaptırılmadan sevk edilmesi; göğüs ağrısı şikâyetiyle gece acil servise müracaat eden hastaya kalp grafisi çekilmeden kas spazmı/ kas iltihabı teşhisi ile evine gönderilmesi ve hastanın kısa bir süre sonra kalp krizinden ötürü yaşamını yitirmesi; ayağına paslı cisim batması

---

geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır." Y.4.HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541 (www. Hukukturk.com, erişim tarihi: 25.12.2010); Yargıtay, bir başka kararında ise, aynen "…*meslek kusurunun varlığından söz edilebilmesi için, hekimin, tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş bir kuralını çiğnemesi, kusurlu olması da şarttır. Bunun içinse, en azından uygulanacak tedavi yönteminin seçiminde bir ihmalin, tıbbi özen yükümüne aykırılığın mevcudiyeti aranır"* şeklinde karar vermiştir. Y.13.HD., E. 2000/6186, K. 2000/9628 (Demir, s. 246).

938 Hakeri, Tıp, s. 339; Demir, s. 245.

939 Ünver, Tıbbi, s. 60.

940 Keyman, s. 76.

941 Hancı, Malpraktis, s. 58.

sonucu gelen hastaya Tetenoz Immünglobulini yapılmaması neticesinde hastanın ilerleyen günlerde tetenoz hastalığı nedeniyle yaşamını yitirmesi örnek verilebilir[942].

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tıbbi hatalar sağlık hizmeti sunumu bekleyenlere sağlık hizmetinin ifası sırasında doğrudan bu hizmetin verilmesiyle ilgilidir. Bu hizmetin büyük bir kısmını asil olarak hekime üstlendiği için kusurun büyük bölümü hekimlerin faaliyetinden kaynaklanmaktadır[943].

Tıbbi hata kavramı ile izin verilen risk **(**komplikasyon)[944] kavramı, sık sık karıştırılmaktadır. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Kısaca, bir hastalığın devamı sırasında vuku bulan patolojik olaylar olarak tanımlayabileceğimiz komplikasyon, tıbbi müdahale sırasında öngörülmeyen bir tehlikenin aniden ve umulmadık bir şekilde ortaya çıkmasıdır[945].

Hastanın tanı ve tedavisinde ortaya çıkan istenmeyen her durum tıbbi hata olarak nitelendirilemez. Tüm tıbbi girişimler belli bir risk taşımaktadır. Bazı durumlar, tıbbi hatadan kaynaklanmayıp komplikasyon dediğimiz ve yukarıda bahsettiğimiz izin verilen risk kapsamında nitelendirilebilmektedir. Örneğin, yanık yara bakımında uygun tedaviye rağmen kontraktür gelişmesi gibi. Bu olaylar, bazen bilinmeden sağlık personelinin hatası olarak yorumlanmaktadır. Bilindiği gibi, her tıbbi müdahalenin normal sapmaları ve riskleri vardır. Komplikasyonlar, hekimlik uygulamasının doğasından kaynaklanan gerekli dikkat ve özen gösterilse bile kaçınılmaz bir takım istenmeyen olumsuz etkilerdir. İzin verilen risk olarak da ifade edilen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde hareketleri dolayısıyla kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmemektedir [946] . Önemli olan hekimin gerekli özeni ve tedbiri

---

942 Birtek, s. 2004.

943 Kızılyel, s. 209.

944 Komplikasyon, kelime olarak "karışmak", "karışıp kaynaşmak", "ihtilat" anlamlarına gelmektedir. Komplikasyon tıp biliminde bir hastalığın seyir veya tedavisi sırasında diğer bir hastalık veya bozukluk belirmesi; mevcut bir hastalığa diğer bir hastalık veya bozukluğun eklenmesi olarak tanımlanabilir. Komplikasyon, hekim tarafından uygulanan tedavi veya müdahale sonucu oluşan istemeyen bir durumla (iyatrojenik komplikasyon) ortaya çıkabileceği gibi bir hastalığın seyri esnasında aniden beliren beklenmeyen bir durum (beklenmedik komplikasyon) olarak da ortaya çıkabilir (Kocatürk, s. 186).

945 Kıcalıoğlu, s. 22.

946 Demir, s. 246; Sevindik, s. 68; Kıcalıoğlu, s. 22; *"...dosyadaki bilgi ve bulgular değerlendirildiğinde; yapılan ameliyatın doğru olduğu ameliyat sonrası enfeksiyon gelişmesi beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenlerle hastane ve görevli doktorların kusursuz oldukları..."* (Y.13.HD., E. 2001/10959, K. 2002/487, SAVAŞ, Tıbbi Hata, s. 291); Yargıtay, 1967 tarihli bir kararında *"yapılan ameliyat, beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi, tıp*

göstermesidir[947]. Yani hekim, tıbbi müdahaleyi standarda uygun yapmışsa sonuç olumsuz olsa dahi, hekim bu olumsuz neticeden hukuken sorumlu tutulamaz[948]. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu duruma değinmiştir[949].

Her komplikasyon izin verilen risk olarak kabul edilemez. İstenmeyen sonuçların önceden öngörülmesi mümkün iken öngörülmemişse veya ortalama bir hekim gibi doğabilecek riskleri öngörme, önleme veya meydana geldiğinde olası zararları azaltma ve gidermeye yönelik önlemler alınmamışsa, meydana gelen olumsuz neticeler, hekim tarafından istenmemiş olsa dahi izin verilen risk alanında görülemez. Hekimin bu davranışı taksirli, yani özensiz tıbbi müdahale olarak kabul edilir ve sorumluluğunu doğurur[950]. Eğer komplikasyon zamanında fark edilmezse, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa veya fark edilip önlem alınmasına rağmen yerleşmiş tıbbi standart ile girişimde bulunulmazsa, tıbbi hatadan bahsedilebilir[951]. Hekim, tüm komplikasyonlardan sorumsuz değildir. Öngörülebilir, önlenebilir, yani özenli bir davranış ve önlemler alınarak önlenmesi mümkün

---

biliminin kurallarına göre müdahale yapılmış ise hekimi kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemeyeceği" şeklinde komplikasyonlardan hekimin sorumlu tutulamayacağı belirtmiştir (Öztürkler, s. 239).

947 *"...Trafik kazası geçiren A.Y. genel durumu iyi, ulna kırığı saptanmış, tansiyon nabız şuur normal iken çekilen grafilerde ulna ve pelvis kırığı saptanır. Ortopedi uzmanı tarafından yatırılarak gözlem altın alınan hasta gece birkaç defa kusar ve sabah kahvaltısını yaparken aniden fenalaşan hastanın kan basıncı 50/20 mmHg olarak saptanmış, gerekli müdahalelere rağmen kaybedilmiştir. SSK Hastanesi nöbetçi Hekim gerekli tedbirleri yaptırdıktan sonra ilgili branş hekimleri ile gerekli konsültasyonu yaptırarak hastayı gözlem altında tutmak için yatırmıştır. Pelvis çatlaklarında tedavinin öncelikle istirahat, gerekirse operasyon olduğu, emboli riskinin yüksek olduğu, kanama riski olduğu, bu durumdaki hastanın takip edilmesi gerektiği, bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğu, bu kanamanın muhtemel komplikasyonlardan olduğu, olaya karısan tüm hekimlerin yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerini tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirdikleri, ortalama özen ve dikkati gösterdikleri, hekimlerin hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır..."* (Öztürkler, s. 513).

948 Ünver, Tıbbi, s. 60.

949 *"Sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunda, - ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansefalit sonucu gelişen dolaşım ve solunun yetmezliğinden- kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza, Yüksek Sağlık Şurası raporunda, - kuduz aşıları neticesinde bazen bu tip ansefalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşıyı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir- denildiği görülmektedir. Olayda tıbbi yönden sorumluluk yüklenemeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansefalitten meydana geldiği anlaşılmaktadır "* (Y.2.CD, E. 1991/10834, 1991/11895. Birtek, s. 2002).

950 Ünver, Tıbbi, s. 61.

951 Bilgen, Adli, s. 41; Demir, s. 246; Sevindik, s. 69.

komplikasyonlardan[952] özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk anlayışı çerçevesinde hekimi sorumlu tutmak gerekecektir[953].

Her somut olay otomatik olarak komplikasyon olarak değerlendirilmemelidir. Meydana gelen komplikasyon vakalarından öngörülemeyen, önlenemeyen ve her türlü önleme rağmen gerçekleşen türdekilerin sorumluluğa yol açmayacağı kabul edilmelidir[954]. Komplikasyon ve tıbbi hata ayırımını yapabilmek için, standartların belirlenerek, neyin komplikasyon (izin verilen risk), neyin tıbbi hata olduğunun sınırlarının ortaya konması gerekmektedir. Bu itibarla, tıbbi hata, hekimin mevcut koşullarda makul olan hizmet ve bakımı yapamaması, meslekte tecrübeli bir hekimin aynı koşullar altında sergileyebileceği mesleki yeteneği gösterememesi, standart uygulamanın gereklerinden sapması ve tıbbi müdahalenin standartlarını düşürmesi, bundan bir zararın doğmuş olması koşuluyla yapılacak tıbbi müdahalenin kabul edilebilirlik ölçülerinden sapmasını ifade eder. Yargıtay konuyla ilgili olarak önüne gelen bir olayda tıbbi hata ve komplikasyon ayrımına dikkati çekmiştir. Söz konusu karar şu şekildedir:

> *Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenen iyi sonucu*

---

952 *"…Uzun süredir bel fıtığı yakınması olan hasta beyin uzmanı olan operatör Doktor Y.Ç.E.nin özel hastası olup yatak istirahatından yarar sağlamaması üzerine hastalığının operasyonla düzeleceği hekim tarafından belirlenir. Özel bir hastanede yapılan ameliyattan 3 saat sonra doktor hastanın tansiyonunun düştüğünü Belirtir ve... Üniversitesi hastanesine gönderilmesini ister. ... Hasta ambulansla ve doktor refakatinde bu hastaneye götürülür. Acil serviste gerekli girişimler yapılan hasta 1,5 saat içinde intraabdominal kanama ön tanısı ile damar cerrahisi tarafından ameliyata alınır. Gelişen komplikasyonlar sonucu ameliyatın 6. gününde ölür. Ölüm nedeni akut respiratuar distres sendromu, mezenter trombüs ve bağırsak nekrozu olmakla birlikte olayların başlamasına neden, bel fıtığı ameliyatı sonucunda oluşan sol iliak arter ve üreter yaralanması sonucu gelişen ağır hipovolemi ve retroperitonial hematomdur.... Bel fıtığı operasyonlarında söz konusu damar yaralanması çok enderde olsa rastlanan bir komplikasyondur. Ancak mesleğinden yeterli tecrübeye sahip bir hekimin böyle bir komplikasyondan kaçınmak için disk materyali çıkarılırken gerekli komplikasyonları hesaplaması gerekirdi. Damarın disk kapsülüne yapışık olması sonucu komplikasyonun kaçınılmaz olacağı da bir gerçek olmakla beraber, hekimin böyle bir durum olup olmayacağını anlamak amacıyla bir tetkik (MR gibi)yaptırmamış olması özensizlik olarak değerlendirilmiştir. Operasyon öncesi ve sonrasında gerekli özeni gösteren hekimin, operasyon sırasında da aynı özeni göstermesi gerekirdi. Hastanın ölümünde hekim 4/8 oranında kusurludur..."* (Öztürkler, s. 514).

953 Ünver, Tıbbi, s. 62.

954 Ünver, Tıbbi, s. 62.

vermemiş olsa dahi tıp biliminin bütün kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemediğinden sonuçtan sorumlu tutulamaz.[955]

Trafik kazası sonucu iç kanamaya bağlı gelişen ölüm olayında, Adli Tıp Kurumu, ölümün komplikasyona bağlı olduğunu belirtmiştir. Söz konusu olaya ilişkin rapor sonucu şu şekildedir:

Pelvis çatlaklarında, tedavinin öncelikle istirahat, gerekirse operasyon olduğu emboli riskinin yüksek olduğu kanama riski olduğu, bu durumdaki hastanın takip edilmesi gerektiği bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğu, bu kanamanın muhtemel komplikasyonlardan olduğu olaya karışın tüm hekimlerin yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirdiği ortalama özen ve dikkati gösterdikleri, hekimlerin hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.[956].

Son olarak, her tıbbi hatanın ceza sorumluluğunu getirmeyeceğini belirtmek gerekecektir. Öncelikle değerlendirilmesi gerekli husus, taksirli davranışın bir suç tipini ihlal edip etmemesidir. Zarar suçlarında taksirli davranışa karşılık tipik zarar neticesi doğmamışsa hem tipik netice ihlal edilmediği hem de taksirli suçlarda teşebbüs sorumluluğu olmayacağından bu davranış cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık suç tehlike suçu ise ikili bir ayrıma gidilmelidir. Suç, somut tehlike suçu ise taksirli davranışın tipik somut tehlikeyi doğurması ceza sorumluluğu için gerekli olurken soyut tehlike suçunda bu taksirli davranış, ceza sorumluluğu için yeterli olacaktır[957].

b. Tıbbi Hata Türleri

Tıbbi hatalar, her türlü müdahalede müdahalenin herhangi bir aşamasında çok farklı boyutlarda meydana gelebilir. Hekimin hastayla karşılaştığı ilk andan hastanın eski sağlığına kavuşmasına kadar hastaya karşı bir takım yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin herhangi bir aşamasında yapmış olduğu dikkatsiz, özensiz davranışlar tıbbi hataya sebep olabilmektedir. Hekimin söz konusu hatayı bizzat

---

955 Y.13.HD., E.1974/2637, K. 1974/2492. (Özdilek Ali Osman, "Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", www.turkhukuksitesi.com, (erişim tarihi: 27.12.2010).

956 Öztürkler, s. 197.

957 Ünver, Tıbbi, s. 56.

kendisinin yapmış olması da gerekli değildir. Bazı durumlarda hekimin gözetim ve denetim yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle bizzat kendisinin yapmadığı tıbbi müdahalelerden de sorumluluğu doğabilir. Tıbbi hatalar çok çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir[958]. Biz bu hataları uygulamada hastanın hastanede kaldığı süre içerisinde hekimle hastanın karşılaştığı an ile hastaneden ayrılış anına kadar yapılan tıbbi müdahaleleri göz önünde bulundurularak detaylı bir şekilde aşağıda alt başlıklar halinde tasnif etmeye çalıştık.

aa. Tanı Hataları

Tanı, eğer varsa kişide bulunan bir rahatsızlığı bulma ve tanımlama faaliyetidir[959]. Hekimin tanı yükümlülüğünü[960] ne şekilde yerine getireceğine ilişkin hukuki bir düzenleme olmadığı gibi neyin tanı hatası olduğunu belirten bir tablo da mevcut değildir. Tanıya ilişkin hataların tespiti somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir[961].

Hekimin tanıda başarılı olma gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bunun nedeni her zaman kesin, güvenilir bir tanının olmayışıdır. Hekim hastaya ait bulgularla hasta şikâyetleri doğrultusunda hastalığın ne olabileceğine ilişkin bir tanı ortaya koymaktadır En dikkatli hekimin bile esaslı muayeneye rağmen düşebileceği tanı hataları olabilir[962]. Hekim, tanı koyarken tıp biliminin alışıldık ve bilinen kurallarına uymuş, gerekli dikkat ve zamanı harcamış, kayıt ve dosyalara dayanarak tanı koymuş

---

958 Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü 18.01.2005/1128 genelgesinde Bakanlığın aleyhine hizmet kusuru nedeniyle açılan dava kayıtları incelenmiş; özellikle aşağıdaki is ve işlemlere istinaden açılan davaların yoğunlaştığı tespit edilmiştir.
a) Yanlış teşhis ve tedavi,
b) Ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar,
c) Doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar,
d) Hastane idaresinden kaynaklanan problemler,
e) Hatalı enjeksiyon,
f) Hatalı laboratuar tetkikleri,
g) Poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler,
h) Acil servis hizmetlerinin yetersizliği,

959 Kızılyel, s. 212.

960 Uygulamada hekim, tanıyı anemnaz (hasta öyküsü) alarak, fizik muayene (inspeksiyon, palpasyon, perküsyon ve oskültasyon) yaparak ve tetkikleri değerlendirerek koyar.

961 Hakeri, Tıp, s. 345.

962 Belgesay, s. 91.

ise tanı hatasından bahsedilemez[963]. Çünkü hekimin tıp alanında sonsuz bilgiye sahip olması beklenemez[964].

Tanı, hekimin hastalık konusunda değerlendirici yargısından ibarettir. Saha hipotez sahasıdır. Bazen hastanın bünyesi tanıyı güçleştirebilir[965]. Bazen klinik belirtiler en deneyimli hekimleri bile yanıltabilmektedir. Birçok benzer hastalığın belirtileri birbirine karışabilir. Dolayısıyla tanı hatası, otomatik olarak hekimin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır[966]. Önemli olan tanı için gerekli girişimlerin eksiksiz yapılmış olmasıdır. Ancak hekimin mutlak suretle yapması gerekli tetkiki yapmaması ya da hastalık bulguların yorumlanmasında temel bir hataya düşmesi halinde tanı hatasından bahsedilebilir[967]. Örneğin, hekimin belirtilerinin çok açık olduğu bir hastalığı tanımaması halinde özen yükümlülüğünün ağır bir ihlali kabul edilir. Yine hekimin 40 yaşında olan gebeye amniyosentez yapmaması tanı hatasıdır. Burada hekimin sorumlu olduğu tanı hataları, normal insan anlayışına ve bilimin genel verilerine açıkça ters düşen hatalardır[968]. Yine boğazından şikâyet eden hali kötü olan bir hastaya boğaz kültürü yaptırıp difteri tanısı koyması gerekirken, sadece sezgilerine göre kriptik anjin tanısı koyan hekim tedavinin başarısız olması nedeniyle sorumludur. Bir genç kızın bilinen güncel yöntemlere başvurmadan karnındaki şişliği kist sanarak ameliyat edip ölümüne sebep olan cerrah, tanıda hata sebebiyle sorumlu tutulmuştur[969]. Uygulamada TTB Yüksek Onur Kurulu, hekimin USG bulgularında bir üroloji uzmanının aklına ilk etapta testis torsiyonunu getirecek yeterli veri bulunmasına karşın, yanlış tanı koyması nedeniyle meslekten geçici süre ile men etmiştir[970].

Hekimin tanı için gerekli tıbbi müdahale ve tetkikleri yapmaması, yeterli derecede muayene etmemesi[971], elde ettiği bulguları tıp biliminin gerekleri uygun

---

963 Kaneti, s. 526; Kızılyel, s. 212; Akgül, s. 73.

964 Kızılyel, s. 212.

965 Şeref Ertaş, "Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1 (1980), Sayı: 1, s. 187; Belgesay, s. 105; Hakeri, Tıp, s. 344.

966 Hakeri, Tıp, s. 344.

967 Ayan, s. 91; Hakeri, Tıp, s. 344; Ertaş, s. 187, Çetin, s. 38; Akgül, s. 73.

968 Ertaş, s. 187.

969 Belgesay, s. 106.

970 Ünver, Tıbbi, s. 95.

971 "*49 yaşında trafik kazası geçiren hastanın, kaldırıldığı hastanenin acil servis doktoru tarafından Muayene edildiği, hastanın hayati tehlikesinin olmadığını belirtir geçici rapor verilerek evine Yollandığı ve aynı gün hastanın evinde öldüğü belirtilmiştir. YSŞ kararında, dosyada hastaya ait filmlerin olmadığı, otopsi tutanağından, ölümün, künt beden travmasına bağlı çok sayıda*

yorumlayamaması durumu[972] tanı hatası olarak ifade edilebilir. Yine hekimin tüm olanakları kullanmasına rağmen bulguları yanlış değerlendirmesi; tanı için önemli bulgulara ulaşmak için girişimde bulunmaması ya da uzmandan danışmanlık almaması[973], yetersiz[974] veya geç tanı koyması[975] ya da tanının hiç koyulmaması tanı hatasıdır[976]. Gerekli laboratuar tahlililerini yaptırmaması, radyolojik istemleri eksik istemesi ya da hiç istememesi, ileri tetkik için hastayı hastaneye yatırmaması, kadın doğum uzmanının yüksek riskli gebeliği tanımlayamaması ya da konjenital anomaliyi olanakların varlığına rağmen tanımaması[977], bir haftadan beri sürekli veya gelip geçen prekordial ve retrosternal şiddetli ağrı bulunmasına rağmen kalp nevrozu tanısı koyulamaması[978] da tanı hatalarıdır. Uzaktan tanı koymak[979] yasaktır. Hekim

---

kaburga kırığı ve müterafik iç organ yaralanmasından gelişen iç kanamanın etkisiyle meydana geldiğinin anlaşıldığı, dolayısı ile hekimin hastayı dikkatli muayene etmediğinden ve toraks travmasını iyi değerlendirmediğinden dikkatsizlik ve tedbirsizlik açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir" (Hülya Türkan ve Harun Tuğcu, "2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları", **Gülhane Tıp Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 46, Sayı: 3, s. 228).

972 *"…sanığın katılanın çocuğunun hastalığını teşhis edip gereken tedaviyi yapması hususunda bir savsamasının ya da özensizlik, meslek ve sanatta acemiliğini bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucunu etkileyip etkilemeyeceği ve sanığa yükletilebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından dosya gönderilerek Adli Tıp Kurumundan görüş alınması…"* (Y.4.CD., E. 2006/52, K. 2006/12500, Sümer, s. 8).

973 *"6 yaşında okulda birden rahatsızlanan hastanın, götürüldüğü bir hastanenin acil polikliniğinde muayene edildiği, yüksek lökosit değeri nedeniyle Genel Cerrahi konsültasyonu istendiği, muayene edilen hastada acil cerrahi girişim düşünülmediği, hastaya reçete düzenlendiği ve ağrısı olursa tekrar getirilmesi söylenerek evine yollanıldığı, iki gün sonra evinde fenalaşan hastanın, götürüldüğü hastanenin acil servisine ölü duhul ettiği belirtilmiştir. YSŞ kararında, otopsi raporunda, apandisit ve bağırsak perforasyonunun görülmediği ve normal Değerlendirildiğinden, lökosit değerinin yüksek olması da enfeksiyonunun varlığını gösterdiğinden, hastaya enfeksiyona yönelik uygun tedaviler uygulayan, gerekli durumlarda uzman hekime danışan ve hastaya gerekli ilgi ve itinayı gösteren ilk gören doktorun kusursuz olduğuna, ancak lökosidi yüksek olan hastayı etiyolojisini araştırmak için hastaneye yatırmayan ve bu konuda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanından görüş istemeyen genel cerrahın tedbirsizlik, dikkatsizlik ve meslekte acemilik açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 229).

974 Ünver, Tıbbi, s. 95.

975 Tanı hatası nedeniyle hekimin sorumluluğu Yargıtay kararında şu şekilde tartışılmıştır: *"Katılanın, sanığın zamanında tanı koyamaması nedeniyle tedavi yeterli ve elverişli sonuçlar alınamadığını ileri sürmesi ve YSŞ tarafından verilen raporun yeterli gerekçeyi içermemesi karşısında; sanığın katılanın çocuğunun hastalığını teşhis edip gereken tedaviyi yapması hususunda bir savsamasının ya da özensizlik meslek ve sanatta acemiliğin bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği ve sanığa yükletilebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından dosya gönderilerek Adli Tıp Kurumundan görüş alınması ve sonuca göre sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır."* (Y.4.CD., E. 2006/52, K. 2006/12500, Gökcan, s. 325).

976 Hakeri, Tıp, ss. 343-345, Hancı, Malpraktis, s. 101, Çetin, s. 38; Ayan, s. 91; Kızılyel, s. 213.

977 Hakeri, Tıp, ss. 343-345; Pakiş, s. 8.

978 22.11.1967 tarihli YSŞ kararı (Bayraktar, Hekimin, s. 217, Dpn. 67).

hasta veya yakınının telefonla bildirdiği şikâyetleriyle tanı koyamaz. Aksi halde meydana gelen zarardan sorumludur.

Burada ifade edilmelidir ki hekimin hasta ile karşılaştığı anda koyduğu tanı geçici tanıdır. Geçici tanı, hastalık hakkında kesin tanı kadar güvenilir bilgiler içermez[980] ve bu aşamada hekimin sorumluluğunu doğurmaz. Yüksek Sağlık Şurası, 1998 tarihinde verdiği bir kararda bunu açıkça hastalık tanısının yanılgıya sebep olabileceği gerçek kalıcı tanının hastanın gözlemlenip tekrarlanan muayeneler sonucunda verilebileceği bu gibi hastalıklara tanı konulmasının güç olduğunu dolayısıyla hastayı ilk değerlendiren hekimin gerekli ortalama özeni gösterdiği gerekçeleriyle sorumlu olmadığını belirtmiştir[981]. Ancak hekim koyduğu geçici tanıyı ileri tetkiklerle kesin tanıya dönüştüremezse, diğer olası hastalıkların varlığını araştırmalıdır. Bu işlemin yapılmaması da tanı hatası olarak nitelendirilebilir.

Hekim hastayı muayene etmeyi kabul ettikten sonra hastanın şikâyetlerini dikkatlice dinlemeli hastalığı tanısına ulaşabilecek sorular yönlendirmelidir. Hekim doğru tanıyı koyabilmek için hastayı meslek kurallarına ve tıp biliminin o andaki seviyesine göre muayene etmelidir[982]. Yine hekim tanı koyarken özenle hareket etmeli[983] ve tıp bilimince kabul edilen alışılmış ilkeleri gözeterek ve her türlü tedbiri alarak tanı koymalıdır[984]. Hastanın bulguları ve şikâyetleri alışılmadıksa ve hekimin tanı hakkında şüpheleri varsa diğer bir uzman hekimin görüşüne (konsültasyon)

---

979 "*46 yaşında ara sıra nefes darlığı şikâyetleri olan hastanın, aynı rahatsızlık şikayeti ile bir hastanenin acil servisine götürüldüğü, nöbetçi doktor tarafından muayene edildiği, astım krizi, hipertansiyon tanısı konulduğu yapılan tıbbi müdahale ile hastanın rahatlamaması üzerine göğüs hastalıkları uzmanı arandığı ve hastaneye gelmeden telefonla hastanın sevki önerildiği, oksijen ve intravenöz mayi takılı olarak sevk edilen hastanın üniversite hastanesine getirildiğinde, solunumu olmadığı, tansiyon alınamadığı, genel durumu kötü ve siyonize olduğu, entübe edilerek kardiyopulmoner resusitasyon yapıldığı, cevap alınmadığı ve öldüğü belirtilmiştir. YSŞ kararında, ilk gören pratisyen doktorun hastaya gerekli alakayı göstererek doğru tedavi uyguladığı ve uygun konsültasyon istediği, öneri doğrultusunda hastayı zamanında sevk ettiğinden, sorumluluğunu yerine getirdiğinden, kursuz olduklarına, ancak göğüs hastalıkları uzmanının telefonla hasta hakkında bilgi aldıktan sonra, hastaneye gelmediği ve hastayı değerlendirmediğinden, görevi ihmali açısından kusurunun olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 228).

980 Hakeri, Tıp, s. 344.

981 Hancı, Malpraktis, ss. 53-54.

982 Hastanın bu aşamada sorulara doğru yanıt verme yükümlülüğü vardır. Hastanın sorulara eksik veya yanlış yanıt vermesi hekimin kusurunu azaltabileceği gibi ortadan da kaldırabilir. Hekimin hastayı dinlemeden tanı koyması açık tanı hatasıdır. Örneğin, hekimin ameliyat sonrası kontrolde hastayı dinlemeden ikinci ameliyat kararı alması gibi (Ertaş, s. 187).

983 *"Yeterince muayene etmeden, dikiş atma işlemini de sağlık memuruna yaptırıp, gözlem altında tutmadan, gerekli tıbbi özeni göstermeksizin evine göndermekten ibaret eyleminin..."* (Y.4.CD., E. 2002/15982, K. 2002/18822, Savaş, Tıbbi Hata, s. 150).

984 Ayan, s. 89.

başvurmalıdır[985]. Olası diğer hastalıklar için de diğer uzmanlık alanlarından meslektaşlarına danışmalıdır. Gerekirse hastalıkla ilgili güncel veya yeni tanı yöntemlerini araştırmak için literatüre başvurmaktan çekinmemelidir. Hastalığın tanısını doğru koyabilmek için tüm tanı olanakları kullanılmalıdır. Bu olanaklar içerisine eksplorasyon[986] ameliyatları da dâhildir. Hekim ayırıcı kesin tanıyı koyabilmek için hastayı ameliyat etmesi gerekebilir. Bu şekil tanı ameliyatı sonrasında beklenilen tanıya ulaşılamazsa hekimin yapmış olduğu cerrahi müdahale hukuka aykırı olmayacaktır[987].

Uygulamada hekimlerin bazı şeyleri atlamamak ve kendilerini garantiye almak için gereksiz tetkikler yaptırdıkları gözlenmektedir. Burada hekimin tetkikleri gereğinden fazla istemesi sorumsuzluk için yeterli olmayıp önemli olan gerekli tetkikleri yapıp onları doğru değerlendirmesidir. Örneğin, basit, herhangi bir belirti vermeyen kafa travmasında kafa grafisi çektirmeyen hekim, kafatasında var olan kırığı atlasa bile bu hata kabul edilebilirlik sınırları içerisinde değerlendirilebilir. Böyle bir durumda kimse hekimden grafi, MR gibi tetkikleri yapmasını bekleyemez. Ancak bilinç kaybının yaşandığı, bulantı kusma şikâyetlerinin olduğu bir kafa travmasında hekimin grafi çektirmemesi tanı hatası olarak kabul edilecektir[988]. Hekimin gereğinden fazla tetkik istemesi, bu tetkiklerden hasta için riskli olanların bulunması halinde hekim tanı hatasından sorumlu bulunabilir[989].

Tanı koymak amacıyla yapılan müdahaleler sırasında hastaya verilen zararlar da tanı hataları içerisinde sayılabilir[990]. Örneğin, mide şikayeti bulunan bir hastaya anı koymak amacıyla yapılan endoskopi sırasında steril olmayan aletlerin kullanılması sonucu meydana gelen zarardan hekim sorumlu olacaktır.

Hekimin tanı hatasına düştükten sonra, bu hatasında hekimlik onuru gibi iç dünyasıyla ilgili bir nedenle ısrar etmesi sorumluluğunu gerektiren diğer bir durumdur[991].

Sonuç olarak, hekim, belirtileri çok açık bir hastalığı (karakteristik belirtileri ortada olan) dikkatsizlik veya deneyimsizlik nedeniyle tanıyamamışsa, mutlaka

---

985 Çetin, s. 38.
986 Araştırma, inceleme, hastalığın tanısını koymak amacıyla araştırma yapma (Kocatürk, s. 305).
987 Hancı, s. 101 ve 106; Belgesay, s. 105.
988 Çetin, s. 38.
989 Hakeri, Malpraktis, Tıbbi, s. 41.
990 Ertaş, s. 187.
991 Belgesay, s. 106.

yapılması gerekli tetkikleri yaptırmamışsa, savunulamayacak bir biçimde tıp bilimine aykırı olarak bulguları yorumlayamamışsa (tanıya yardımcı laboratuar ve radyolojik bulguların hastalığın kinliği ile örtüşüp örtüşmediğini kontrolünün yapılmaması), geçici tanı sonrası tanının doğruluğunu kontrol için gerekli girişimlerde bulunmamışsa tanıda hata etmiş kabul edilir[992].

Danıştay, yanlış tanı nedeniyle psikiyatrik tedavi görülmesini ve hastalıkların karıştırılmasını hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir[993].

bb. Tedavi Hataları

Hekim tedavisi denildiğinde insan vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları, acıları, zararları, şikâyetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak hekimin bütün müdahale ve tedavi amaçlı tedbirlerin tümü anlaşılmaktadır[994]. Tedavi hatası, tıp biliminin verilerine göre gerekli olan özenin gösterilmediği uygun olmayan her türlü tıbbi müdahale olarak tanımlanabilir[995].

Öncelikle hekimin kendisine başvuran hastasına iyileştirme teminatı vermediğini belirtmek gerekir. Buna karşılık, hekim tıp bilimi kurallarını mevcut gelişmişlik düzeyinde dikkatli ve özenlice uygulamakla yükümlüdür. Hekimin tıbben gerekli olan hareketi yapmaması[996] veya gerekli olmayan hareketi yapması tedavi hatasıdır. Tanı hatalarında olduğu gibi burada da hareketin ihmali veya icrai olup olmamasının bir önemi yoktur. Hekimin hastayı iyileştirmeyi garanti etme gibi bir zorunluluğu olmamakla birlikte, güncel tıp bilgileriyle, hekimlik meslek kurallarına ait hukuki düzenlemelere de uyarak hastanın tedavisi için elindeki tüm imkânları kullanmakla yükümlüdür[997]. Hekim uzmanlık dalına ait en yeni bilgi ve teknik

---

992 Hakeri, Tıp, s. 347; Özkara/Çoker/Hancı, s. 8; Belgesay, ss. 105-106.

993 Kızılyel, s. 213.

994 Hakeri, Tıbbi, s. 42; Aşçıoğlu, s. 49.

995 Hakeri, Tıp, s. 348.

996 *"60 yaşında hastanın sabah saatlerinde elbiselerinin tutuşup yanması sonucu vücudunun çeşitli yerleri yanıyor, önce sağlık ocağına oradan da ambulans ile bir devlet hastanesine sevk ediliyor. Bu hastanenin acil servisinde görevli doktor, ciddi olarak değerlendirilebilecek yanıkları olan hastayı yatırmayarak ayaktan tedavi uyguluyor, evine dönen hasta aynı gün akşam saatlerinde evinde ölüyor. YSŞ kararında, hastaneye ilk başvurduğunda hastaya gerekli ilgi ve itinayı göstermediği, gerekli süre gözlem altında tutmadığından doktorun tedbirsizlik, dikkatsizlik açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 228).

997 Aşçıoğlu, s. 66.

donanımları sürekli araştırmak durumundadır. Tedavi hataları çok çeşitlidir. Biz burada tedavi hatalarını uygulamada yaşanan olayları göz önünde bulundurarak hukuksal açıdan sınıflandırmaya çalışacağız.

aaa. Müdahalenin Yapılmaması veya Müdahaleyi Zamanında Yapmama

En temel tedavi hatasıdır. Hastaya gerekli olan tıbbi müdahalenin yapılmaması[998] ya da geç[999] yapılmasıdır. Müdahalenin yapılmaması ihmali hareket niteliğindedir[1000]. Hekimin tanı ve tedavi amacıyla önüne gelen hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunmaması sonucunda hastanın durumunun kötüleşmesi ya da ölmesi halinde hekimin sorumluluğu doğar. Yine hekim tarafından yapılması gerekli ve zorunlu olan bir müdahalenin başka bir sağlık görevlisine yaptırılması halinde de hekim, yetkisiz müdahalede bulunan diğer sağlık personeli gibi sorumlu olacaktır[1001].

---

998 *"21 yaşında hasta, ayağından ateşli silahla yararlanma sonucu bir hastanenin acil servise getirildiği, ilk müdahaleler yaptıktan sonra venöz damar yaralanması ve damar tamiri gerektiği düşüncesiyle bağlı olduğu kurum hastanesine, buradan da üniversite hastanesine sevkinin yapıldığı ve yaralının kan kaybından öldüğü belirtilmiştir. YSŞ kararında dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın götürüldüğü ilk hastanedeki damar yaralanması ve kan kaybına müdahale etmeyen, gerekli branş hekimlerini hastaneye davet etmeyen doktorun tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 229); *"Travmalı bir hastanın gözlem altında tutulması gerekirken hastayı yatırmayıp taburcu eden hekimin cezalandırılması gerekir."* (Y.9.CD., E. 2006/4047, K. 2006/6290, Hasan Tahsin Gökcan, "Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Sorumluluk", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 55), Danıştay bir kararında doğum sırasında gerekli müdahaleyi yapmayarak çocuğun kalmasında hizmet kusuru bulmuştur (D.10.D., E. 200/1010, K. 2002/852, Akgül, s. 74).

999 *"Ölenin getirildiği hastane acil servisinde görevli doktor olan sanığın, hastayı hiç görmeden sağlık memuruna telefonla talimat vererek müdahale ettirdiği, aradan 2-2.5 saat geçtikten sonra bizzat muayene ederek başka hastaneye sevk etmesi sonucunda şahsın ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın başka acil hastalar bulunduğuna dair savunması da araştırılarak kusuru bulunup bulunmadığı hususunda ilgili kurumdan rapor alınarak sonuca göre hukuki durum takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile beraat hükmü tesisi kanuna aykırıdır."* (Y.9.CD., E. 2006/8605, K. 2007/3604, Gökcan, s. 326); Ameliyatın geç yapılması nedeniyle ölüm olayında idarenin hizmet kusuru bulunmuştur.(D.10.D, E. 1996/2967, K. 1998/808, Öztürkler, s. 327); "*…Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz şekilde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır."* (Y.13.HD., E. 2005/11459, K. 2005/17474, http://www.nethasar.com/yargitay_kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

1000 Hakeri, Tıp, s. 348.

1001 *"Sanık hemşire, katılanın doğumu nedeniyle görevi olmadığı halde, epizyo dikim işini yapmak ve sanık hekim, epizyo dikimini kendisi yapmayıp, hemşire sanığa yaptırmak suretiyle katılanın doğum yarasının enfekte olmasına yol açma eylemlerinin, taksirle yaralama suçuna yol açacağı…"* (Y.4.CD., E. 2004/7665, K. 2006/12374), (Gökcan, s. 326).

Bu gibi durumlarda neticeye göre taksirli yaralama veya öldürme suçu oluşur. Hekim her şeyden önce hastanın tedavisini tıbbi gerekliliklere göre zamanında yapmalıdır.

Yargıtay'a göre tedavi hatası, hastanın durumunun tıbbi açıdan zamanında belirlememek[1002] veya belirlemede geç kalmak, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksik almak veya almamak, uygun tedaviyi belirlememek veya belirlemekte geç kalmaktır[1003]. Gece hafta sonu gibi gerekçelerle hasta tedavisi, özellikle acil durumlarda, ertelenemez[1004]. Danıştay, verdiği bir kararda doğum sırasında gerekli müdahaleyi yapmayarak çocuğun özürlü kalmasını tedavi hatası olarak nitelendirmiştir[1005].

Tedavi hatalarına şu örnekler verilebilir: Ölen hastanın karın şikâyetlerinin geçmemesi üzerine başvurduğu hastanede genel cerrahi uzmanın hastayı daha dikkatli muayene edip hastaneye yatırması gerekirken basit bir muayene ile genel cerrahi yönünden patoloji olmadığının belirtilmesi zaman kaybına ve patolojisinin ağırlaşmasına neden olduğundan hekim kusurlu görülmüştür[1006]. Kalp krizi geçiren hastaya yardımdan kaçınan hekimler meydana gelen ölümden sorumludur[1007]. Hastanın post- operatif dönemde yalnız bırakılması sırasında kalp krizi geçirmesinde

---

1002 "*21 yaşında yüksekten düşme sonucu yaralanan hasta, bir hastanenin acil servisine götürülüyor, yapılan muayenesi sonucunda yatışı yapılan hastaya genel cerrahi, nöroşirurji, ortopedi, kardiovaskuler sistem cerrahisi ve üroloji konsültasyonlarının yapıldığı, tetkikleri devam eden hastanın 4saat sonra öldüğü belirtilmiştir. YSS kararında, genel vücut travması geçiren hastalarda mortalite ve morbidite oranının yüksek olduğu, bu nedenle USG Raporunda; morrisonda ve presplenik alanda sıvı olması retroperitoneal kanamayı gösterdiği ve ayrıca mesanede makroskobikhematuri olması hastanın hemorajik şok nedeninden öldüğünü belirlediği, ciddi hemorajik kanamalarda lökosit sayısının artacağı ve ilk durumda da hemoglobin ve hematokrit değerleri düşmeyeceği durumları göz önüne alınmadığı, hastanın takip ve tedavisinde gerekli ilgi ve itina gösterilmediği, hastaya peritoneallavaj veya acil laparastomi yapılmadığı, dalak bölgesindeki kanama durdurulmadan tedavisinin mümkün olmayacağı ve hastanın tedavi edilmeden uzmanlık birimleri arasında konsulte edilerek zaman kaybına neden olunduğu cihetlerle görev ihmalinin olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 229).

1003 Y.13.HD., E. 2006/5518, K. 2006/11185 (Hakeri, Tıp, s. 348).

1004 Hakeri, Tıbbi, s. 43.

1005 D.10.D., E. 1998/5580, K. 2001/582 (Kızılyel, s. 213).

1006 YSŞ kararı, Öztürkler, s. 352; Konuyla ilgili olarak Yargıtay da hekimin travmalı bir hastayı gözlem altında tutması gerekirken, hastayı taburcu etmesine ilişkin bir başka olayda şu şekilde karar vermiştir: *"YSŞ raporunda hastaneye yatırılarak takibi gereken politravmalı bir hastayı kısa süreli gözlem altında tutarak eve göndermenin bir kusur olduğunun belirtilmiş olması ancak hastanın kim tarafından taburcu edildiğinin dosyadan anlaşılamaması karşısında; ölenin sanık tarafından taburcu edilmiş olması ihtimali de gözetilerek, kimin tarafından taburcu edildiği araştırılıp kesin olarak belirlenmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır."* (Y.9.CD., E. 2006/4047, K. 2006/6290), (Gökcan, s. 326).

1007 09.11.1967 tarihli Y.4.HD. kararı, (Hancı, Malpraktis, s. 167).

anestezi hekimi kusurlu bulunmuştur[1008]. Hastanın kalp krizi geçirmesi üzerine kaldırıldığı hastanede hekimlerin hastaya bakmayıp bakım işini birbirlerinin üzerine atmaları yüzünden geç kalınıp hastanın ölümüne sebebiyet vermekten kusurlu bulunmuştur[1009]. Hekimin hastayı uzaktan tedavi etmesi yasaktır[1010]. Hekim hastayı bizzat tedavi etmelidir. Hekimin muayene yapmadan uzaktan reçete göndermesi kabul edilemez[1011]. Ancak hekim hastayı daha önce tanıyorsa veya hastalık hafif hastalıkta hekim telefonla yol gösterebilir. Hastaya ulaşıncaya kadar telefonla ön bilgiler verebilir. Yargıtay bir kararında gözüne çivi batan bir kişiyi röntgen çekmeden çiviyi çıkaran hekimi gözün görme yeteneğini tamamen kaybetmesi sonucunda kusurlu bulmuştur[1012].

Gereken tıbbi müdahale doğru bir şekilde zamanında yapılmazsa geriye dönüşsüz bir takım sonuçlar oluşabilir. Bu sonuç, hukukta ihmali davranışla ölüme ya da yaralamaya sebebiyet verme olarak isimlendirilir. Yargıtay verdiği bir kararda gerekli tıbbi müdahaleyi zamanında yapmayan hekimin Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak, hekimin sorumluluğunu yerine getirmesi nedeniyle ölümün kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması halinde görevi savsama suçundan; hekimin sorumluluğunu yerine getirmemesi nedeniyle ölüm olayının gerçekleşmesi halinde taksirle ölüme sebebiyet suçundan ceza alması gerektiğine karar vermiştir[1013].

bbb. Tanıya Yönelik Gerekli Tetkiklerin İstenmemesi

Tanıya yönelik gerekli tetkiklerin istenmemesi bir önceki başlık altında belirttiğimiz gibi aslında tanı hatalarına girmektedir. Ancak hekimin tanıya yönelik

---

1008 Hakeri, Tıp, s. 351.

1009 Y.4.HD., E. 1967/2548, K. 1967/8440 (Aşçıoğlu, s. 71).

1010 *"...embesil düzeyde zekâ gerisi olan anne adayı (tecavüz sonucu 30 haftalık gebelik ve erkek membran rüptürü, %90 efasman, 2 cm.lik açık) kendi annesi ile birlikte kadın doğum uzmanının muayenehanesine gelir. Hekim muayenehanede hastayı yatırır, tıbbi ehliyeti olmayan hizmetliye bırakarak sancı geldiğinde haber vermesini söyleyerek muayenehaneyi terk eder. Bu arada hasta kendini tuvalete kilitler. Kapı kırılıp içeri girildiğinde bebek doğmuş ve beton üzerindedir. Hekim plasentayı elle doğurtur. Anneye müdahale edilir. Bebekte mekanik asfiksi bulguları saptanır. Doğum travayını ehil olmayan kişilere bırakarak giden, hastanın başucunda oturup takip etmeyen hekimin olayda 4/8 oranında kusuru olduğu, bakiye kusurun ise hastalığın gidişatına bağlı olduğuna karar verilmiştir..."* (Öztürkler, s. 514).

1011 Hakeri, Tıbbi, s. 43.

1012 Y.CGK., E. 1991/4-311, K. 1991/17 (Özgenç, Tıbbi, s. 2201).

1013 Y.4.CD., E. 2003/1064, K. 2004/2055 (Savaş, Yargı Kararları, s. 188).

gerekli tetkiklerin istenmemesi sonucunda hastanın hastalığını tespit edememesi dolayısıyla hastayı tedavi edememesi ya da yanlış tedavi etmesine neden olur.

Uygulamada bu nedenle tedavi hatalarının yapıldığı görülmüştür. Örneğin, göz kapağı ameliyatından önce biyopsi yapılmaması nedeniyle hekimin sorumluluğu doğmuştur[1014]. Yine kadın doğum uzmanının jinekolojik muayene sonrası şüpheli bulduğu rahim ağzı görüntüsü için smear alıp patolojiye göndermemesi ve hastanın şikâyetlerinin artması üzerine başka bir hekimce değerlendirilip smear testi sonucunda malignite saptanması durumunda ilk hekimin sorumluluğu doğacaktır. Kurşun yaralanması sonucu hastaneye başvuran kişinin yarasını temizleyip kapatmakla yetinen hekimin hastanın daha sonra fenalaşıp hastaneye başvurması ve bir süre sonrada ölmesi halinde hekim kusurlu bulunmuştur. YSŞ'nın raporunda hekimin hastanın vücudunda giriş yeri belli çıkış yeri belli olmayan kurşun için herhangi bir grafi istememesini, olayın olduğu yerde kurşun olup olmadığını araştırma yapmamasını ve ertesi güne kadar hastanın durumunu araştırmamasını kusur olarak belirtmiştir[1015].

ccc. Yetersiz Muayene ve Hastalık Öyküsü Alınması

İyi bir tedavi için iyi tanı iyi tanı için yeterli muayene ve hastalık öyküsü alınması şarttır. Hastalık öyküsü, hastanın veya yakının hastalığa ilişkin aktardıkları bilgilerdir[1016]. Hastalık öyküsü hastanın mevcut şikâyetlerini, daha önce geçirdiği hastalıkları, kullandığı ilaçları, ailesinde var olan hastalıkları içermelidir. Hastalık öyküsünün eksik alınması, bu konuda özen gösterilmemesi[1017] tanıya yönelik hekim kusurundan birisidir. Hastalık öyküsünün alınmadan tedavi planlaması durumunda

---

1014 Öztürkler, s. 93.

1015 Hakeri, Tıp, s. 354.

1016 Hakeri, Tıbbi, s. 39.

1017 "*Şiddetli karın ağrısı olan 16 yaşında hastanın getirildiği hastanenin acil servisinde, yapılan tüm müdahalelere rağmen, ağrısının aynı şiddetle devam ettiği ve hastanın daha önce iki kez ameliyat edildiği, bağırsak düğümlenmesi olabileceği yolunda kuşkuların bulunduğu defalarca aile tarafından söylendiği halde, ancak; ertesi gün sevk edildiği, orada bağırsak düğümlenmesi sebebiyle ameliyata alındığı ve zamanında müdahale edilmemesi nedeniyle hastanın öldüğü belirtilmiştir. YSŞ kararında, tanı konulmayan karın ağrısına analjezik ve sedatif yaptıran, gerekli ilgi ve itinayı göstermeyerek tıbbi usullere uygun takip ve tedavilerini yapmayarak, sevk etmede gecikerek tedavide gecikmeye sebep olmaları nedeniyle doktorun, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme neden olmak nedeni ile kusurlu olduğuna karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 229).

hekimin yanlış tedavi belirlemesine, tedavinin gecikmesine bağlı olarak hastaya zarar vermesi gündeme gelebilir. Hekimin muayene yapmadan ve hastalık öyküsü almadan tıbbi müdahalede bulunması tedavi kusuru olarak kabul edilmiştir[1018]. Örneğin, hastada mevcut olan bulaşıcı hastalığın öykü alınmaması nedeniyle bilinmemesinden kaynaklanan diğer zararlardan hekim sorumludur[1019]. Hekimin tanı koyma işlemlerinde özensiz davranması (hastayı muayene etmeyen, önceki hekimin muayenesiyle yetinen ve telefon görüşmesiyle kendisine aktarılan bilgiyle yetinen hekim gibi) sonucunda meydana gelen neticeden sorumluluğu doğacaktır[1020].

Hekimin doğru bir tanı koyabilmek için hastayı modern tanı araç ve imkânlarıyla muayene etmesi gerekir. Diğer bir deyişle, hekimin tanı koymada belli bir standarda uyması gereklidir. Bu standart aletlerde ve teknikteki gelişmelere bağlı olarak belirlenir. Burada hekimin bu işlemi yapmamasından doğan sorumluluğu değerlendirilirken hekimin bu cihazlara ulaşabilirliğinin ölçüsü göz önünde bulundurulur. Örneğin, küçük bir ilçede gebelik takibi yapan hekimden dopler cihazı ile bebeğin kan akımlarını izlemesi beklenemez. Hekim tanıdan sonra uygulanabilecek bir tedavi imkânı mevcut değilse tanıya yönelik tetkik ve muayeneleri yapmak zorunda değildir. Hekim söz konusu standardın (kendi bilgi donanımı, araç-gereç) olmamasına rağmen hastayı gönüllü olarak üstlenirse üstlenme kusuru işler[1021].

Hekimin ameliyat etmeden önce hastayı muayene edip detaylı öykü alması ve gerekli tetkikleri istemesi gerekir. Yine ameliyat öncesinde ameliyata ilişkin tüm hazırlıkların tam olarak yapılması ve gerekli önlemlerin alınmış eksikliklerin giderilmesi gereklidir[1022]. Konuya ilişkin olarak Hususi Hastaneler Kanunu açık düzenlemelerde bulunmuştur[1023]. Uygulamada ameliyat öncesi ayak grafisi

---

1018 Hakeri, Tıp, s. 353.
1019 Hakeri, Tıbbi, s. 39.
1020 Ayan, s. 91.
1021 Hakeri, Tıbbi, s. 39.
1022 Yargıtay, Ameliyat sırasında oksijen tüpü yerine karbondioksit tüpünün takılması sonucu ölüm nedeniyle önüne gelen davada *"ameliyat öncesi anestezi işini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak yerine, bu görevlerin hiçbirini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla…"* (Y.2.CD., E. 1996/268, K. 1996/1025, Savaş, Tıbbi Hata, s. 129).
1023 Söz konusu düzenlemeler birbiriyle bağlantılı olmak üzere 29 ve 43. maddelerde şu şekilde düzenlenmiştir: *Madde 29 "Karın, göğüs ve beyin ameliyeleriyle diğer mühim ameliyelerin icrasından evvel yapılması lâzım gelen serirî tetkikatla laboratuar muayenelerine ve bunların müşahede kâğıtlarında tamamen tespitine ve ameliyattan evvel hastanın mevcutsa bünyevi ve*

çekilmeden, yeterli ameliyat hazırlıkları yapılmadan[1024] ve hastanın yaşı dikkate alınmadan seçilen ameliyat yönteminin önde gelen seçenek olmadığı, ikinci ameliyattan sonra da deformasyonun düzelmemesi nedeniyle kalıcı zararın doğması, aydınlatılmış onamın yeterli ve gerektiği şekilde alınmamış olması nedeniyle hekim geçici olarak meslekten men cezasıyla cezalandırılmıştır[1025]. Enfarktüs geçirip ölen bir hastayı, eşinin telefonla verdiği bilgilere göre muayene etmeden değerlendiren hekim kusurlu bulunmuştur. Konuyla ilgili olarak Yargıtay, hekimin tedaviyi yan etkileri bertaraf edecek şekilde yapması gerekirken gerekli test ve araştırmaları yapmadan ışın uygulayan hekimi kusurlu bulmuştur. Hekimin ışını uygulayan teknisyenden farklı olduğunu tüm tehlikeleri bertaraf edecek şekilde çalışmaları gerektiğini eklemiştir[1026].

ddd. Yanlış Tedavi Yöntemi Seçme

Öncelikle belirtmek gerekir ki hekim tedavi yöntemini seçmekte serbesttir[1027]. Yani hekim hastanın durumu ve entelektüel yeteneklerine göre uygun gördüğü tedaviyi hastasına uygular. Ancak hekim hastalığın tedavisi için uygulanacak en uygun yöntemi seçerken özenli davranmalıdır. Hekim, tedavi yöntemini seçmede serbest olsa da seçimde haklılık ve uygunluk bulunmalıdır[1028]. Hekimi belli tedavi yöntemini seçmeğe sevk eden nedenlerin, bir denetime tabi tutulması gerekir.

---

arızi mânialarının tadil ve izalesine ve bir an evvel ameliyat yapılması icap eden vaka'larda serirî tetkiklerin ve laboratuar muayenelerinin tehiri sebeplerine ve saireye ait hükümler 21 inci maddede yazılı nizamname ile tâyin olunur."

Madde 43 "29 uncu maddede yazılan cerrahi ameliyeleri aynı maddede yazılı tetkik ve tedavileri yapılmadan icra eden tabiplerden üç yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezası alınır. Eğer bu suretle cerrahi ameliye yapılan hasta vefat eder ve vefatın ameliyattan evvel yapılması lâzım ve mümkün olan şartların ifa edilmemesinden ileri geldiği meydana çıkarsa cerrahi ameliyeyi icra eden tabip hakkında Türk Ceza Kanununun 455 inci maddesi hükmü tatbik olunur. 29 uncu maddenin son fıkrasında yazılı zaruri sebeple ameliyattan evvel ifa edilmeyen şartlardan ve bunların neticelerinden dolayı cezaya çarpılmaz.".

1024 Yargıtay, bir kararında ameliyat öncesi gerekli konsültasyon ve tetkiklerin yapılmamasının ve anestezi uzmanı bulundurulmamasının hekim kusuru sayılacağını şu kararında açıkça belirtmiştir*:"Acil olmayan ameliyattan önce yapılması gereken konsültasyon ve tetkiklerin yeterli düzeyde yapılmadığı gibi ameliyat sırasında anestezi uzmanı da bulundurulmaması nedeniyle sanığın buna göre cezalandırılması gerektiğini gözetilmemesi, kanuna aykırıdır."* (Y.9.CD., E. 2006/5972, K. 2007/114,Gökcan, s. 325).

1025 Ünver, Tıbbi, s. 95.

1026 Y.4.HD., E. 1976/692, K. 1976/11046 (Aşçıoğlu, s. 74).

1027 Köprülü, s. 592.

1028 Köprülü, s. 592.

Denetim, hekimin seçtiği yöntemlerle o hastalık bakımından genellikle kabul edilen yöntemlerin karşılaştırılması yöntemiyle yapılmalıdır[1029].

Hekimin tedavi yöntemlerinden her hangi birini seçmesi veya genelde uygulanan yöntemden ayrılması her zaman tedavi hatası olarak kabul edilmez. Uygulanacak yöntem tıbbın kabul ettiği yöntem olmalıdır[1030]. Bilinen ve kabul edilen yöntemlerden ayrılan hekimin tercihini objektif ve haklı nedenlere dayandırması zorunludur[1031]. Tedavinin araç ve yöntemini seçmek görevi hekimdedir. Seçilen yöntemin güvenli yöntem olmaması tıbbi hata unsurlarından sayılmaz. Seçilen yöntem riskli de olsa hekim tıbbın gerektirdiği önlemleri alınarak uygulanırsa tıbbi hatadan bahsedilemeyecektir. Genel kabul gören yöntemden ayrılan hekimin bu tercihini objektif nedenlere dayandırması gerekir. Örneğin belli bir hastalıkta genellikle kullanılan ilâcın, o somut hasta yönünden daha tehlikeli sonuçlar doğuracağını düşünen hekim, objektif bir nedene dayanıyor demektir. Bunun gibi, en etkili olduğu düşünülen tedaviyi, o somut olayda, ilacın objektif etkenliğine tesir eden başka faktörler nedeni ile reddeden bekimin de, bir takım objektif gerekçeleri olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber, iki yöntem arasında yapılan karşılaştırma, genellikle kabul edilen tedavinin, olayın özelliklerine rağmen, hekiminkine tercih edilmesi gerektiğini gösteriyorsa, objektif ölçülere dayanan bir mesleki kusur var demektir[1032]. Yani hekim tedavi yöntemi seçimini objektif biçimde haklı gösteremiyorsa uygulanan yöntemler onunkine oranla daha kabul edilebilir ya da tartışmasız kabul edilen bir nitelikte ise tedavi hatası düşünülmelidir. Bu durum bilirkişi raporuyla belirlenecektir. Hekim, seçmiş olduğu tedavi yöntemini sürekli kontrol etmeli beklenmedik etkilerine karşı uyanık olmalıdır. Beklenen etkiyi göstermeyen ya da hastaya zarar veren tedavinin değiştirilmemesi de tedavi hatasıdır.

Yargıtay, birçok kararında hekimin tedavi yöntemini seçerken sınırsız, keyfi takdir yetkisine sahip olmadığını kabul etmektedir[1033]. Hekim, hastanın ve

---

1029 Keyman, s. 82.

1030 TTB Yüksek Onur Kurulu, bir hekimi bilimsel ilkelere ve belirlenmiş yöntemlere uygun araştırmalar yapılmaksızın, yan etkilerini ve etkinliğini ölçmeksizin hemoroit ve göz hastalıklarını sülükle tedavi etmesini uzmanlık alanının göz olmamasına rağmen ilgili konularda bilimsel olmayan yöntemlerle hasta tedavi etmesi nedeniyle cezalandırmıştır (Ünver, Tıbbi, s. 97); Demir, Sorumluluk, s. 239.

1031 Köprülü, s. 592.

1032 Keyman, s. 82.

1033 Y.13.HD., E. 2002/2589, K. 2002/4560, Y.13.HD., E. 2006/14854, K. 10687 (Ünver, Tıbbi, s.80).

hastalığının özelliklerini göz önünde tutulmalı ve hastanın yaşamını risk altına sokmamalıdır. Eğer risk kaçınılmaz ise bu durumda hastayı en az riske sokan, en güvenli yol tercih edilmelidir[1034].

Hasta için doğru tedavi yöntemi seçme konusunda izlenmesi gereken yöntem, hasta için en az tehlikeli, en az acı verecek yöntem olmalıdır. Bu konuda hekime *"en güvenilir yol prensibi"* yardımcı olacaktır[1035]. Hasta için tehlikeli ve acı veren bir yöntemin seçilmesinin gerekli olduğu haller hariç olmak üzere, hekimin karşılaştığı hastalıkta bu yöntemleri daha az tehlike içeren bir yöntemin olmasına rağmen tercih etmesi tedavi hatasını oluşturacaktır[1036]. Örneğin, ilaçla tedavi edilebilen bir hastalık için hekimin hastayı doğrudan ameliyata alması tedavi hatasıdır [1037] . Yine uygulamada sık karşılaşılan durum olan sezaryen ameliyatları için de aynı durum geçerlidir.

Hasta için uygun tedavi yönteminin seçilmesi sırasında hekimin her zaman ve her koşulda güvenilir yöntemi uygulaması mümkün ve/veya gerekli olmayabilir. Burada göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus *rizikonun artırılması yasağı*dır[1038]. Yani, tıbbi müdahalede bulunulması halinde gerçekleşmesi muhtemel sonuç, müdahalede bulunulmaması halinde gerçekleşmesi muhtemel olan sonuçtan daha ağır ise, tıbbi müdahaleden kaçınılması gereklidir. Burada önemli olan, hastanın tedavi edilmemesinin sağlığı ve yaşamı bakımından oluşturduğu risk ile belirlenen tıbbi müdahale yönteminin kişinin sağlığı ve yaşamı bakımından oluşturduğu riskin karşılaştırılması sonucunda, ikincisinin birincisine tercih edilmesidir. Hekim tedavi yöntemini belirlerken rizikoyu artıracak yöntemlerden uzak durmalıdır. Hastanın ve hastalığının özelliklerini göz önünde bulundurup gereksiz risklerden kaçınmalıdır[1039]. Hekim somut duruma göre, riskli bir müdahaleyi iyileşme olasılığına bağlı olarak üstlenebilir. Bu durum tıbbi müdahale hatası olarak kabul edilemez.

Hekim yeni tedavi yöntemlerine de başvurabilir. Tedavi şansı eski yönteme oranla yüksek olan bir tedavi yöntemi uygulayabilir. Ancak, seçilen tedavi

---

1034 Demir, Sorumluluk, s. 239; *"...Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmak ve en emin yol seçilmelidir."* (Y.13.HD., E. 2008/4519, K. 2008/10750, http://www.nethasar.com/yargitay_kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

1035 Ayan, s. 91.

1036 Hakeri, Tıp, s. 357; Ayan, s. 91.

1037 Hancı, Malpraktis, s. 103.

1038 Hakeri, Tıp, ss. 191-192; Özgenç, Tıbbi, s. 2186.

1039 Özgenç, Tıbbi, s. 2186.

yönteminin yeniliği artıkça hekimden beklenilen özen de artmaktadır. Böyle bir durumda hekim, tedavinin olumlu ve olumsuz yönlerini hastaya anlatmalı ve aydınlatılmış onamını almalıdır[1040]. Seçilen tedavi yöntemi doğru uygulandığı sürece hekimin sorumluluğunu doğurmayacaktır[1041].

eee. Ölçüsüz veya Hatalı Tıbbi Müdahalede Bulunma

Hastaya uygulanan tıbbi müdahale ölçülü ve doğru olmalıdır. Hekim hastanın tanısı koyup tedavi yöntemini uygulamaya başladığında tedavi süreci boyunca özenli hareket etmekle yükümlüdür. Ölçünün aşılması ve tıbbi müdahale sırasında hata yapılması, tıbbi hata olarak kabul edilecektir[1042]. Tıbbi müdahalenin ölçüsü, tıp biliminin verileri doğrultusunda, tıbbi müdahalenin yapıldığı andaki seviyeye göre olmalıdır[1043]. Örneğin, hastayı tedavi etmek amacıyla verilen ilacın veya ışının tıp bilimince bilinen, kabul edilen dozun üzerinde verilmesi, tedavi hatasıdır.

Hatalı tıbbi müdahale uygulamaları da tedavi hatasına girer. Öncelikle hekimin tıbbi müdahale sırasında tercih edeceği yöntemi belirlemede özgür olduğu söylenmelidir. Diğer bir deyişle, bir hastalık için uygulanan cerrahi müdahale teknikleri tıp bilimince kabul görmüş olan teknik olmak koşuluyla çok çeşitli olabilir. Hekim bu tekniklerden herhangi birini seçmede serbesttir. Hekim, hangi yöntemi uygularsa uygulasın hastaya zarar vermemelidir. Yani uyguladığı yöntemi doğru bir şekilde icra etmelidir.

Bu tür tedavi hatalarına örnek olarak, ameliyat sırasında çevre doku ve organlara zarar verilmesi, nefes borusu yerine yemek borusuna müdahale edilmesi verilebilir. Yargıtay'ın verdiği bir kararda koltuk altındaki kistin çıkarılması sırasında sinir zedelenmesi sonucu kolun felç olmasını YSŞ'nın vermiş olduğu raporun aksi doğrultusunda değerlendirerek, hekimi hatalı tıbbi müdahaleden sorumlu tutmuştur. Gerekçe olarak, böyle ameliyatlarda meydana gelebilecek komplikasyonu kabul etmekle beraber hastanın kolunun bu hale gelmesi ameliyat

---

1040 Ayan, s. 92; Kızılyel, s. 213.
1041 Çetin, s. 39.
1042 Danıştay, bir kararında orantısız narkozdan kişinin ölmesi olayında tıbbi hatanın var olduğunu belirtmiştir (D.10.D., E. 1997/2731, K. 2001/4835, Akgül, s. 74).
1043 Hakeri, Tıp, s. 363.

olmasaydı 3-5 yılı bulabileceğini göstermiştir[1044]. Danıştay, potasyum klorürün setten hızlı verilmesi nedeniyle meydan gelen ölümü, serumun deri altına yayılması nedeniyle şişerek kangren olan parmakların kesilmesini, kanamalı hastanın damar kesisini görüp, söz konusu kesi onarılmadan sadece yaraya dikiş atılarak eve gönderilen kişinin ölmesini ve tedavi sırasında serum yerine alkol verilmesini tedavi hatası olarak nitelendirmiştir[1045].

fff. Tıbbi Müdahale Sırasında Vücutta Yabancı Madde Unutulması

Hasta vücudunda yabancı madde unutulması doktrinde tedaviye eşlik eden hata olarak adlandırılmaktadır[1046]. Uygulamada en sık karşılaşan tedavi hatası, ameliyat sırasında batında kompres veya cerrahi alet unutulması tedavi hatasıdır[1047]. Ameliyat sırasında kullanılan tamponların yumuşak doku ile kaynaşıp denetimi zor olsa bile önceden öngörülüp önlenemeyecek bir durum değildir. Böyle bir durum, her zaman hekimin sorumluluğunu otomatik olarak doğurmayacaktır. Hekim ameliyat sırasında tüm tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol etmelidir. Özellikle ameliyat bitmeden hemşireden tüm cerrahi alet ve kompreslerin sayısını öğrenip ameliyatı bu koşula tamamlamalıdır. Eğer hekim bu kontrolleri yapmadıysa, denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal ettiyse tedavi hatasından bahsedilebilir. Yargıtay, bu düşüncenin aksine vermiş olduğu bir kararda böyle bir durumdan sadece hekimi sorumlu tutmuştur[1048]. Danıştay kararlarında bu tür tedavi hatalarını dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bulmuş ve maddi manevi tazminata hükmetmiştir[1049]. Hekim ekiple birlikte çalıştığı böyle durumlarda zararlı sonucun meydana gelmemesi için bütün önlemleri almış, gerekli dikkat ve özeni göstermiş ve görevlerini aksatmamış

1044 Hakeri, Tıp, s. 364.

1045 Kızılyel, s. 214.

1046 Hakeri, Tıp, s. 352.

1047 **Aşçıoğlu,** böyle bir durumda bazı yazarların aksine hekimin unutkanlıklarının kusur olarak nitelendirilmemesini hiç bir bilimsel dayanağının olmadığını belirtmiştir (Aşçıoğlu, s. 85), Ayan, s. 93.

1048 Y.13.HD., E. 1976/4252, K. 1976/1393 (Hakeri, Tıp, s. 353); Yargıtay, bir başka kararında ameliyat ekibinin tümünü sorumlu tutmuştur (Y.4.CD., E. 2008/16170, K. 2008/2316, Gökcan, Tıbbi, s. 56).

1049 D.10.D., E.2002/4931, K. 1219 (Hakeri, Tıp, s. 353); D.10.D., E. 4841, K. 6049 (Öztürkler, s. 242); Danıştay, sezaryen sırasında batında kompres unutulmasını tedavi hatası kabul etmektedir (D.10.D., E. 1997/3565, K. 1999/5224, Savaş, Tıbbi Hata, s. 104).

ve diğer yardımcı sağlık ekibini denetleyip uyarmışsa meydana gelen olumsuz neticeden sorumluluğu yoktur.

ggg. İlaç Hataları

Tıbbi hataların azımsanmayacak bir kısmı, ilaç hatalarına ilişkin olanlardır[1050]. İlaç hatalarından bahsetmeden önce ilaç kavramından bahsetmek yerinde olacaktır. İlaç, Türkçe Sözlükte *"bir hastalığı iyi etmek veya önlemek için, türlü yollardan kullanılan madde, em, deva"* olarak tanımlanmıştır[1051]. Dünya Sağlık Örgütü ise ilacı *"fizyolojik sistemleri ya da patolojik durumları alanın yararı için değiştirmek ya da incelemek amacıyla kullanılan ya da kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün"* olarak tanımlamaktadır. Tıpta kullanılan ve biyolojik etkinliği olan, saf bir kimyasal maddeye ya da ona eşdeğer olan bitkisel ya da hayvansal kaynaklı, standart miktarda aktif madde içeren karışıma ilaç denir[1052].

İlaç hataları, ilacın reçetelenmesi, kullanımının tarif edilmesi ve hastaya sunulması süreçlerinde meydana gelen uygulama hatalarını ifade eder[1053]. Hekim, ilaca bağlı tedavi hatalarında[1054] ilacın yapımına ilişkin hatalardan sorumlu değildir. Hekimin sorumluluğu reçete ettiği ilacın kullanımına ilişkin özensizliğidir[1055]. İlacın reçete edilmesi ve kullanımının tarifi hekimin sorumluluğundadır. Hekim ilaçları tanımalı ve ilaçları güncel olarak takip etmelidir. Aksi halde dikkat ve özen ödevini

---

1050 İlaç uygulama süreci 4 evreden oluşur: ilacın reçetelenmesi veya istemin verilmesi, istemin hemşire tarafından alınması, ilacın hazırlanması ve hasta bireye ulaştırılması ve ilacın uygulanması. Bu evrelerden herhangi birinde yapılan hatalar, ilaç uygulama hatası olarak tanımlanmaktadır. Hekim kaynaklı hataların hemen hemen tamamı istem ya da reçeteleme aşamasında olmaktadır. Önlenmesi için hekimin istem ya da reçeteyi daha dikkatli hazırlaması gerekir. Hekimin ilaca ilişkin 8 doğru ilkesine, yani doğru hasta, doğru ilaç, doğru doz, doğru zaman, doğru yol, doğru ilaç şekli, doğru kayıt ve doğru yanıt ilkelerine dikkat etmesi gerekir.

1051 TDKS, s. 693.

1052 Göknur Aktay, Hamit Hancı ve Aysun Balseven, "İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu", **Sürekli Tıp Eğitim Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 12, Sayı: 7, s. 261.

1053 Erkin Göçmen ve Ali Göçmen, "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, 2003, Cilt: 77, Sayı: 3, s. 640.

1054 Amerikan Tıp Enstitüsü'nün 1999 yılında hazırladığı rapora göre tıbbi hataların büyük çoğunluğunun ilaçların yanlış kullanımından kaynaklandığı belirtilmektedir. Her yıl 770 bin kişi ilaçların istenmeyen yan etkilerinden zarar görmekte ya da ölmektedir (Göçmen/Göçmen, s. 640).

1055 Aşçıoğlu, s. 108; Hakeri, Tıp, s. 360.

ihmal etmiş sayılır[1056]. Öyleyse hekim, her şeyden önce tıp biliminin en son verilerine göre hastaya ve hastalığına en uygun ilacı seçmekle yükümlüdür.

İlaçtan tanı ve tedavi amacıyla bir takım yararlar beklenir. Bu yararların dışında, beklenmeyen, öngörülebilen ya da öngörülmeyen yan etkiler, alerjik reaksiyonlar ve ilaç etkileşimleri gibi istenmeyen durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Özellikle İlaçların istenmeyen etkileri kapsamında yer alan ilaç etkileşmeleriyle ilgili sorunlara aynı anda birden fazla ilaç kullanımı sırasında daha fazla rastlanmaktadır. Alınan gıdalar, alkol ve sigara kullanımı ya da diğer hastalıklar ilaçlardan beklenen etkiyi değiştirebilmektedir. Klinik olarak önemi olan ilaç etkileşmeleri, sıklıkla ilaç-ilaç etkileşmeleridir. İlaç-ilaç etkileşmelerinin yaygın olmasının nedeni aynı anda birden fazla ilacın kullanılmasıdır[1057]. Bu nedenle hekimlerin hastalığı tedavi etmek için birden fazla reçete ettiği ilaçların birbiriyle olan etkileşimini bilmeleri gerekir[1058]. İlaçların prospektüslerinde söz konusu etkileşimden bahsedilmemesi, hekimin sorumluluğu açısından önemsizdir. İlaç etkileşiminden bahsedilse bile hastanın prospektüsü okuma gibi bir zorunluluğu yoktur Hekim, prospektüste yapılmış açıklamaları okumalı ve kendi bilgi süzgecinden geçirmelidir. Hekimin prospektüste yazılı olan her şeye inanması ve yanlış bilgi yüzünden hastaya bir zarar gelmesi halinde sorumluluğu doğacaktır[1059]. Amerika'da ilaç yapımcısının uyarı görevini yerine getirmediği bir ilaçda işini bilen bir hekimin ilacı kullanmada yapmış olduğu hatada hem ilaç üreticisi hem de hekim sorumlu tutulmuştur. Söz konusu olayda ilaç üreticisi, prospektüste ilacın diğer ilaçlarla olan etkileşimi hakkında bilgi vermediği hekimin de gereken dikkati

---

1056 Yargıtay, bir kararında yüzündeki sivilceler için hekime başvuran hastaya insan sağlığına zarar verecek biçimde ruhsatsız ve izinsiz maddeyi uygulaması sonucunda meydana gelen zararlardan hekimi sorumlu tutmuştur (Y.13.HD., E. 2006/905, K. 2006/5549 , Hakeri, Tıp, s. 362).

1057 Aktay/Hancı/Balseven, s. 261.

1058 Hakan Hakeri, "İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu", İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 159, Göçmen/Göçmen, s. 641; Yargıtay, bir kararında hekimin kullandığı ilaçların birbiriyle olan etkileşimi bilmesi gerektiğini şu ifadelerle vurgulamıştır: "*Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur."* (Y.13.HD., E. 2004/12088, K. 2005/728, http://www.nethasar.com/yargitay_kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

1059 Ayan, s. 93; Aşçıoğlu, s. 108.

göstermeyip ilaçların etkileşimini bildiği halde hastaya vermesi nedeniyle sorumlu tutulmuştur[1060].

Uygulamada yanlış reçete teknikleri, ekstra doz hatalarının yapılması ilaç hatalarına ilişkin tedavi hataları olarak görülmüştür[1061]. İlaçlar hekimin tavsiye ettiği dozda verilmelidir. Bu açıdan reçetede yazılı ilaç dozu, eczacı tarafından dikkatlice okunmalı ve hastaya öyle verilmelidir. Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında

> *…çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda hastane ve doktorların kusurlu olduklarını…*

kabul etmiştir[1062].

Yapılan bir diğer ilaç hatası, hastalığa uygun ilacın reçete edilmemesidir. Diğer bir deyişle, söz konusu ilacın söz konusu hastalıkta kullanılmaması halidir[1063]. Durum tam ters şekilde de olabilir. Hekimin reçete edilmesi gereken bir ilacı reçete etmemesi durumudur. Böyle bir durumda hekim, hastalığın ilerleyip hastanın durumunun kötüleşmesine hatta ölümüne sebebiyet vermiş olabilir. Bazı durumlarda bazı ilaçlar bazı kişiler için zararlı olabilmektedir. Hekim bu tür özel ilaçları bilmeli bu tür hastalar için kesinlikle reçete etmemelidir. Örneğin, gebeliği veya gebelik planlayanlar ile gebelik şüphesi bulunanlar kişilere gebeler için kontra endike bir ilaç reçete ederse meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır. Bu nedenle hekimin bu tür ilaçları yazmadan önce hastanın gebeliğinin olup olmadığını araştırması gerekecektir. Reçete edilen ilaca karşı hastanın alerjisinin olup olmadığının araştırılmaması da tedavi hatasına girer[1064]. Yine hekim yazdığı ilacın özelliklerini bilmemesi nedeniyle hastaya verdiği zarardan sorumludur. Örneğin, duodenal ülseri olan bir hastaya yüksek doz steroid uygulayarak ölümüne sebep verilmesi halinde hekim taksirle adam öldürmeden yargılanacaktır[1065].

1060 Öztürkler, s. 40.

1061 Polat, s. 86; Ayrıca ilacın yanlış yere uygulanması da tedavi hatasıdır (Aşçıoğlu, s. 108); Ayan, s. 93; Göçmen/Göçmen, s. 641; Aktay/Hancı/Balseven, s. 264.

1062 Y.13.HD., E. 2005/12088, K. 2005/1728 (Hakeri, Tıp, s. 361).

1063 Göçmen/Göçmen, s. 641; Aktay/Hancı/Balseven, s. 264.

1064 Ayan, s. 93.

1065 Göçmen/Göçmen, s. 641.

İlaç hatalarının bir diğer yönünü ilaçların kullanımına ilişkin hastanın eğitilmemesi hali oluşturmaktadır. Hekim, hastaya ilacın etkileri ve yan etkileri hakkında bilgi vermelidir[1066]. İlacın kullanımına ilişkin hastadan aydınlatılmış onam alınmalıdır[1067]. Örneğin, hekim tarafından hastaya reçete edilen ilacın uyku hali yapmasının hekim tarafından hastaya açıklanması gerekmektedir. Aksi halde hastanın bu durumu bilmemesi ve araç kullanması halinde meydana gelen trafik kazasında ölmesinde hekim taksirle ölüme sebebiyet vermeden sorumludur. Hekim ilaca bağlı reaksiyonlar konusunda hazır ve uyanık olmak zorundadır[1068].

Uygun ilaç tedavisine karar vererek uygun ilacı seçip ve order eden hekim, hastanın klinik durumunu izleyerek ilacın etkilerini değerlendirmeli; gerekli durumda ilacın seçimi, sıklık ve süreyi yeniden gözden geçirmelidir. İlacı yan etkisini gören

---

1066 *"...davacının kulak zarını delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde tedavide kullanılan ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceğinin kendisine bildirilmemesi ve böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılması için ilaç dozunu ayarlamada gerekli özenini gösterilmemesinin ağır hizmet kusuru olduğu..."* (İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2002/716, K. 2003/91 http://www.drtus.com, erişim tarihi. 21.07.2012); *"Hekimin şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken, hastayı ve yardımcı personeli uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerekir."* (Y.4.HD., E. 1973/2684, K. 1973/2978, Sevindik, s. 61); *"Davalı davacıya verilen ilaçlar arasında bulunan "Exen Forte tablet" adlı ilacın mide hassasiyeti olan hastalarda yan etkisinin olabileceğini, ancak davacıya sorulmasına rağmen böyle bir hassasiyeti olduğunu bildirmediğini savunmuştur. Davacı, davalı tarafından bu ilaçla ilgili olarak kendisinin uyarılmadığını ve mide şikayeti ile ilgili soru sorulmadığını bildirmiştir. Sair yandan, hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı biçiminde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ait davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak biçimde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 tarih kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyuşmamaktadır. Mahkemece davacıya uygulanan tedavide, doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, Üniversiteden seçilecek üroloji, gastroloji, dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir."* (http://www.nethasar.com/yargitay_kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

1067 Hakeri, İlaç, s. 158, İlacın kullanılmasından sonra bir süre araç kullanılmaması konusunda hastanın aydınlatılmaması kusur olarak kabul edilir (Aşçıoğlu, s. 108); Aktay/Hancı/Balseven, s. 264.

1068 Aşçıoğlu, s. 89.

hekim, derhal ilacın antidotunu bulmalı uygulamalıdır[1069]. Aynı şekilde ilacın kalıcı zararlar verdiğini gören hekim ilacı kesmesi için hastayı uyarmalıdır[1070]. İlaca bağlı riskli durumları gidermek için araç ve gereçlerin bulundurulması gerekir[1071]. Bu işlemin yapılmaması sonucunda meydana gelen zararlardan hekim sorumlu olacaktır[1072].

Hekim, sözlü olarak verdiği order durumlarında yanlış anlaşılma ihtimaline karşı gerekli önlemleri almalıdır[1073].

Hekimin hastaya ilaçları karıştırarak yanlış ilaç vermesi ya da hastaları karıştırarak başka hasta için reçete edilecek bir ilacı yanlışlıkla diğer hasaya reçete etmesi tedavi hatasıdır. Yine ilacın uygulanış biçiminde yapılan hatalar da tedavi hatasıdır. Örneğin, kas içine yapılması gereken bir ilacın damar yoluyla yapılması hatadır.

Hekim hastasına uygulayacağı ilacı dikkatlice kontrol etmelidir. İlacın diğer bir sağlık çalışanı tarafından hekime hazırlanmış olan veya hazırlanmak üzere verilen ilacın kontrolü ilacı uygulayacak hekim tarafından bizzat yapılmalıdır. Aksine davranış hekimin sorumluluğunu doğuracaktır. Uygulamada bir hekimin seri halinde aşı yaparken hata ile masasına koyulan acide ozatik şişesini ispirto şişesi sanıp çocukların kollarına sürmesi sonucu kollarda meydana gelen yanık nedeniyle hekim sorumlu tutulmuştur[1074]. Uygulamada sık olarak uygulanmıyor olsa da, bazen eczacılar hekimin isteğine uygun olarak ilaç hazırlayabilmektedirler. Eğer eczacı ilacı hazırlarken yeterli dikkat ve özeni göstermeyip ilacı kötü hazırlanmasından kaynaklanan bir nedenle hastaya zarar verirse bu durumda sorumluluk yalnızca eczacıya ait olacak hekimin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

1069 Hekim, ilacın hastaya verilmesinde "bilgilendirilmiş aracı" konumundadır. Reçeteye yazılı ilacın kendi doğasından kaynaklı zararlardan üretici sorumlu değildir. Örneğin, nonsteroid antiinflamatuar ilaçların mideye yan etkileri vardır. İlacın kullanımına bağlı hastada mide kanaması gelişirse bundan üretici kuruluş değil eğer kusuru varsa hekim sorumludur. Hekim bu ilacın bu tür yan etki yapabileceğini bilmelidir (Göçmen/Göçmen, s. 644).

1070 Hakeri, İlaç, s. 162.

1071 X Hastanesinde hastaya streptomisin tedavisi yapılır. Hastada anaflaktik şok gelişir. Bu duruma etkin olarak müdahale edilmez ve hasta ölür. Açılan davada Danıştay şöyle bir karar verir: *"Enjeksiyona bağlı olarak şok gelişebilir ve ölüme yol açabilir. Bu durum tıbbın kabul ettiği bir tablodur. Bununla birlikte bu tablonun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmaması, etkili önlemlerin alınmaması sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusuru bulunmaktadır."* (D.10.D., E. 1993/363, K. 1994/2502, Ahmet Çolak, "Hizmet Kusurunda Malpraktis", http://turknorosirurji.org.tr/pdf/hizmetkusuru.pdf.).

1072 Aşçıoğlu, s. 89; Aktay/Hancı/Balseven, s. 263.

1073 Hakeri, Tıp, s. 362.

1074 Aşçıoğlu, s. 88.

Hekim şok tablosu gerçekleştirebilecek ilacı hastaya verirken yardımcı sağlık personelini uyarmalı, gerekirse ilaç uygulanırken hastanın yanından ayrılmamalı veya ilacı kendisi uygulamalıdır[1075].

İlacın üretici firma tarafından eksik dozda sunulması, biyolojik kontaminasyona uğraması, hatalı ve bozuk üretilmesi [1076] ve ilacın yanlış ambalajlanmasından doğan zararlardan hekim sorumlu değildir. Özellikle ilaç üzerinde yazılan dozda ve içerikte üretilmemiş olabilir. Örneğin, üzerinde yazılan miktar ile gerçekte içerdiği etken madde miktarı birbirini tutmuyorsa ve hasta böyle bir ilacı içmeye devam ediyorsa meydana gelen zarardan ilaç üreticisi sorumlu olacaktır[1077].

Hekim hastalığın tedavisi için uygun ilacı seçerken sağlık bakanlığı tarafından izin ve ruhsat almış ilacı seçmelidir. Henüz deneme aşamasında olan ve yeterince hasta üzerinde uygulanmamış ilacı uygulamaktan çekinmelidir[1078].

Yine ameliyat sırasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek, tüplerin karıştırılarak hastaya oksijen yerine karbondioksitin verilmesi sonucunda hastanın ölmesi halinde hekimin taksirle adam öldürmeden sorumluluğu doğar[1079].

hhh. Tedavi Sonrası Danışma- Tavsiye- Kontrol- Gözetim Hataları (Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali)

Tıbbi müdahale açısından söz konusu yükümlülük tedavi sonrası için de geçerli olan bir yükümlülüktür. Hekim tedavi sürecini ve başarısını sürekli gözetim altında bulundurmalıdır [1080]. Hekim cerrahi veya medikal müdahale sonrasında hastayı belli bir süre hastanede izlemelidir. Hastanın hastaneden erken taburcu edilmesi[1081] kontrole çağrılmaması tedavi hatasını oluşturur. Özellikle tıbbi müdahale

---

1075 Konuyla ilgili Yargıtay kararı (Y4HD., K. 1973/2978) için bkz. Köprülü, s. 612.

1076 Aktay/Hancı/Balseven, s. 264.

1077 Göçmen/Göçmen, s. 644.

1078 *"Davacı yüzündeki kırışık, leke ve sivilce izlerinin silinmesi için davalı doktora başvurmuş, davalı doktor da, kişinin sağlığına zarar verecek biçimde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulayarak davacının yüzünde sert nodüller oluşmasına, kırışık ve izlerin derinleşip yenilerinin oluşmasına ve göz kapağının düşmesine neden olmuştur. Bu yüzden davalı doktor ortaya çıkan zarardan sorumludur."* (Y.13.HD., E. 5549, K. 2006/905, Kıcalıoğlu, s. 20).

1079 Özgenç, Tıbbi, s. 2196.

1080 Hakeri, Tıp, s. 356, Aşçıoğlu, s. 90.

1081 *"Daha önce trafik kazası geçiren, ilk getirildiği hastanede yapılan ilk müdahaleden 3 gün sonra taburcu edilen, ancak 4 gün sonra genel durumu kötü olarak aynı hastaneye başvuran 73*

sonrası hasta şikâyetlerini dinlemeli hastayı gözlemleyerek oluşabilecek yan etkiler konusunda dikkatli olmalıdır. Hastanın şikâyetleri doğrultusunda gerekli tetkikleri yaptırmalıdır.

Bu hatalara örnek olarak yaşamsal bulguların (ateş, nabız, solunum, tansiyon) izlenmemesi, koruma tedbirlerinin alınmaması (hastanın güvenliğinin sağlanması, yataktan düşmemesi için gerekli önlemler), ameliyat sonrası bakım eksikliği verilebilir[1082]. YSŞ'nın verdiği bir kararda hekimin laparoskopi sırasında daha dikkatli davranmasının yanı sıra ameliyat sonrası dönemde de hastayı dikkatlice gözlemlemesi gerektiğini belirterek ölümle sonuçlanan olayda hekimi kusurlu bulmuştur. Yargıtay önüne gelen benzer bir olayda aynı şekilde karar vermiştir. Normal doğum sonrası 6. günde hastaneye kontrol için başvuran hastaya normal olduğunun söylenerek eve yollanmıştır. İki gün sonra yüksek ateş şikâyetiyle hastaneye başvuran hasta üniversite hastanesine sevk edilmiş ve ölmüştür. Yargıtay, hekimin doğum sonrası kontrollerinde özensiz ve dikkatsiz davrandığını ve enfeksiyona yönelik tedaviye geç başlanması nedeniyle kusurlu bulmuştur[1083].

Hekim taburculuk sonrasına ait tedavi konusunda hastaya önerilerde bulunmakla yükümlüdür. Bu önerilere örnek, olarak hastalığı ile ilgili diyet önerilerinde bulunma, sigaranın yasaklanması, bulaşıcı hastalığının olduğunu ve

---

yaşında hastanın, yoğun bakımı olan üniversite hastanesine sevk edildiği, 12 gün süren yoğun bakım tedavisinden sonra taburcu edildiği, ancak hastanın 4 gün sonra evinde öldüğü, acil servise ölü duhul olarak geldiği ve acil serviste görevli doktor tarafından ölüm nedeni solunum ve dolaşım yetmezliği olarak belirtilerek defin ruhsatı verildiği belirtilmiştir. YSŞ kararında, hastayı muayene ettikten sonra servise yatıran ve yeterli süre gözlem altında tutan, ancak; hastanın yaşına göre genel vücut travmasını tam değerlendiremeyen ilk hastane ile yaşlı olan ve genel vücut travması ile gelen hastayı iyi değerlendirmeyen, yeterli tedavisi yapılmadan ve gerekli tanı konulmadan hastayı hastaneden erken taburcu eden üniversitesi hastanesindeki hastanın tedavisine katılan tüm doktorların tedbirsizlik ve dikkatsizlik açısından; ölü duhul olarak getirildiği hastanenin acil servisindeki görevli doktorun ise adli vakaya otopsi yapılmadan defin ruhsatı verdiği için adli görevinin ihmali olduğuna karar verilmiştir." (Türkan/Tuğcu, s. 229).

1082 *"...Özel hastanesinde primer infertilite tanılı hastaya laparoskopi yapılacağı söylenir. Ancak intra operatif dönemde laparotomi ile miyom enükleasyonu gerçekleştirilir. Hasta 3-4 saat içinde ölür. Hasta gömülür, şikâyet üzerine mezar açılır. Otopside iliak arterde 3 mm.lik yaralanma ve retroperineal hematom saptanır. Laparoskopi başlangıcında trokar zedelenmesine bağlı arter yaralanmasının intra operatif fark edilmeyip post operatif dönemde hastanın kaybına neden olduğu tanısı konulur. Bu tip komplikasyonların laporoskopik cerrahide gelişebileceği aşikârdır. Ancak laporoskopik cerrahi uygulayan hekimler daha dikkatli bir inoperatif yaklaşımda bulunmanın yanı sıra post operatif dönemde de hastayı daha yakından takip etmeliydiler. Ancak ameliyat sahası dışında ve retroperineal bölgede arter yaralanmıştır. Operasyonu yapan kadın doğum uzmanı, hastanın ölümünden 5/8 oranında kusurludur..."* (Öztürkler, ss. 514-515).

1083 Hakeri, Tıp, s. 356.

üçüncü kişilere karşı dikkatli davranması gerektiğini bildirme, gebe kalmaması konusunda uyarıp önlemler alma verilebilir. Hekim tüm bu konularda hastasını uyarmak ve bilgilendirmekle yükümlüdür[1084]. Uygulamada protez takımı sonrası hastaya tam olarak iyileşmeden ayağa kalmamsı gerektiğini söylemeyen ve hastasını bu nedenle ikinci kez ameliyat olma zorunda bırakan hekim kusurlu bulunmuştur[1085]. Hekim hastasına tedavi sonrası yapması gerekenleri öğretmeli, olabilecek tehlikeli durumlar için hastayı bilgilendirmelidir[1086].

iii. Komplikasyon Hataları

Komplikasyonun fark edilmemesi de tedavi hatasıdır[1087]. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin gerekli özen ve dikkati göstermesi halinde komplikasyon nedeniyle sorumluluğu söz konusu değildir[1088]. Ancak hekimin uygulamış olduğu tedavinin olası komplikasyonlarını bilmemesi, bunlar için önlem almaması[1089] ve komplikasyonu geç fark etmesi ve komplikasyona

---

1084 Hakeri, Tıp, s. 360.

1085 Öztürkler, s. 139.

1086 Ünver, Tıbbi, s. 57.

1087 Hakeri, Tıp, s. 364; Gökcan, Tıbbi, s. 56.

1088 *"Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır."* (Y.13.HD., E. 2007/1662, K. 2007/7041, Gökcan, Tıbbi, s. 56); Öztürkler, s. 404; "*Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbin gerçek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonucu değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz."* (Y.13.HD., E. 2005/11159, K. 2005/17474, kazancı.com, erişim tarihi: 12.07.2012). *"...komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı bu tip komplikasyonlara hangi sıkılıkta rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığ üzerinde durulup irdelenmek suretiyle olayda davalılara atfı kabul bir kusurun bulunup bulunmadığı..."* (Y.13.HD., E. 2009/13214, K. 2010/3694, www.sinerjias.com.tr, erişim tarihi: 12.07.2012).

1089 *"Tedavi sırasında meydana gelebileceği tahmin edilebilen komplikasyonların önlenebilmesi için alınması gerekli tedbirlerin alınmadığı ve davacının kolunun kırılmasına nede olduğu..."* (D.10.D., E. 1994/2110, K. 1995/4255, Savaş, Tıbbi Hata, s. 294). *Uyuşmazlık, davacıya uygulanan tedavi ve operasyonlarda, davalılara atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Mahkemece, davacının tedavi ve kürtaj operasyonlarına ilişkin tüm tıbbi bilgi ve belgeler, varsa çekilen film ve sonografik inceleme raporları ile bilirkişi raporu da birlikte gönderilerek, Adli Tıp Kurumundan, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre*

müdahale etmemesi[1090] tedavi hatasıdır[1091]. Söz konusu komplikasyon hekimce bilinmesine rağmen tedbirsiz davranılmış ve gerekli önlemler alınmadan müdahalede bulunulmuşsa hekim, bilinçli taksir nedeniyle cezalandırılır[1092]. Örneğin, kanama komplikasyonun gerçekleşme riskini çok yüksek olduğu vakalarda kan hazırlığı yapmadan ameliyata giren bir hekim bu nedenle meydan gelen sonuçtan bilinçli taksirle sorumludur.

jjj. Teknik Aletlerin Hatalı Kullanılması

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken tıbbi aletleri hasta vücuduna uygulamadan önce gerekli önlemleri almalı ve aletleri doğru bir şekilde hastaya uygulamalıdır. Örneğin, ameliyat sırasında kanamanın durdurulması damar uçlarının yakılması için kullanılan koter cihazını hastaya uygulamadan önce koter plağının hastaya takılıp takılmadığını ve cihazın çalışıp çalışmadığını kontrol etmeyen hekim, meydana gelen zarardan sorumludur.

Teknik araçların bakımı, kontrolü teknik ekipçe yapılsa da hekim, bu aletlerin düzenli bir şekilde çalışıp çalışmadığını denetlemekle yükümlüdür. Bu görevin ihmalinden doğan zararlardan hekim sorumludur[1093]. Örneğin, ameliyattan önce ameliyat aletlerinin tam ve steril olarak yetkili kişilerce hazır edilmesi gereklidir. Ameliyattan önceki hazırlık işlemlerinin yapılmaması nedeniyle tıbbi hata oluşması halinde sorumluluk doğacaktır.

> *Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon uzmanı Dr. Sanığın bu görevlerin hiçbirini yerine getirmemek ve*

---

davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir (Y.13.HD., E. 2009/13214, K. 2010/3694).

1090 *"…bacağın kesildiği olayda alçıya ait komplikasyon geliştiği,fakat nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktor ve hastane arasında irtibat kurulamadığı için komplikasyona zamanında müdahale edemediği, ameliyat sonrasında tedavi ve bakımın aksadığı gerekli tedavinin yapılamadığı hususların belirlendiği"* (D.10.D., E. 1992/184, K. 1992/4321, Savaş, Tıbbi Hata, s. 294).

1091 *"…ancak bu tetkikin komplikasyonların önlenmesi açısından çok dikkatli yapılması gerektiği, yeterli özenin gösterilmediği durumlarda…"* (Y.13.HD., E. 1996/3880, K. 1996/6163, Savaş, Tıbbi Hata, s. 291).

1092 Gökcan, Tıbbi, s. 56.

1093 Hakeri, Tıbbi, s. 47; Ayan, s. 92.

baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla olayda asli kusurlu olması gerektiği ...[1094].

Hekimin teknik araçları hatalı kullanımı, kişisel beceriksizliği ile ilgili olup bu durum özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturup tıbbi hataya neden olur. Uygulamada hekimin omurilik arasından BOS sıvısı çekmek için kullanılan aleti yanlış açıyla tutması sonucu iğnenin vücut içinde kırılmasına sebebiyet vermesi ve ameliyata devam ederek hastanın kötüleşmesine neden olması hekimin aleti kullanma beceriksizliğinden veya vakada aleti gerektiği biçimde kullanmamaktan kaynaklanmıştır[1095].

kkk. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması

Enfeksiyon, tedavi hatasına eşlik eden hatalardan biridir[1096]. Hekimin özellikle cerrahi müdahale sonrasında enfeksiyona karşı uyanık olması gerekir. Hekimin bu türdeki tedavi hatası enfeksiyona sebep olma ve enfeksiyonu önlememe konusundadır. Hekimin standart tedavisi, enfeksiyon riskine karşı tedbirleri de içermelidir[1097].

Hekim cerrahi müdahale öncesinde ve müdahale sırasında sterilizasyona azami özen göstermelidir. Bu sterilizasyon önlemleri, cerrahi aletleri, ameliyathane havasını ekip üyelerini kapsayacak şekilde olmalıdır. Hekimin bu kontrolleri ameliyat öncesinde denetleme yükümlülüğü vardır. Bu görevin ihmali sorumluluğunu doğurur.

Danıştay, ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin dezenfekte edilmemesi sonucunda enfeksiyon gelişen birimleri kapamaması sonucu meydana gelen ölümlerden hekimin sorumlu olduğunu kabul etmiştir[1098].

1094 Y.2.CD., E. 1996/268, K. 1996/1025 (Savaş, Yargı Kararları, s. 192).
1095 Öztürkler, s. 39.
1096 Hakeri, Tıp, s. 365.
1097 Öztürkler, s. 304.
1098 D.10.D., E. 5068, K. 1257 (Öztürkler, s. 304).

lll. Hatalı Sevk ve Uzmana Danışılmama

Bu başlık altında değinilmesi gereken husus, hekimin yetki sınırını aşmak suretiyle sebep olduğu tıbbi hatalara ilişkin olanlardır. Hekim uzmanlık alanın sınırları dışında kalan konularda uygulamaya giderek uzmanlık sınırını aşmamalıdır. Mevzuatında yer alan şartlara uygun olarak belirli bir dalda uzmanlık diplomasını alanlar, ilgili uzmanlık dalına ait tıbbi müdahalede bulunabilirler[1099]. Daha öncede belirtildiği gibi hekim, kural olarak tedaviyi bizzat yürütmelidir[1100]. Ancak hekimin tedaviyi sonuna kadar sürdürme zorunluluğu yoktur. Mesleki bilgi, beceri ve araç gereç yönünden kendisinin yeterli olmadığı durumlarda tedaviyi kendi yürütmekten vazgeçmek zorundadır. Hekim bunun için ya daha deneyimli uzman bir hekimin yardımını almak ya da hastanın tedavisi için hastayı daha gelişmiş bir diğer sağlık merkezindeki hekimlere yönlendirmekle yükümlüdür[1101]. Hekimin bu işlemleri yürütürken hastanın onamını yazılı olarak alması gereklidir[1102]. Uzman hekime danışılmaması[1103] veya geç danışılması ile hastanın diğer bir sağlık merkezine sevk edilmesinde yapılan hatalar[1104] tedavi hatalarıdır. Hekimin branşı itibariyle ya da teknik olanaksızlıklar nedeniyle hastayı tedavi edemeyeceği durumlarda hastayı derhal branş uzmanına yada daha nitelikli bir hastaneye sevk etmesi gerekir.

1099 Akgül, s. 71.

1100 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında bu durumu açıkça şöyle belirtmiştir: *"A tipi diyabeti bulunan bir annenin taşıdığı bebeğin doğumunun riskli ve fetüsün doğal doğum için oldukça büyük olduğunun bilindiği halde önlem alınmaması ve doğum uzmanının doğumda hazır bulunmaması tıbbi müdahale hatasıdır."* (AİHM 2002-1, Calvetti-Ciglio/İtalya, No: 32967/96, Ünver, Tıbbi, s. 108).

1101 Aşçıoğlu, s. 89.

1102 Aşçıoğlu, s. 49.

1103 *"Gerektiği halde dâhiliye konsültasyonu istemeyip hastanın şeker komasına girmesine yol açma bevliye uzmanı doktorun kusurlu eylemi ile sonuç arasında illiyet bağı bulunduğundan 459. madde uygulanmalıdır."* (Y.4.CD., E. 1993/8852, K. 1994/1197, Gökcan, s. 326).

1104 *"17 yaşında trafik kazası geçiren hasta, götürüldüğü bir hastanenin acil servisinde yapılan muayenesinde spontan solunumu, otorajisi ve bilincin kapalı olduğu, tansiyonunun alınmadığı, kafa travması tanısı konularak ileri tetkik ve tedavi için başka bir hastaneye sevk edildiği, ancak sevk edilen hastanede yapılan muayenesinde, bilincin kapalı, bilateral otorajisi olduğu belirlendiği, anestezi yoğun bakıma alındığı, ancak bir saat sonra kardiyak arrest geliştiği, yapılan kardiyopulmoner resüstasyona cevap alınamayarak hastanın öldüğü bildirilmiştir. YSŞ kararında, hastaya ilk götürüldüğü hastanede ilk müdahale yapılarak gerekli tedavinin uygulandığı ve ileri tetkik ve tedavi amacıyla da, tam donanımlı ve hastaya her an müdahalede bulunabilecek doktor ve diğer sağlık personelinin de içinde bulunduğu bir ambulans ile hastayı doğru ve uygun şekilde sevk ettiğinden, doktorun görevi ihmal suçu açısından kusurlu olmadığına karar verilmiştir."* (Türkan/Tuğcu, s. 230).

Hekimin kendi uzmanlık alanı dışında kalan bir durumla karşılaşması halinde gerekli uzmandan konsültasyon istemesi gereklidir[1105]. YSŞ, kadın doğum hekiminin radyoloji hekiminden konsültasyon istememesini tıbbi hata kabul etmiştir[1106]. Aynı durum cerrahi müdahale sırasında da meydana gelebilir. Cerrah, ameliyat sırasında beklenmedik bir durumla karşılaşırsa (çevre organlarda bir zarar meydana gelirse ya da o organlarda beklenmedik bir durum ortaya çıkarsa) gecikmeden bir diğer uzmana danışmalı, ilgili branş hekiminden ameliyata katılması istenmelidir. Böyle yapılmayıp hekimin tek başına ameliyata devam etmesi tedavi hatasıdır.

mmm. Hastaların Karıştırılması

Uygulamada hastaların karıştırılıp tedavinin veya ameliyatın yanlış hastaya yapıldığı sıkça görülmektedir.

nnn. Yanlış Tarafa Cerrahi Müdahale

Yanlış taraf cerrahisi günümüzde oldukça azalmıştır. Bunun nedeni hekim ve hastane yöneticilerinin bu konuda bazı önlemler almalarıdır. Örneğin, uygulamada bazı hastanelerde hasta ameliyata girmeden önce tüm ekibin görebileceği şekilde hasta dosyasında cerrahi bölgeyi gösteren form konulmaktadır. Bu durum hata riskini ortadan kaldırmaktadır. Ancak bu durum, bu tür tedavi hatalarını sıfırlamamaktadır. Özellikle sağlık bakımından sorunlu olmayan organın ameliyat edilmesi, çift organlardan yanlış organın alınması, halen meydana gelmekte olan en sık tedavi hatalarına örnektir.

1105 *"...30 yasında B.A.nın ikinci gebeliğinde ... Hastanesinde Doktor R. D.ye olduğu ve 30 haftaya kadar özel muayenehanesinde yaptırdığı anlaşılır. 34.gebelik haftası sonunda, bebeğin cinsiyetinin belirlenmemesi ve bebeğin hareketlerinde azalma olması nedeni ile gittiği Doktor T.E. tarafından meningossel tanısı konur. Radyoloji uzmanı M.K. da bunu doğrular. ... Hekimin tecrübesinin yanı sıra kullanılan aletin özellikleri, fetüsün pozisyonu, defektin lokalizasyonu ve çapı tanıda etkili faktörlerdir. Ancak, hastanın düzenli kontrollere gelmesi, bebeğin sağlığı hakkında bilgi talep etmesi üzerine, Doktor R.D.nin radyoloji uzmanı meslektaşından konsültasyon istemesi uygun olurdu. Ayrıca, 16-20 haftalık gebelik süresinde üçlü tarama testi ile konjenital anomali yüzünden inceleme yapması gerekirdi. Bunlardan hiçbirini yapmaması olayda kusurlu olduğunu kusur oranının 2/8 bulunduğunu, zararlı sonucun dogmasına yol açan diğer sebeplerin ise hekime yüklenemeyecek diğer faktörlere bağlı olduğu sonucuna varılmıştır..."* (Öztürkler, s. 515).

1106 Hancı, Tıp, s. 61.

Yanlış taraf cerrahisi, vücudun her iki tarafında bulunan organ ya da dokulardan hasta organ yerine yanlış taraftaki sağlam organ ya da dokunun alınması ya da ameliyat edilmesi anlamına gelir. Bu yanlış müdahale sonucunda hasta gereksiz yere cismen eza görmekte ya da organını kaybedebilmektedir[1107]. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, hastanın sağ gözü yerine sol gözünün alınması yanlışlık fark edilince sol gözünün de alınması durumu hata olarak kabul edilmiştir[1108]. Danıştay, bu tür hatalarda idareyi ağır kusurlu bulmaktadır[1109].

cc. Organizasyon Hataları

Uygulamada birçok durumda sağlık kuruluşlarına ait organizasyon hatalarından hekim sorumlu tutulabilmektedir. Tıbbi hatanın meydan geldiği her somut olayda meydana gelen zararda hekimle birlikte hastane sisteminin de sorgulanması gerekir[1110]. **Öztürkler,** hastanelerden beklenen özenin hekimden beklenene özenden daha fazla olması gerektiğini savunur. Yazara göre, hastaneler, hekim ve diğer personeli seçmekle, ülkemizdeki ve dünyadaki tıp bilimince genel kabul görmüş tedavi yöntemlerini hekim tarafından uygulanmasına özen göstermekle ve bunun için hekimlere gerekli olanakları vermekle, modern tıbbi araç, gereç kullanımını sağlamakla ve hastane bakım ve tedavi hizmetlerinin düzenlemesinde, aydınlatılmış onam işlemlerinin gerektiği gibi yapılmasıyla yükümlüdür[1111].

Sağlık işletmelerinde (kamu hastaneleri-özel hastaneler) kurumsal sorumluğun söz konusu olduğu asıl alan, organizasyon kusurunun bulunduğu alandır[1112]. Hastaya verilen bir zararda hastanenin organizasyon sorumluluğu hekim hatalarından ayıklanmalı ve hastane yönetimi sorumluluğuna gidilmelidir. Bunun tersi halinde de aynı şekilde davranılmalıdır. Meydan gelen zarar, sadece hekimin hatalı davranışlarından doğmuş olabileceği gibi, hekim

---

1107 Savaş, Yargı Kararları, s. 186.
1108 Y.2.CD., E. 1996/4493, K. 1996/4682 (Özgenç, Tıbbi, s. 2196; Savaş, Yargı Kararları, s. 186).
1109 D.10.D., E. 1995/934, K. 1996/5933 (Öztürkler, s. 331).
1110 Hakeri, Tıp, s. 366.
1111 Öztürkler, ss. 199-200.
1112 Hakan Hakeri, "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 164.

Hastane yönetiminin ortak faaliyetine (yapımına) ait hatalı bir davranışından[1113] doğmuş olabilir[1114].

Sağlık hizmeti veren kamu veya özel sağlık kurum ve işletmelerinin üç temel yükümlülüğü [1115] vardır. Bunlar hekimlik hizmeti sunmak, hasta bakımının sağlanması ve hastaneye kabul edilen hastanın hastalığının tedavisi amacına yönelik organizasyonun sağlanmasıdır [1116] . Söz konusu yükümlülüklerin iyi bir organizasyonla sağlanamaması sonucunda hastanın tehlikeyle karşı karşıya kalması, hastanenin sorumluluğuna yol açabilir. Bu noktada ceza sorumluluğunun kural olarak, birey sorumluluğu olduğunu belirtmek gerekir. Ceza kanunumuz istisnai bir şekilde tüzel kişilerin ceza hukuku sorumluluğunu kabul etmiştir (TCK md. 20/2 ve d. 60). Ancak organizasyon kusuru nedeniyle bir kimsenin ölümüne yol açan hastanenin tüzel kişi olarak sorumluluğu ceza kanununda öngörülmemiştir[1117].

Mevzuata bakıldığında kamu hastanelerin organizasyon hatalarına ilişkin sorumlulukla ilgili hükümlere rastlanmaktadır. Kamu hastaneleri için Yataklı Tedavi

---

1113 Burada hizmet kusuru ve görev kusuru ayrımının yapılması gerekir. Görev kusuru, *"bir kamu görevlisinin kamu hukukuna tabi bir görevi yaparken görevin gereği olarak zarar doğurucu bir tutum ve davranışta bulunmasıdır."* Hizmet kusuru ise *"idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklıktır."* İki kavram arasındaki fark, görev kusurunun anonim olmamasıdır. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin hizmetten ayrılabilen hizmete yabancı kusurlu tutum ve davranışlarıdır. Kişisel kusurda idarenin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Ancak hizmet kusurunda idarenin sorumluluğu vardır. Bugün için hizmetin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesinde hizmet kusurundan bahsedilir. Görev kusurunda ise idarenin sorumlu olabilmesi için meydana gelen zararlı davranışın yürütülen kamu hizmeti arasındaki gaye ilişkisinin varlığı aranır. İdare personel seçiminde ve denetimde bir aksaklık göstermişse kamu görevlisiyle müteselsilen sorumluluğu doğacaktır (Zehra Odyakmaz, "Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, ss. 171-172; Ayrıca bkz. Öztürkler, ss. 209-210).

1114 Hekimin tıbbi hatasından dolayı idarenin de sorumlu olması için hastaya uygulanan tıbbi müdahalede hata olarak kabul edilebilecek bir uygulamanın müdahalenin veya ihmalin bulunması gerekir. Hekimin yanı sıra sağlık hizmeti sunan idarenin de sorumlu tutulduğu durumlara ilişkin örnekler Danıştay tarafından verilen kararlar doğrultusunda şu şekilde sayılabilir: Tedavi sırasında yapılan tetkik için tıbben elverişli olmayan bir ilacı verilmesi (AYİM.2.D., E. 1992/97, K. 1994/1644), Hatalı ilaç verilmesi (D.10.D., E. 1996/2121, K. 1997/5476), Yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması (D.10.D., E. 1997/4839, K. 1999/5475), (Melikşah Yasin, "Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 251).

1115 Kamu hastaneleri, sağlamak zorunda olduğu standart ve özen yükümlülüğü noktasında özel hastanelerden farklı değildir. (Ayan, s. 175; Hakan Hakeri, "Sağlık Endüstrisi ve İşletmelerinde Kurumsal Hukuki Sorumluluk", **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2007, Yıl: 2, Sayı: 1, s. 236).

1116 Halil Akkanat, "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, Sayı: 05, s. 28; Hakeri, Sağlık, s. 237.

1117 Hakeri, Sağlık, s. 237.

Kurumları İşletme Yönetmeliği [1118] 16. maddesi ile özel hastanelerin organizasyonunu düzenleyen Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü[1119] ve Özel Hastaneler Yönetmeliği[1120] detaylı düzenlemelerde bulunmuştur. Özellikle bu hastanelerde çalışacak personel ve bulundurulması gerekli alet ve malzemeler ile hasta tedavi ve tıbbi müdahaleye ilişkin gerekli standartlar mevcuttur. Özel hastaneler, idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti olmayıp, idarenin denetim ve gözetimi altında yürütülen (virtüel kamu hizmeti) kamu hizmetidir. Bu hastanelerde organizasyon hatasından ileri gelen bir zarar söz konusu olduğunda zarar doğuran olay, idarenin denetim ve gözetim eksikliğine bağlıysa idare, aksi halde hastane yönetimi sorumludur[1121].

Öncelikle belirtmek gerekir ki hastaya verilen hizmet bakımından (tıbbi müdahale) birinci derecede hastanenin sorumluluğu vardır[1122]. Bu nedenle hastaneler mevzuata belirtilen yükümlülükleri yerine getirmekle sorumludur[1123]. Aksi halde

---

1118 RG. 13. 01. 1983, No. 17927 (Mükerrer).

1119 RG. 10.01.1983, No. 17924.

1120 RG. 27.03.2002, No. 24708.

1121 Bayındır, s. 562.

1122 Bu durum kamu hastanelerinde daha belirgindir. Böyle bir durumda idare, kanunlarla üstlendiği ve bir ölçüde kolluk işlemi niteliği taşıyan kendi görevini yerine getirememenin sorumluluğunu taşımaktadır. Hekimin kişisel kusurları hariç, hastaya verilen zarar dolayısıyla idarenin bir ajanı olarak faaliyette bulunan hekimle birlikte idarenin de sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hekimi yapmış olduğu hareketler idare ile öylesine kaynaşmıştır ki hekimimin bireysel ve bağımsız varlığı idarenin içinde eriyip anonimleşmiştir (Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, ss. 77, 80).

1123 *"Uyuşmazlıkta, anne ...'nun 20.5.2001 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yaptığı doğumda bebeğinin oksijen yetersizliğine bağlı beyin ölümü tanısıyla dünyaya gelmesinde idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı konusunda idare mahkemesince herhangi bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Daimi Etik Kurulu'nun olay hakkında düzenlediği rapor esas alınmak suretiyle karar verildiği görülmekle beraber, Dairemizin 4.4.2007 tarihli ara kararına cevaben gönderilen belgelerden, tıbbi müdahalede bulunan sağlık personeli hakkında Antalya 4. Asliye Ceza Mahkemesinin E:2003/42 sayısında açılan ceza davasında, sağlık personelinin kusur oranlarının tespitinin yaptırılması amacıyla konunun Yüksek Sağlık Şurası'na intikal ettirildiği, Yüksek Sağlık Şurası'nca da; 26.4.2001 tarihinden itibaren yapılmış olan NST'lerde tekrarlayan deselerasyonların olduğu, bu nedenle bebekte gelişen iskemik ensefalopatinin akut olarak doğumda gelişmediği ve kronik anoksiye bağlı olduğunun anlaşıldığı, antenatal takibi yapan, bu NST'leri normal olarak kabul ederek daha ileri tetkik ve tedaviye gerek görmeyen, dosyada isimleri belli olamayan hekimlerin 8/8 oranında kusurlu olduklarına, hastaneye başvuran hastanın antenatal kayıtlarını ve testlerini incelemeden normal doğuma yönlendirerek kaçınılmaz olarak fetal sıkıntıya neden olan doktorun 4/8 oranında kusurlu olduğuna, ancak bu kusurun bebekteki iskemik ensefalopatinin nedeni olmadığına, hastada fetal kalp hızının çok düşmesine rağmen anestezi ekibi bulunamadığından, acil sezeryanın gecikmeli olarak gerçekleşmesine neden olduklarından anestezi ekibi ve nöbetçi doktorun 4/8 oranında kusurlu olduklarına, adli bir dosya olmasına rağmen önemli delillerin (NST grafileri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni*

hastanelerin sorumluluğu doğar ve hastaneye gerekli yaptırımlar uygulanır[1124]. Hastaneler, hasta bakımıyla ilgili gerekli standartları sağlamakla yükümlüdür[1125]. Bu standartlar hastanın hastaneye başvurduğu andan taburcu olana kadar sağlanması gerekli standartlardır[1126]. Bazı olaylarda hem hastane hem hekim belirli oranlarda sorumlu tutulabilir[1127]. Özellikle kamu hastanelerinde kamu görevlisi hekim tarafından yapılan hareket, kamu tüzel kişisinin kendi hareketi sayılır. Kamu hastanelerinde idarenin kamu görevlisi hekimle birlikte hekimin kişisel kusurundan dolayı sorumlu olabilmesi için hekimin verdiği zarar göreviyle ilgili olmalı ve yetkisini kullanmasından doğmalıdır[1128]. Kamu tüzel kişisi böyle bir hareketten doğan zararlardan sorumlu olur. Hekimin hastaya verdiği zarar, görevine yabancı ve bir suç düzeyine ulaşmışsa artık kamu tüzel kişisi olan hastanenin sorumluluğu yoktur. Mevzuata baktığımızda Anayasa 40. ve 129/5. maddeleri[1129] ile Devlet Memurları Kanunu (DMK)[1130] 13/1. maddesinde[1131] devletin, kamu görevlilerinin

---

göstermediğinden Kadın Doğum Bölümünün kusurlu olduğuna, önemli delillerin (NST grafileri) kaybolmasını engellemede gerekli özeni göstermeyen ve hastane acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresinin kusurlu olduğuna 30.5.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Yüksek sağlık Şurası'nca yapılan tespitler uyarınca, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır." (D.10.D., E. 2004/6540, K. 2007/4237, www.türkhukuk.com, erişim tarihi. 24.07.2012).

1124 D.10.D., E.1995/3258, K. 1995/2379 (Hakeri, s. 366).

1125 Söz konusu standartlarda ölçü, objektiftir Yani aynı alanda faaliyet gösteren ortalama düzeydeki bir hastaneden benzer hal ve şart altında beklenen standartlar ölçü alınır (Hakeri, Sağlık, s. 239).

1126 Ayan, s. 149.

1127 *"...Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 5.İhtisas Kurulu raporuna göre,davalı Doktor Bekir Sami İlter'in hastaya uygun tanı ve tedavi uygulamadığı için 4/8oranında kusurlu olduğu, diğer 4/8 kusurun ise hastanenin isleyişine bağlı bulunduğu,Doktor F.Ö.'nün de bebeği ölümünden 1, 5 saat öncesinde görmesine, (otopside deagır dehidratasyon bulguları saptanan) ve "bari bir hafta daha bekletseydiniz"demesine rağmen hastayı yatırarak tedavi etmeyip evine gönderdiği için 4/8 oranında kusurlu olduğu, geri kalan 4/8 kusurun ise hizmet isleyişindeki faktörlere bağlı olduğu sonucuna varılmıştır..."* (Y.HGK., E. 2005/4-101, K. 2055/133, Sevindik, s. 66).

1128 Kaplan, s.169.

1129 Anayasa 40/3. maddesi: "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır".*

Anayasa 129/5. maddesi: *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.".*

1130 RG. 23.07.1965, No. 12056.

1131 DMK 13/1. maddesi: *"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."*

görevlerini yerine getirirken kusurlu davranışlarıyla neden oldukları zarardan, asli ve birinci dereceden sorumluluğu esasını kabul ettiğini görürüz. Öyleyse zarar gören, idareye karşı idari yargıda dava açabileceği gibi isterse kişisel kusuru nedeniyle zarar veren hekime karşı adli yargıda haksız fiil hükümlerine dayanarak dava açabilir[1132]. Yargıtay, hizmet kusurundan kaynaklanan zararlarda idare aleyhine dava açılmasını önemle vurgulamış ve bu tür davalarda mahkemelerin görevsizlik kararı vermeden işin esasına girmeleri halinde verilen kararları bozmuştur[1133]. Yine Yargıtay, kamu görevlisi hekimin kişisel kusurundan kaynaklanan davalarda gerçek kişi aleyhine idare mahkemede dava açılamayacağından dolayı bu tür davalarda görevli yargı yerinin adli mahkemeler olduğuna hükmetmiştir[1134]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu son verdği kararla daha önceki uygulamalara son vermiş, kamu hastanelerinde görev yapan hekimler aleyhine doğrudan dava açılamayacağına hükmetmiştir. Sonuç olarak, hekimin tıbbi hatası nedeniyle açılacak davalar öncelikle idare aleyhine genel görevli idare mahkemelerine açılacak hekimin kişisel kusuru saptanırsa idare hekime kusuru oranında rücu edebilecektir[1135].

1132 Kaplan, s.169.

1133 Y.4.HD., E. 2005/954, K. 2005/1401; Y.4.HD., E. 2004/7067, K. 2005/3202. (www. kazancı.com. Erişim tarihi: 22.07.2012).

1134 Y.4.HD., E. 2005/8991, K. 2005/8492; Y.4.HD., E. 2009/11867, K. 2010/7282; Y.HGK., E. 2006/4-86, K. 2006/111; Y.4.HD., E. 2008/5432, K. 2008/9410; Y.4.HD., E. 2010/9888, K. 2011/2680. (www. kazancı.com. Erişim tarihi: 22.07.2012).

1135 *"Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde anayasal ve yasal düzenlemeler ile kurum ve kavramlar değerlendirilmiş; Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgilisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek İçin "hizmet kusuru" ve "kişisel kusur" ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylem in bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir. Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde:Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek*

Bu konuda yaşanan en önemli sorun, meydana gelen zararlı olayda hekimin hangi durumlarda sorumlu olduğunun belirlenmesidir. Hastane mevzuatta belirtilerin tüm koşulları sağlamışsa hastane yönetiminin kusurlu hareketinden bahsedilemeyecektir. Yine hastanelerin mevzuatta belirtilen asgari koşullara ek olarak tıp bilimi uygulamalarını güncel olarak takip edip hastaneyi buna uydurması gerekir[1136]. Yargıtay, kararlarında hekim ve hastanenin sorumluluğunu belirlerken somut olayda hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına dikkati çekmiştir[1137].

---

eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir." (Y.HGK., E. 2011/4-592, K. 2012/25, http://www.kararara.com. Erişim tarihi: 22.07.2012).

1136 Ayan, s. 160.

1137 *"Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibariyle davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu, yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak, kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur."* (Y.4.HD., E. 2011/5994, K. 2011/11502, http://adalet.org/obekran.php?id=4406, erişim tarihi. 21.07.2012); "…*Somut olayda davacı, davalıların kişisel kusuruna dayanmıştır. Dava konusu edilen eylemden dolayı davacının uğradığı zararın davalıların kişisel kusuru sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılarak varılacak sonuca göre karar vermek gerekirken bu yön üzerinde durulmadan yazılı biçimde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."* (Y.4.HD., E. 2004/7067, K. 2005/3202, http://adalet.org/obekran.php?id=4406, erişim tarihi. 21.07.2012); *"Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici sebeplere ve özellikle, Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve sair kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ait davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan*

Uygulamada hastane organizasyonuna bağlı gelişen tıbbi hataya ilişkin örnekler şöyle sıralanabilir: hastanede çıkan yemeklerden hastaların zehirlenmesi[1138], cerrahi aletlerin bozuk olması veya sterilizasyonun yapılmaması, ameliyathanenin hazır olmayışı[1139], hastaneden çocuk kaçırılması, hastanede yangın çıkması ve tedbirin alınmamasına bağlı ölümlerin yaşanması, hastane ısıtma sisteminin bozuk olması nedeniyle hastaları durumlarının ağırlaşması, hastanede genel hijyenin sağlanamaması sonucu hastalara hastalık bulaşması[1140], hastaneye ait ambulansı bakımının yapılmaması sonucu hasta nakli sırasında bozulması ve hastanın ölmesi gibi durumlar organizasyon eksikliğidir. Danıştay, bir kararında doğum sonrası

kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerekmesine; Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 tarih ve 2000/4-1650 E. 2000/1690 K; 26.09.2001 tarih ve 2001/4-595 E. 2001/643 K.; 29.03.2006 tarih ve 2006/4-86 E. 2006/111 K.; 20.09.2006 tarih ve 2006/4-526 E. 2006/562 K.; 17.10.2007 tarih ve 2007/4-640 E. 2007/725 K. s. ilamlarında da aynı ilkenin vurgulanmış olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve kanuna aykırıdır.Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır."(YHGK., E. 2007/4-800, K. 2007/797, http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=35921, erişim tarihi: 21.07.2012); *Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici sebeplere ve özellikle, Anayasanın 129/5 maddesi gereğince memurların ve sair kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ait davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerekmesine"* (YHGK., E. 2007/4-640, K. 2007/725, http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=35921, erişim tarihi: 21.07.2012).

1138 Ayan, s. 157.

1139 Danıştay, acil ameliyat koşullarının organizasyonunda eksikliği bulunan hastane idaresini meydana gelen zarardan sorumlu bulmuştur (D.10.D., E. 2004/6540, K. 2007/4237, Odyakmaz, s. 187).

1140 Uygulamada sıklıkla hastane enfeksiyonlarına bağlı hasta ölümleri gözlemlenmektedir. Hastane enfeksiyonları (nozokomiyal enfeksiyonlar), bir hastanede bulunmayla sebep ilişkisi gösteren, yatan hasta, sağlık personeli veya ziyaretçilerde oluşan enfeksiyonlardır. Kısaca sağlık hizmetiyle ilgili enfeksiyonlardır. Önemi morbidite (hastalık oranı) mortalite (ölüm oranı) artışına sebebiyet vermesidir (Recep Öztürk, "Hastane Enfeksiyonlarında İşbirliğinden Kaynaklanan Sorunlar", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 1).
Hastane enfeksiyonlarının giderek öneminin artması hastane yönetimlerinin hastanelerdeki dezenfeksiyon, sterilizasyon ve dekontaminasyona ilişkin programlar ve politikalar oluşturmasını zorunlu hale getirmiştir. Hastane yönetimi hastane enfeksiyon komitesi oluşturmak ve komitenin görüşleri doğrultusunda gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Aksi halde meydana gelen zarardan sorumluluğu doğacaktır. Bu nedenle hastane enfeksiyonları konusunda sağlık personelinin bilgilendirilmesi, enfeksiyonların önlenmesi İçin politika ve kuralların oluşturulması hastane yönetiminin yükümlülüğündedir (Neşe Saltoğlu, "Hastane Enfeksiyon Komitesi Olarak Sterilizasyon ve Dezenfeksiyonda Yasal Sorumluluklar ve Yapılması Gerekenler", www.das.org.tr/dosya/kongre/kong2005/43-05pdf); R. Öztürk, s. 2; Danıştay, bir kararında ameliyat sonrası enfeksiyon nedeniyle ölenin yakınlarının açtığı davada sağlık hizmeti veren idareyi tazminat ödemeye mahkum etmiştir (D.10.D., 2009/8454, K. 2009/7726, Odyakmaz, s. 170).

alınan kan örneğinin ilgili sağlık birimine ulaştırılması ve tahlili aşamalarındaki aksaklık veya ihmal sonucu fenilketonürü hastalığının tanı konulamadığından bahisle açılan davada kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle zararın davalı idarece tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir[1141].

Ancak hastane yönetiminin sorumluluğuna karar verilmeden önce somut durum iyice araştırılmalıdır. Özellikle kamu hastanelerinde yeterli ödenek olmadığı için bazı bölümlerin kurulamadığı gözlenmektedir. Mali kaynak yetersizliği nedeniyle meydana gelen durumlar (örneğin, yoğun bakım ünitesinin olmaması veya yetersiz olması gibi) hastane yönetimine yükletilmemelidir[1142]. Burada sorumluluk, bu imkânların sağlanmasına rağmen bu ünitelerin hizmete açılmaması halinde söz konusu olur.

Uygulamada gece nöbetinin bulunmadığı bir hastanede çağrılan hekimin hastaneye gitmemesi, geç gitmesi, hastayı değerlendirdikten gözlemlemeyip geri dönmesi sonucunda hastane organizasyonunda (hekim azlığı nedeniyle nöbetçi hekim olmayıp icap nöbetlerinin olması) bir kusur bulunmazken hekim kusurludur[1143].

Hastane yönetiminin istihdam ettiği personel ile ilgili olarak sorumluluğu vardır. Personel seçiminde mevzuatta belirlenen kurallar uygulanmalıdır. Personelin denetlenmesi ve tıbbi yönden gelişiminin sağlanması gerekmektedir[1144]. Yine hastanenin personelin çalışma koşullarını ve saatlerini hizmetin en iyi şekilde verilebileceği şekilde ayarlamalıdır[1145]. İstihdam edilen personelle ilgili olarak

---

1141 D.10.D., E. 2003/3146, K. 2006/5850 (Bayındır, s. 560).

1142 D.10.D., E. 7215, K. 1531 (Öztürkler, s. 320). Ayrıca mali imkân yetersizliği için Anayasa 56.ve 65. maddeleri göz önünde bulundurulmalıdır.
MADDE 56: *"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."*
MADDE 65: *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."*

1143 Hakeri, Tıp, s. 367.

1144 Akkanat, s. 29; Hakeri, Hastane, s. 164.

1145 Hastane yönetimi hasta sayısına göre hekim bulundurmalıdır. Hekim başına düşen hasta sayısı arttıkça hizmet kalitesi düşebilecek ve tıbbi hatalar gündeme gelebilecektir. Yine hastane yönetimi ameliyathane ve acil ve yoğun bakım gibi nitelikli birimlerinde devamlı hekim bulundurulmalıdır. Hekimlerin çalışma saatleri ile iş yükleri iyi ayarlanmalıdır.

hekimin sorumluluğu personelin seçimi[1146] (seçim hakkı olmayan özel durumlar hariç) ve onları denetiminde yapılan hatalardan doğabilir[1147]. Yine hastane yönetimi hekimlerin uzmanı olduğu alanda dünya ve ülkedeki gelişmeleri izlemeleri ve kendilerini bu doğrultuda geliştirmeleri için gerekli olanağı sağlamakla yükümlüdür. Aksi halde bu nedenle meydana gelen zarardan ağır kusuru ile sorumludur[1148].

Tıbbi aletlerin çalışır vaziyette olması, bakımlarının yapılması ve güncel tıbbi cihazların alınması hastane yönetiminin görevleri arasında olup[1149] bu nedenle hastaya bir zarar verilirse hekimin bu zarardan kural olarak bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Ancak hekim, bu aletlerin bozuk olduğunu ve hastaya zarar verebileceğini bilmesine rağmen hastane yönetimini uyarmazsa sorumluluğu doğabilecektir[1150]. Bu noktada ilgili sağlık merkezi söz konusu tıbbi aletlerin olmayışı ya da herhangi bir nedenle kullanılamadığı durumları hastaya ve ilgili denetleme merkezlerine bildirmekle yükümlüdür. Tıbbi cihazların kullanımı uzman kişilerce yapılmasının sağlanması hastane yönetiminin görevidir.

Hastane yönetimi, gözetleme ve kontrol tedbirleri ile hastane içerisinde güvenliği sağlayıcı önlemler almakla yükümlüdür. Bunu için yeteri kadar güvenlik personeli bulundurmalıdır. Uygulamada yan odada yatan 7 yaşındaki hastanın bebeğin odasına girerek ona zarar vermesi olayında, hastane gerekli tedbirleri almadığı için sorumlu tutulmuştur. Çocuk ve akıl hastalarının hastanede güvenlik içinde olmaları için gerekli tedbirlerin alınması hastane yönetiminin sorumluluğundadır[1151]. Uygulamada özellikle çocuk kaçırma olayları hastanelerdeki güvenlik tedbirsizliğine bağlı olarak gelişmektedir. Yargıtay, hastanede bebek karıştırılmasına ilişkin önüne gelen bir davada hastanenin çalıştırdığı hekim ve diğer

---

1146 Yargıtay, bir kararında bu hususa açıkça değinmiştir. *"Somut olayda, hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulunun 29.1.2004 tarihli raporunda, davalı doğum ve kadın hastalıkları uzmanı Dr. A.'nın, davacının annesi olan S.'nin doğum sonrası takibinde özensiz ve dikkatsiz davrandığı kontrolleri sırasında başlamış olan enfeksiyona yönelik bir tedaviye başlanmadığı, bu nedenle olayda 2/8 oranında kusurlu bulunduğu açıklanmıştır. Raporda her ne kadar davalı hastanenin kusuru bulunmadığı belirtilmiş ise de davalı hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermedi¤inden doktor ile aynı oranda kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Dosya içindeki raporlarda davacının bir kusurundan bahsedilmemektedir."* (Y.13.HD., E. 2005/3645, Halide Savaş, "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Seçkin Yayınevi, Yıl: 2007, Cilt: 81, Sayı: 3, s. 1001).

1147 Aşçıoğlu, s. 89.

1148 Hakeri, Sağlık, s. 243.

1149 Akkanat, s. 29; Hakeri, Sağlık, s. 239.

1150 Hakeri, Tıp, s. 368.

1151 Hakeri, Hastane, s. 168.

personelin işlerini özenli bir şekilde yapmamasından dolayı onlarla birlikte sorumlu olduğunu belirtmiştir[1152]. Yine Danıştay, bir davada 13 aylık bebeğin yanına refakatçi alınmayıp elleri ve kolları bağlandıktan sonra ipin boyna dolanması sonucu ölümün gerçekleştiği olayda, hekim ve hastane yönetimini kusurlu bulunmuştur[1153]. Hastanın yatağından düşmesi, hastanedeki kan ve ürünlerinin güvenilirliliği hastane yönetiminin sorumluluğundadır.

Hastane yönetiminin asıl görevi olan hastanın tedavisini sağlama görevi[1154] dışında hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme[1155] ve sır saklama gibi yan görevleri de vardır[1156]. Özellikle hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hekimin olduğu kadar hastane yönetiminin de yükümlülükleri vardır. Bu bağlamda, hastane yönetimi, aydınlatılmış onamın kim tarafından nasıl yapıldığını denetlemek ve bu ödevin yerine getirilmesini sağlamakla görevlidir[1157]. Bunun için gerekli koşulların oluşturulmasını sağlamak (örneğin, ilgili formların oluşturulması, özel görüşme yerleri vs.) yükümlülüğü

1152 Y.4.HD., E. 1976/327, K. 1976/11216 (Aşçıoğlu, s. 124).

1153 D.10.D., E. 1315, K. 1315 (Öztürkler, s. 320).

1154 "…*Doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki bütün şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır."* (Y.13.HD., E. 2008/4519, K. 2008/10750, http://www.nethasar.com/yargitay_ kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

1155 *"Mahkemenin önceki ara kararları üzerine davalı idarece, hasta dosyasının hastaya verilmiş olması nedeniyle mevcut olmadığının bildirildiği; davacının da hasta dosyasını temin edemediği, ancak kayıtlardan yenilenen belgelerin eksikliği belirtilen ilgili evrak ve dökümanların temini için yapılan ara karar üzerine ibraz edilen belge ve preparatlarla birlikte dosyadaki iddia ve savunmalar dikkate alınarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak üzere 2. kez Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderildiği; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 22.3.2006 tarih ve 1221 sayılı yazısında özetle, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan belgelerin istenilmesine rağmen taraflarca temin edilemediği, mevcut tıbbi belgelere göre davacının geçirdiği operasyonların sedimantasyon ve X-raylerin normal olduğunun, ancak grafiler temin edilip gönderilmediği için yapılan bu operasyonların endikasyonları (gerekliliği) ve tanı açısından görüş bildirilemeyeceğinin ifade edildiği; öte yandan, dava dosyasında bulunan 4.6.2003 tarihli Hastane Müdürü tarafından düzenlenen belgeden, davacıya ait hasta dosyasının 13.12.2002 tarihinde hastane arşivinden ilgili bölümce istenildiği ve daha sonra iade edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği; diğer taraftan, idarece tıbbi kayıt ve belgelerin ibraz edilememesinin, meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği açık olduğundan maddi tazminatın reddedilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, oluşan bu durum sonucu meydana gelen manevi zararın idarece tazmini yolunda karar verilmesi gerekirken; davanın, manevi tazminat istemine ilişkin kısmının da reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır."* (D.10.D., E. 2007/3301, K. 2008/2939, kararevi.com, erişim tarihi: 06.07.2012).

1156 Hakeri, Hastane, s. 165.

1157 Özsunay, s. 55; Çelik, s. 76.

altındadır. Aksi halde bu durum organizasyon eksikliği kabul edilip hastane yönetiminin sorumluluğu doğacaktır.

dd. Üstlenme Kusuru

Hekim hastayı tedavi etmeyi üstlenirken iki noktaya dikkat etmelidir. Bunlar tıbbi standardı sağlayabilecek bilgi ve deneyime sahip olup olmadığı ve hastayı tedavi edeceği sağlık kurumunun söz konusu hastalığın tedavisi için yeterli tıbbi araç ve gerece sahip olup olmadığıdır[1158]. Bu iki hususdan birinde eksiklik varsa hekim hastanın tedavisini üstlenmemelidir. Hastalığın tedavisi hekimin uzmanlık yetkisini aşıyorsa vakit kaybetmeden bir diğer hekime hastayı yönlendirmelidir. Yine aynı şekilde, hekim, yeterli tıbbi teçhizata sahip değilse hastayı daha üst bir basamakta yer alan bir sağlık merkezine yönlendirmelidir. Bunları yapmayan hekim tedavi hatası işlemiş olur[1159].

Hekim, kendi uzmanlık alanı dışında kalan konularda tıbbi müdahalede bulunarak uzmanlık sınırını aşmamalıdır. Örneğin, iç hastalıkları uzmanının beyin ameliyatı yapması yetki aşımıdır[1160]. Hekimin acil durumlar dışında uzmanlık yeteneklerinin sınırlarından çıkarak hastayı gönüllü üstlenmesi halinde görevin gereklerini yapmalıdır. Aksi halde özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olur. Ancak burada uzmanlık alanının sınırlarını aşan hekim, her halükarda hastaya yetkisiz müdahalede bulunmaktan sorumlu olacaktır.

Üstlenme kusuruna ilişkin olarak, diğer bir konu da hekimin daha önce hiç yapmadığı bir ameliyatı deneyim sahibi olan bir diğer hekimin gözetimi dışında yapmış olmasıdır. Hekim, hasta üzerinden hastanın aleyhine olarak deneyim kazanamaz. Bir ameliyatı ilk kez yapacak olan hekimi gözetim altına almak

---

1158 *"Vatani görevini yapmakta olan er, davalı doktor tarafından bilateral varis tanısı ile askeri hastanede ameliyat edilmesi sonucu ölüm olayı meydana gelmiştir. Saptanamayan arteriavenöz fistülde meydana gelen harabiyet nedeni ile ölüm olayında davalı genel cerrahi uzmanıdır. Kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeni ile sınırlandırılması söz konusu değildir. Ancak kendi içinde uzmanlık dalların ayrılmış tıbbi müdahalede bulunurken, doktorun bu uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur…"* (Y.4.HD., E. 1990/5104, K. 1991/428, Sevindik, s. 47).

1159 Hakeri, Tıp, s. 375.

1160 Kızılyel, s. 210.

gereklidir. Gözetim altına almak her an müdahalede bulunacak şekilde hazır bulunmak anlamındadır. Bu tedbirin alınması uzman deneyimli hekimin sorumluluğunda olduğu kadar, hastane yönetiminin de sorumluluğu altındadır. Acil durumlar dışında hastane uzman deneyimli cerrahları bünyesinde bulundurmalıdır. Hastaya daima uzman standardı sağlanmalıdır. Asistan hekimler ancak altından kalkabileceği müdahalelere girişmelidirler. Uzman bir hekimin gözetiminde ya da uzman hekimin her an hazır bulunabilmesinin güvence altında bulunduğu bir ortamda hasta üstlenmelidirler. Bu nedenle asistan hekimlerin riskli vakalarda uzman gözetimi olmadan tıbbi müdahalede bulunmaması gerekir. Uzman hekimin hemen müdahalede bulunabileceği vakalarda her iki hekim açısından bir sorumluluk doğmayacaktır. Yine uzman hekimin ameliyat sırasında uzmanlık alanının dışında bir komplikasyonla karşı karşıya kalması halinde gecikmeksizin komplikasyonla ilgili branş hekimini çağırmalıdır. Uygulamada kıdemli asistan hekimin yeni başlayan deneyimsiz hekime tıbbi müdahale sırasında gözetmenlik yaptıkları görülmektedir. Gerekli bilgi ve deneyime sahip olmadığını bilmesine hastayı tehlikeye atabileceğini öngörmesine rağmen gözetmenliği üstlenmesi tedavi hatasıdır[1161].

ee. Tıbbi Hatayı Bildirme Yükümlülüğünün İhlali

Hekim, hastaya bir zarar verdiğini fark ettiğinde veya bir zarar vermiş olabileceğini düşünüyorsa bu durumu hastaya bildirmelidir. Yani hasta tıbbi hata konusunda aydınlatılmalıdır. Tedavi ilişkisi devam ederken veya bittikten sonra hekim hastanın maruz kaldığı bu olumsuz durumu gidermek için gerekeni yapmalıdır. Ancak hasta bu aşamada hekimini değiştirirse bu onarıcı tedavinin yeni hekim tarafından ne şekilde yapılacağı hastaya açıklanır. Hasta, hekim çabalarına uymakla yükümlüdür[1162]. Tıbbi hatanın hastaya zamanında bildirilmesi ek tedavi yöntemlerinin uygulanması açısından çok önemlidir. Bu şekilde davranmayıp hastaya tıbbi hatayı bildirmeyen hekim, ağır tıbbi hata yapmış sayılır.

ff. Aydınlatma Hataları

[1161] Hakeri, Tıp, s. 378; Polat, s. 352.
[1162] Hakeri, Tıp, s. 380.

Aydınlatma hataları, hukuk kurallarına ilişkin paramedikal [1163] kusurla ilgilidir**.** Hasta tanı, tedavi ve müdahale konusunda aydınlatılırken komplikasyonlar ve tıbbi müdahaleye ilişkin diğer hususlar konusunda da aydınlatılmalıdır. Aksi halde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılıktan hekimin sorumluluğu doğar[1164]. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin olarak açıkladığı rızanın hukuken bir değer taşıyabilmesi için yeterince bilgilendirilmiş olması gerekir[1165]. Bilgilendirme içerik ve usulüne göre yapılmamışsa tıbbi müdahaleye verilen rıza geçersiz olacaktır. Yapılan müdahalenin tıp biliminin amaçları doğrultusunda ve tıp biliminin gereklerine göre yapılmış olması hatta yapılan tıbbi müdahale sonucunda hastanın sağlığına kavuşmuş olması rızayı hukuken geçerli kılmayıp cezai sorumluluğu ortadan kaldırmaz[1166].

Hastaya ilk ameliyatı yapacak olan hekimin ilk ameliyatı olduğu konusunda aydınlatılıp aydınlatılmaması konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Bizce böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ameliyatın kurallarına uyulduktan ve uzman gözetiminde ve kalitesinde yapıldıktan sonra hastaya ameliyatın kim tarafından yapıldığının açıklanmasına gerek yoktur. Ancak uzman hekimin gözetim ve idaresinin sağlanamadığı hallerde bu durum hastaya açıklanmalıdır[1167]. Yine aydınlatılmış onam sırasında hekim ile hasta arasında ameliyatın belirli bir hekim tarafından yapılacağı karalaştırılmışsa o zaman bu durum hastaya açıklanmalı ve rızasının bu yönde yeniden alınması gerekir. Örneğin, hastanın ameliyatını her hangi bir nedenle yapamayacak olan hekim, hastayı diğer bir hekime sevk ettiğinde yeni hekim, hasta ile görüşerek onamını almalıdır.

3. Neticenin İstenmemesi (Neticenin İradi Olmaması)

Hekim tarafından iradi olarak yapılan hareketin sonucunda meydana gelen zararlı netice istenmemelidir. İstenirse artık taksirden değil kasttan söz edilir**.** Taksirde netice fail tarafından istenmediği halde netice gerçekleşmiş olmalıdır. Herhangi bir netice meydana gelmemişse taksirli bir suçtan da bahsedilemeyecektir.

1163 Bir dereceye kadar tıpla ilgili, hekimliği kısmen ilgilendiren, hekimin hekimlik dışındaki uğraşısıyla ilgili (Kocatürk, s. 624).

1164 Çetin, Tıbbi, s. 33.

1165 *"Bilgilendirme, hekimin vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesidir."* (Kızılyel, s. 211).

1166 Özgenç, Tıbbi, s. 2176.

1167 Hakeri, Tıp, s. 380.

Görüldüğü üzere, taksirli suçlarda neticenin önemli bir yeri vardır. Taksirli bir suçtan söz edilebilmesi için, kanuni tanımda yer alan istenmeyen neticenin meydana gelmesi gerekir. Netice gerçekleşmedikçe faili cezalandırılmasına olanak yoktur[1168]. Diğer bir deyişle taksirli suçlarda teşebbüs cezalandırılmaz. Örneğin caddelerde hızlı araç kullanan şoför birine çarpıp adam öldürmediği sürece taksirle öldürmeden söz edilemez[1169]. Ancak burada şu hususu da belirtmek gerekecektir. Bazen netice meydana gelmediği halde icrai ya da ihmali taksirli suçlar cezalandırılabilmektedir[1170]. Burada özellikle tehlike suçları için geçerli olan bir netice vardır. Örneğin, 5237 sayılı kanunun 180. maddesinde yer alan trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma suçunda durum böyledir.

Bu unsur, taksirin olumsuz bir koşulu olup kasıtlı olmayan bir davranışı zorunlu kılar[1171]. Diğer bir deyişle, neticenin iradi olması halinde kastan bahsedilir. Failin bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğan hukuka aykırı neticeyi istememesi gerekir[1172]. Bu nedenledir ki bu tür suçlarda teşebbüs mümkün değildir[1173]. Meydana gelen neticenin fail tarafından istenmemiş olması, neticenin meydana gelmesi şartı bakımından taksiri kast ve olası kasta yaklaştırırken neticenin istenmemesi bakımından onlardan ayırır. Taksirde öngörülmüş olsun ya da olmasın neticenin istenmemesi taksir için yeterlidir. Taksirde neticenin fiilen öngörülmüş olması, bunun aynı zamanda istendiği anlamına gelmeyecektir[1174]. Neticenin öngörüldüğü durumlarda neticenin meydana gelmesi halinde kişi bilinçli taksirden sorumlu tutulacaktır. Örneğin, mesleki cesaret göstererek yeni bir tedavi yöntemini uygulayan hekim, meydana gelen zararlı neticeden sorumlu tutulacaktır[1175]. Aynı şekilde otobüs durağında tüm yolcuların inip inmediğini kontrol etmeden hareket eden otobüs şoförü, yolcuların yaralanmasından sorumludur. Somut olayın özelliğine göre failin neticeyi isteyip istemediği tespit edilmelidir[1176]. Uygulamada, Yargıtay kararları incelendiğinde neticenin istenip istenmediğinin tespitinde, failin mağdurla olan ilişkisi, aralarında önceye dayanan olayların olup olmadığı, failin olay öncesi,

---

1168 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 497; İçel, Taksir, s. 162, Özgenç, s. 249; Artuç, s. 242.
1169 Demirbaş, s. 362; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 497.
1170 İçel, Taksir, s. 164; Özgenç, s. 252.
1171 Öztürk/Erdem, s. 252.
1172 Hakeri, Ceza, s. 175; Demirbaş, s. 361; Keskin, s. 90.
1173 Dönmezer, s. 212; İçel/Evik, s. 203.
1174 İçel, Taksir, s. 165; M. Öztürk, s. 16; İçel/Evik, s. 204; Keskin, s. 90.
1175 İçel, Taksir, s. 165; M. Öztürk, s. 16; İçel/Evik, s. 204.
1176 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 497; M. Öztürk, s. 15; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 55.

sırası ve sonrasına ilişkin davranışları, sözleri, faili harekete geçiren amaç, saik, nedenler, kullanılan vasıta, mağdura olan uzaklık gibi kriterlerden yararlanıldığı gözlenmektedir[1177].

Taksirli suçlarda failin neticeyi istememesinin yanı sıra neticenin meydana gelmesine sebep olmaması da gereklidir. Çünkü toplum bazı kişilerden daha dikkatli ve özenli davranmasını beklemektedir[1178].

4. Neticenin Öngörülebilir Olması (Tahmin Edilebilmesi)

Neticenin öngörülebilir olması, toplumun kişiye yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesinde aranan bir olanağın varlığıyla ilgilidir[1179]. Bu bağlamda netice öngörülebilir değilse failden de özen ve dikkat göstermesi beklenemez. Dolayısıyla, failin özen gösterme ödevi de bulunmaz. Aksi düşünce sorumluluğun kapsamını sınırsız hale getirir[1180].

Dikkat ve özen ödevinin bulunduğu yerde öngörebilme olanağı da vardır. Buradaki olanak, neticenin öngörülebilinirliğine ilişkin olanaktır. Diğer bir deyişle, buradaki öngörülebilme neticenin öngörülebilmesinden farklı olup, failin hareketinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğidir[1181]. Kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi bir olanağı gerektireceğinden böyle bir olanağın yokluğu, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesini istemek hakkını ortadan kaldıracaktır[1182]. Diğer bir deyişle, failden başka türlü davranması beklenemiyorsa, ona kusur isnad edilemez[1183]. Hekimin taksirinden sorumlu tutulabilmesi için neticenin öngörülebilir olması gereklidir. Hiç kimse tarafından öngörülemeyecek neticeden hekim sorumlu tutulamaz. Yargıtay verdiği bir kararda, genel anestezinin

---

1177 Y.4.CD., E.2000/10053, K. 2000/902; Y.2.CD., E. 2000/2446, K. 2000/2825; Y.1.CD., 1996/3109, K. 1996/3557; Y.4.CD., 1993/4404, K. 5368 (Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 55).

1178 Çağlayan, s. 550.

1179 Neticenin öngörülebilir niteliği ile dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, taksirin kurucu unsurlarındandır. Her iki kavram birbirine dayanarak açıklanabilir (İçel, Taksir, s. 147; Koca/Üzülmez, s. 205; Özgenç, s. 250).

1180 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 235; İçel, Taksir, s. 147; Centel/Zafer/Çakmut, s. 400; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 457; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 101; Artuç, s. 240.

1181 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 507; Keyman, s. 79.

1182 İçel, Taksir, s. 147; Centel/Zafer/Çakmut, s. 400; Koca/Üzülmez, s. 207, Kaymaz/Gökcan, s. 96.

1183 İçel, Taksir, s. 147; Centel/Zafer/Çakmut, s. 400; Koca/Üzülmez, s. 207, Kaymaz/Gökcan, s. 96; Tezcan/Erdem/Önok, s. 190.

mutad komplikasyonu nedeniyle meydana gelen zararın tümünden hekimin sorumlu tutulamayacağını açıkça belirtmiştir[1184].

Öngörme, istemenin varlığını göstermez. Fail neticeyi öngördüğü halde istememiş olabilir. Fail öngörülebilir bir neticeyi öngörmediği halde basit taksir, failin öngörülebilir bir neticeyi öngörüp istemediği hallerde bilinçli taksir olur. Fail neticeyi istemişse kastın varlığı söz konusudur. Öngörülebilmenin olanaksız olması durumunda kaza ve tesadüften bahsedilir[1185]. Böyle bir durumda kişiyi zararlı sonuçtan sorumlu tutmak mümkün değildir. Bilindiği üzere, kaza ve tesadüf gerekli tedbirler alındığı halde neticenin tahmin edilememesi mevcuttur. Kişi, özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa bile neticenin yine de meydana geleceği durumlarda artık taksirden söz edilemez[1186]. Ancak somut olayda çok küçük de olsa neticenin öngörülebilme olanağı varsa ve fail, bunun için bir önlem almamışsa taksirli sorumluluk gündeme gelecektir[1187]. Taksirin bu unsuru aranmadığı takdirde taksir, sübjektif sorumluluktan uzaklaşılıp netice sorumluluğu haline gelecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere objektif sorumluluk çok gerilerde kalmış hatta ceza hukukunda hiç yer almaması gereken bir sorumluluk türüdür.

Neticenin öngörülmesi ise somut olayda neticenin fail tarafından fiilen tahmin edilmesidir[1188]. Neticenin öngörebilme unsurunun objektif kritere göre belirlenmesi ceza hukukunda yer alan sübjektiflik ile bağdaşmamaktadır. Değerlendirmede sübjektif ölçü (fail) esas alınmalıdır. Sübjektif ölçü, "*failin bütün kişisel niteliklerini üzerinde toplamış kişiye göre neticenin öngörülmesi olanağını tespit eden kriterdir"*[1189]. Bu nedenle neticenin öngörülmesi failin yaşı, mesleği, görgüsü, zekâ derecesi, sosyal seviyesi, fiilin işlendiği zaman ve koşullar vs gibi

---

1184 Hakeri, Tıp, s. 320.

1185 İçel, Taksir, s. 147; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 507; Parlar/Hatipoğlu, Taksir, s. 64; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; Dönmezer, s. 213; İçel/Evik, s. 202; Keskin, s. 139; Centel/Zafer/Çakmut, s. 400; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 235; Kaymaz/Gökcan, s. 97.

1186 Öğretide verilen klasik örneklerden birine göre fırça üreten bir firma uyarılmalarına rağmen keçi kıllarını dezenfekte etmeden fırça üretir. Üretilen bu fırçaları kullanan dört kişi şarbon basili nedeniyle yaşamını yitirirler. Yapılan araştırmalarda dezenfekte edilseydi dahi basilin imha edilemeyeceği ve aynı sonucun oluşacağına tespit edilir (M. Öztürk, s. 21).

1187 İçel, Taksir, s. 152; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 508.

1188 M. Öztürk, s. 20; Kaymaz/Gökcan, s. 96; İçel, Taksir, s. 147.

1189 İçel, Taksir, s. 152.

nedenlere bağlı olup, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir[1190]. Bu açıklamalara göre öngörebilme, belirli niteliklere sahip failin somut olayda hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme olanağı olarak ifade edilebilir[1191]. Yargıtay da sübjektif ölçüyü esas almaktadır[1192].

Bazı durumlarda failin öngörüsüne ilişkin karineden yararlanılabilir. Örneğin, uzmanı olmadığı alanda hastayı yeterince tedavi eden (mesleki cüret) hekimin hastaya verdiği zarardan dolayı sorumluluğu doğacaktır. Hekim burada zararlı neticeyi öngöremediğini söyleyemeyecektir[1193].

Neticenin öngörülebilmesi kavramını açıklarken vurgulanması gereken diğer bir husus söz konusu neticelerin hangi neticeler olması gerektiğidir. Burada araştırılması gereken neticeler meydana gelen tüm neticeler değildir. Buradaki netice failin yapmış olduğu iradi hareketin neden olabileceği neticelerdir. Meydana gelen neticenin tüm inceliklerinin bilinmesi gerekmeyip genel hatlarıyla tahmin edilmesi halinde taksirin varlığından bahsedilebilecektir[1194]. Yani somut olaydaki bir hareketin yol açtığı mümkün neticelerin hepsi öngörülebilir nitelikteki neticeler olarak kabul edilmelidir. Somut olayda meydana gelmiş neticenin bütün özellikleriyle öngörülmüş olması aranmaz. Örneğin, evde masanın üzerinde dolu tabanca bırakan kişinin çocuğun bu tabancayla oynayıp kendisine ya da başkasına zarar verebileceğini öngörmesi, diğer unsurların da bulunması halinde taksirli sorumluluğa yol açacaktır[1195]. Konuya meslek sahibi kişilerin yapmış olduğu bir takım girişimler sonucunda meydana gelen neticeler bakımından bakacak olursak toplumun o meslek mensubu üyelerine yüklemiş olduğu dikkat ve özen ödevinin kapsamı neticenin öngörülebilme olanağının kapsamıyla aynıdır. Çünkü söz konusu ödevin yerine getirilmesi belirli neticelerle sınırlandırılamaz.

1190 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 507; İçel, Taksir, s. 152; M. Öztürk, s. 21. Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 458; Öztürk/Erdem, s. 254; Keskin, s. 139; Artuç, s. 241; Kaymaz/Gökcan, s. 99; Tezcan/Erdem/Önok, s. 188; Hakeri, Tıp, s. 320.

1191 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 235; Artuç, s. 240.

1192 Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 102, Kaymaz/Gökcan, s. 96; Artuç, s. 241: YCGK., 11.05.2004 tarihli 2-97/115 sayılı kararında öngörebilme olanağının değerlendirilmesi bakımından esas aldığı kriterler, failin yaşı, eğitim ve öğretim durumu, kültür düzeyi, mesleği, ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, sosyo ekonomik durumudur (Y.9.CD., E. 2004/4154, K. 2004/5043, Tezcan/Erdem/Önok, s. 188).

1193 Kaymaz/Gökcan, s. 100.

1194 İçel, Taksir, s. 153; Koca/Üzülmez, s. 205, Kaymaz/Gökcan, s. 97.

1195 Koca/Üzülmez, s. 205.

Hekim, ancak öngörülebilir nitelikteki neticeler bakımından sorumlu tutulabilir. Bu özellik, dikkat ve özen yükümlülüğü ile yakından ilişkilidir. Daha doğrusu neticenin öngörülebilirliği kanun tarafından kişilere yüklenen dikkat ve özen görevinin bir sonucudur. Hekimden ancak belirli olanaklar ölçüsünde görevlerini yerine getirmeleri beklenir. Hekimin neticeyi öngörebilmesi, hekimin yaşı, mesleki deneyimi, görgüsü, fiilin işlendiği zaman ve koşullar vs gibi nedenlere bağlıdır. Bu tespit, tıbbi müdahale nedeniyle meydana taksirli öldürme suçunda öngörülebilirlik hareketi yapan hekim göz önünde bulundurularak her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek[1196] yapılacaktır (sübjektif unsur). Sonuç olarak, hekimin taksirli olup olmadığına karar verirken meydana gelen neticenin öngörülebilirliği hekimin niteliğine, bilgisine ve içinde bulunduğu fiziki koşullara, hekimin deneyimine, eğitiminin derecesine, sosyal konumunun varlığına ve özel yeteneklerinin varlığına bakılarak belirlenecektir[1197]. Tüm bu özellikler değerlendirilerek, hekimin hastanın sağlığında bir zarar meydana gelmesini önceden görebileceği hallerde sorumluluğu kabul edilecektir. Örneğin, küçük bir ilçe sağlık ocağında görev yapan pratisyen hekimin neticeyi öngörebilmesi ile büyükşehirde modern bir hastanede görev yapan hekimin ya da öğretim üyesinin neticeyi öngörebilmesi arasında fark olacağı aşikârdır. Uygulamada birçok kez hastaların tanı ve tedaviyi başka bir sağlık merkezindeki hekime ameliyatlarını ise diğer bir sağlık merkezindeki hekime yaptırdıkları gözlemlenmektedir. Bu gibi durumlarda hekimin daha önce değerlendirmediği, hastalığı hakkında yeterince bilgi sahibi olmadığı bir hastayı ameliyat hazırlığını yapamadan ameliyata alma zorunluluğunun bulunması durumunda (tıbbi müdahalenin üstlenilmesi) hekimden özen yükümlülüğünün yerine getirmesini beklemek doğru olmayacaktır. Söz konusu sübjektif değerlendirmeye diğer bir örnek asistan hekimin yaptığı kusurlu davranışın değerlendirmesini uzman hekim temel alınarak yapılmaması içinde geçerlidir. Çünkü uzmandan beklenen özen ve dikkat derecesi asistan ya da pratisyen hekimden beklenemeyecektir. Her iki hekim ancak kendisinden beklenilebilen özen ve öngörülebilen netice kadar sorumludur. Ancak burada üstlenme kusurunun varlığı da göz ardı edilmeyip araştırılmalıdır. Söz konusu özenin sınırı riskli ve tekel niteliğinde olan tıbbi

[1196] Bayraktar, Hekimin, s. 221; Çakmut, s. 252.
[1197] Hakeri, Tıp, s. 320; Bayraktar, Hekimin, s. 221; Çakmut, s. 252;

müdahaleler için en üst düzeydedir. Çünkü bu gibi durumlarda hekimin denetlenmesi güçleşmektedir. Böyle durumlarda yalnızca ağır ihlallerde hekimin sorumluluğunu kabul etmek doğru değildir[1198].

Bir olayın birden fazla kişinin faaliyeti ve hareketine bağlı olarak gelişen olaylarda öngörme unsuru, başkalarının doğru biçimde davranacağı (güven) ilkesine göre çözümlenir[1199]. Örneğin, trafikte arabasını kullanan sürücü karşıdan gelen arabanın kırmızı ışıkta duracağına güvenerek yeşil ışıkta geçmektedir. Böyle durumlarda herkes üzerine düşen doğru hareketi yapmakla yükümlüdür. Kişiden diğer kişinin yapması gereken hareketi yapmayabileceğini ve bunun için tedbir alması gerektiğini bekleyemeyiz. Ancak bazen kişilerden yükümlülüklerine aykırı davranan diğer kişilerin hareketlerine karşı önlem alması beklenebilir. Örneğin, yola fırlayan çocuğu gören sürücü frene basmalı yön değiştirmelidir[1200]. Yine hekimin reçete ettiği antibiyotiği almayan hastanın enfeksiyondan ölmesi durumunda hekimin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Ancak hekimin hastasını belli aralıklarla kontrole çağırıp verdiği ilacın etkisini görüp gerekli önlemleri alması gerekecektir. Yine failin başkalarını hareketini kontrol yükümlülüğünün bulunduğu hallerde de öngörebilme unsuru aranmalıdır. Örneğin, ameliyat yapan uzman hekimin ameliyata katılan asistan ve diğer personelin davranışlarını kontrol ve önleme yükümlülüğü bulunmaktadır[1201].

Nedensellik bağı bakımından bir sonuca varabilmek için neticenin öngörülebilir nitelikte olup olmadığının araştırılması gereklidir. Yargıtay birçok kararında bu konuya açıkça değinmiştir[1202].

5. Hareketle Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Taksirli suçlarda diğer suçlarda olduğu gibi hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısının bulunması gerekir. Konuya yukarıda nedensellik bağı başlığı altında değinildiğinden burada açıklama yapılmayacaktır[1203].

1198 Hakeri, Tıp, s. 325.
1199 Bkz. §3/III/C/3/b/dd başlığı altındaki açıklamalara.
1200 Kaymaz/Gökcan, s. 97.
1201 Kaymaz/Gökcan, s. 97.
1202 Söz konusu karalardan bazıları şunlardır: Y.CGK, E. 1983/9-29, K. 1983/123; Y.2.CD., E. 1990/3826, K. 1990/4278 (M. Öztürk, s. 17, Dpn. 59-60); Y.9.CD., E. 1982/520, K. 1982/709; Y.9.CD., E. 1983/1304, K. 1983/1364 (Özgenç, s. 256, Dpn. 351).

6. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

a. Genel Olarak

Taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle, taksirli suçtaki tipiklik, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalidir[1204]. Bilindiği üzere, taksirin esası, istenmeyen fakat öngörülebilen ve önlenebilen bir neticeye sahip olan hareket kurallarına uymamaktır. Söz konusu hareket, dikkat ve özen ödevine riayetsizlik oluşturmuyorsa ve o konuda herhangi bir zorunluluk da yoksa taksirden söz edilemez[1205]. Yine kişi dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiği halde bir takım istenmeyen sonuçlar oluşmuşsa taksirin cezalandırılacağına dair kanun da hüküm bulunsa bile kişi cezalandırılmaz[1206]. Dikkat ve özen yükümlülüğü taksirin yazılı olmayan unsurudur. Bu nedenle taksirli suçları bu yönüyle "tamamlanmaya muhtaç" ve "açık" suç tipleri olarak görmek mümkündür. Bu nedenle her somut olayda bu unsur, fail bakımında dikkatlice araştırılmalı ve failin fiilinin mevzuat ve diğer emirlere aykırı olup olmadığı belirlenmelidir[1207].

Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması unsuru, taksirden doğan cezai sorumluluğunun temelini oluşturmasının yanı sıra diğer unsurların açıklanmasına ve onlara anlam kazandıran bir unsurdur. Aynı zamanda bu unsur, bir alt başlıkta değineceğimiz taksirin gerçekleşme şekillerinin tümü bakımından da aranılması gereken bir unsur olarak karşımıza çıkar[1208].

Taksirin bu unsuru, hareketin iradiliğini ve öngörebilme unsurlarını açıklayabilecek niteliğe sahiptir. İhmalde dahi dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi iradi olarak düşünülmektedir[1209]. Diğer bir deyişle, dikkat ve

---

1203 Bkz. §3/III/C başlığı altındaki açıklamalara.

1204 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 509; Koca/Üzülmez, s. 202.

1205 İçel, Taksir, s. 139.

1206 Taksirin cezalandırılacağına ilişkin kanunda hüküm bulunması ile dikkat ve özen yükümlülüğü varlığı farklı şeylerdir. Taksirin cezalandırılacağına ilişkin kanunda hüküm bulunsa bile dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmesi halinde veya yapılan hareket bakımından dikkat ve özen ödevi yoksa kişiyi meydana gelen zararlı suçtan cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Örneğin, tehlikeli nitelikteki faaliyetlerde sırf bu faaliyetlerde bulunmak ya da bu faaliyetlerin normal sonucu olarak bir zararın ortaya çıkması kişilerin sorumluluğunu doğurmayacaktır.

1207. Koca/Üzülmez, s. 202; Öztürk/Erdem, s. 253, Tezcan/Erdem/Önok, s. 187.

1208 İçel, Taksir, s. 141.

1209 İçel, Taksir, s. 140.

özen yükümlülüğüne aykırılık, icrai bir hareketle olabileceği gibi ihmali bir hareketle de meydana gelebilir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kurallar, yasaklar koyabileceği gibi bir takım emirleri de içerir[1210]. İşte bu yasak ve emirlere uymamak, ihmali taksirli suçu oluşturur. Burada failin kendisine yüklenilmiş olan belirli bir hareketi dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadan yapması sonucunda zararlı neticeye sebebiyet verme durumu vardır. Söz konusu dikkatsiz ve özensiz yapılan bu hareketin iradiliği açıktır. Dikkat ve özen yükümlülüğü gerçek olmayan ihmali suçlardaki garanti yükümlülüğü ile aynı anlama gelmektedir. Taksirin öngörebilme unsuru da dikkat ve özen yükümlülüğü kavramıyla açıklanabilecek bir unsurdur. Taksirli suçlarda failin kusurlu olup olmadığı, dikkat ve özen yükümlülüğünden kaçınıp kaçınamayacağına bağlıdır. Diğer bir deyişle, failin söz konusu özen yükümlülüğüne uyması olanaklı olmalıdır Failin kişisel özellileri ve içinde bulunduğu durum değerlendirilir ve hareketi ile ölüm neticesinin ona isnad edilip edilemeyeceği araştırılır [1211] . Bu araştırma, normatif bir değerlendirmeyle yapılabileceği gibi bilirkişi incelemesi yoluyla da yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğe uygun olup olmadığının belirlemesi bilirkişi incelemesiyle belirlenir[1212].

Öğretide failin gerekli özeni gösterdiği halde neticenin oluşacağı durumlarda taksirin var olup olmayacağı tartışılmış ve failin bu tür olaylarda taksirinin olmayacağı görüşünde karar kılınmıştır. Örneğin, bir kez reçeteli olarak kullanılan ilacın ikinci kez reçetesiz olarak verilmesi ve ilacın kullananın ölmesi halinde failin taksirinin olmayacağı belirtilmiştir. Gerekçe olarak, hastanın hekime başvurması halinde hekimin aynı ilacı tekrar hastaya reçete edeceği ve failin yani eczacının neticeyi önleme olanağın olmadığı bu nedenle neticenin faile objektif olarak yükletilemeyeceği, zararlı netice hukuka uygun hareket edilse bile meydana gelecek olması gösterilmiştir[1213]. Yargıtay da bazı kararlarında bu hususa yer vermiş ve durumun araştırılmasını istemiştir[1214].

1210 Tezcan/Erdem/Önok, s. 189.

1211 Tezcan/Erdem/Önok, s. 190; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 234; Artuç, s. 239.

1212 Artuç, s. 239.

1213 Centel/Zafer/Çakmut, s. 398; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 457.

1214 Y.CGK, E.1960/1-17, K. 1960/18; Y.1.CD, E. 1960/3276, K. 1960/115 (Centel/Zafer/Çakmut, s. 398).

b. Dikkat ve Özen Ödevinin Kaynakları

Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması unsuru, taksirin normatif yönünü oluşturmaktadır. Yani dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin tespiti için öncelikle böyle bir ödevin var olması gereklidir. Burada önemli olan söz konusu ödevin nasıl tespit edileceğidir[1215]. Ceza kanunumuzun 85. maddesi dikkat ve özen yükümlülüğünün ne şekilde ortaya çıkabileceğini gösteren bir sayım yapmış değildir. Özen yükümlülüğünü ihlal eden her hareket dikkat ve özen yükümlülüğünün çıkış nedenidir.

Dikkat ve özen yükümlülüğü toplumsal gelişim sürecine bağlı olarak sürekli değişiklik göstermektedir[1216]. Dikkat ve özen yükümlülüğü, bir hukuk normundan doğabileceği gibi ortak yaşam deneyimlerinden de doğabilir. Hukuki normların yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık düzenlemelere aykırılık şeklinde bir taksir türü ortaya çıkarırken ortak deneyimlere dayanan yükümlülüklere aykırılık tedbirsizlik, dikkatsizlik ya da acemilik nedeni ile failin sorumluluğunu gerektirir[1217]. Yine dikkat ve özen yükümlülüğünün yazılı olması gerekli değildir. Örneğin, bir hekimin tıbbi müdahale öncesinde hastadan aydınlatılmış onam alması kural olarak, yazılı bir kural iken, ameliyatı uygun teknik ile yapmak yazısız kurallardandır.

Dikkat ve özen yükümlülüğü genellikle bir hukuk normundan doğmaktadır.[1218]. Dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynaklarından biri olan hukuki normlar çok çeşitlilik göstermektedir. Burada önemli olan nokta, söz konusu normları koyan organ bakımından herhangi bir fark gözetilmemiş olmasıdır. Normu koyan özel kişi bile olsa dikkat ve özen yükümlülüğü kişilere ödev olarak yüklenmiş kabul edilir. Örneğin, işyerindeki çalışma kuralları devlet ya da özel kişilerce konulmuş olabilir. Böyle durumlarda dikkat edilmesi gereken söz konusu emirlerin basit bir tavsiyeden ibaret olmamasıdır[1219]. Söz konusu emir, talimat ve kuralların belirlenmesinde objektif unsurların yanında bilimsel veriler, deneyimler ve risk ile

---

1215 İçel, Taksir, s. 142; Koca/Üzülmez, s. 203; İçel/Evik, s. 200.
1216 Tezcan/Erdem/Önok, s. 188; İçel/Evik, s. 201.
1217 İçel/Evik, s. 201; Artuç, s. 239.
1218 Öztürk/Erdem, s. 254; Centel/Zafer/Çakmut, s. 397; İçel, Taksir, s. 142.
1219 Centel/Zafer/Çakmut, s. 397; İçel, Taksir, s. 142; Öztürk/Erdem, s. 253; İçel/Evik, s. 200.

yeni kullanım teknikleri doğrultusunda öngörebilme ve önleyebilme kriterleri kullanılır[1220].

Dikkat ve özen yükümlülüğü toplumun düzenini sağlamak amacıyla konulmuş olan her türlü hukuki ve mesleki kurallara veya yetkili mercilerce verilmiş emir ve talimatlara aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi çeşitli mevzuattan da kaynaklanabilir. Ceza hukuku dışında diğer mevzuatta yer alan hukuki normlar da kişilere, meslek adamlarına bir takım ödevler yükleyebildiklerinden söz konusu normlar da dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı olarak kabul edilmektedir. Buna örnek olarak 1219 sayılı kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları verilebilir. Söz konusu kurallar uzun deneyimler sonucu tehlikeden kaçınabilmek adına oluşturulmuş kurallardır. Bu kurallara yönelik ihlaller, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın *belirtisi* olarak kabul edilir[1221].

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, ruhsat kurallarına ve tehlikeyi gidermeye yönelik normlara aykırılık olmak üzere değişik iki grup şeklinde toplanabilir. Bunlardan yalnızca ikinci gruptakiler taksire bir karine oluşturmakta olup, birinci gruptakiler yani ruhsat kurallarına aykırılık taksire bir karine oluşturmamaktadır. Örneğin, ehliyetsiz bir kişinin bir yayayı yayanın kusuru nedeniyle yaralaması halinde ehliyetin olmaması failin taksirli hareket ettiği anlamına gelmezken; aynı kişinin trafik kurallarına aykırı olarak araç kullanması nedeniyle bir yayayı yaralaması halinde taksirli hareket etmiş olup sorumluluğu doğar[1222].

Son olarak dikkat ve özen yükümlülüğü ortak yaşam deneyimlerinden kaynaklanabilir. Toplumsal yaşamda ortak tecrübe kişilere dikkat ve özenli davranmaları için görev yüklemektedir. Örneğin, evde elektrik arızasını gidermeye çalışan kişinin onarım öncesinde elektriği kesmeyen kişi dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir[1223]. Yine çocuk hekiminin muayenesinde açıkta ilaç bırakmaması ortak yaşam deneyimlerinden kaynaklanmaktadır[1224].

5237 Sayılı Ceza Kanunu taksirin tanımını yapmış, taksirin gerçekleşme şekilleri düzenlememiştir. 765 Sayılı eski ceza kanunu taksirin gerçekleşme

---

1220 Koca/Üzülmez, s. 204; Centel/Zafer/Çakmut, s. 397.
1221 Öztürk/Erdem, s. 254.
1222 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 509.
1223 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 510.
1224 Kaymaz/Gökcan, s. 94.

sebeplerini tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam emir ve talimatlara riayetsizlik olarak düzenlemişti. 5237 Sayılı ceza kanunu bu konuda *özen yükümlülüğü* kavramını kullanmıştır[1225]. Ancak hemen belirtilmelidir ki dikkat ve özen yükümlülüğü ile taksirin gerçekleşme şekilleri ve taksirin türleri aynı anlama gelmeyip dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynaklarını oluşturmaktadır. Taksirin gerçekleşme şekilleri konusunda yeni bir düzenleme getirilmediği için eski kanun döneminde yapılan açıklamalar geçerliliğini korumaktadır[1226]. Her ne kadar yeni ceza kanununda, düzenlenmemiş olsa da tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam emir ve talimatlara riayetsizlik kavramları öğretide taksirin gerçekleşme şekilleri olarak kabul edilmektedir[1227].

aa. Tedbirsizlik

Tedbirsiz, önceden hazırlıklı davranmayan, önlemini zamanında almayan, hazırlıksız biçimde, önceden düşünmeyerek gibi anlamlara sahiptir[1228].

Hukuki anlamda tedbirsizlik, *"belirli bir sonucun ortaya çıkmasına engel olacak önlemleri almamak"* olarak tanımlanabilir. Kişilere yüklenmiş önlem alma yükümüne aykırılıktan oluşur[1229]. Diğer bir deyişle, öngörülmesi olanaklı olduğu halde yapılan hareketin zararlı sonuçlarını öngörmemek veya zararlı neticenin oluşmasını engelleyecek önlemleri almamak, meydana gelmesine engel olacak çarelere başvurmamak demektir[1230]. Tedbirsizlik, "*belli hareketleri ve yine belli hareketlerin belli biçimlerde icrasını yasaklayan toplumsal özen kurallarına uymamayı"* ifade eder[1231]. Tedbirsizlik, yapılan hareketin zararlı sonuçlarını öngörmesi mümkün iken öngörmemek veya neticenin oluşmasını önlemek gerekli tedbirleri almayarak ihmali bir durumun korunması şeklinde tanımlanabilir[1232].

1225 5237 Sayılı kanunun 22/2. maddesi taksiri şu şekilde tanımlamıştır: *'Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.'*

1226 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459.

1227 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; Centel/Zafer/Çakmut, s. 404; İçel/Evik, s. 206; Demirbaş, s. 355.

1228 TDKS, s. 1436.

1229 İçel/Evik, s. 208; Demirbaş, s. 368; M. Öztürk, s. 25.

1230 Çağlayan, s. 549; Dönmezer, s. 215; İçel, Taksir, s. 198.

1231 Keyman, s. 78.

1232 Dönmezer, s. 215; Bayraktar, Hekimin, s. 211; İçel, Taksir, s. 198; Keskin, s. 145, Çakmut, s. 256.

Tedbirsizlik, kişiyi belirli bir hareketi yapmaya mecbur bırakan bir hukuki yükümlülüğün varlığı halinde söz konusu olur. Örneğin, geceleyin anayolda bozulan aracı, ışıkları sönmüş ve reflektörleri konulmamış olarak bırakan kişinin durumu böyledir. Çünkü aracın yolda ne şekilde bırakılacağını gösteren düzenleme vardır ve kişiler buna uymakla yükümlüdürler[1233].

Tedbirsizlik, ihmali bir davranış niteliğine sahip olup[1234] ihmali davranışın ortak deneyimlere aykırılıktan kaynaklanması gerekmektedir. Örneğin, elektrik tesisatını kontrol eden elektrik ustasının çırağının sigortayı kapatmaması hali. Yine annenin bebeği emzirmek için kendi yatağına alması, uykuya dalıp bebeğin üzerine yatması sonucunda bebeğin boğulması halinde tedbirsizlik vardır. Söz konusu davranış bir kuralın ihlali ise, düzenlemelere aykırılık anlamına gelmektedir[1235]. Tren yaklaşırken geçidi kapatmayan tren yolu bekçisi düzenlemelere aykırı davranmıştır. Tedbirsizlik, ayrıca, ortak deneyimlere aykırılık ve düzenlemelere aykırılığın birleşmesinden meydana gelebilir[1236].

Kişinin tedbirsizliğinden bahsedebilmek için mesleğin gerektirdiği genel ilke ve kurallara dayalı bir yükümlülüğün olması gereklidir. Tedbirsizliğin tespiti de mesleki ilke ve kurallara göre belirlenecektir. Hekimlik, ilgilendiği bilim dalının niteliği gereği karmaşık olması, giderek ilerleyen teknolojinin tıp alanında yaygın olarak kullanılması ve günümüzde artarak devam eden yeni hastalık türlerinin ortaya çıkması sonucu yeni tedavi ve tıbbi müdahalelerin çeşitliğinin artması gibi nedenlere bağlı olarak oldukça zor bir hale gelmiştir. İnsan organizmasının tüm bu durumlara verebileceği reaksiyonunu da belirsizliği göz önüne alınırsa durum daha da güç bir hal almaktadır. Hal böyle olunca hekimin tıbbi müdahale nedeniyle tedbirsiz davranışlarını tespit etmek güçleşmektedir. Bu bağlamda, her zararlı neticenin hekimin tedbirsiz davranışıyla meydana geldiğini söylemek doğru olmayacaktır. Her zararlı neticeden hekimi sorumlu tutmak, günümüzde yaygın hale gelen, çekinik hekimlik diye adlandırılan bir duruma yol açacaktır. Bu nedenle her somut olay titizlikle incelenerek sonuca hükmedilmelidir.

1233 Dönmezer, s. 215.

1234 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; M. Öztürk, s. 25; Keskin, s. 145; İçel, Taksir, s. 198.

1235 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; M. Öztürk, s. 25; İçel, Taksir, s. 198.

1236 Dönmezer, s. 215.

Tıbbi müdahale hataları çeşit ve kapsamı içinde birçok tedbirsizlik örneklerine rastlanılmaktadır. Hekimin tanı ve tedavisi için yapılması gerekli zorunlu hareketleri yapmamak en geniş tedbirsizlik örneğidir[1237]. Buna benzer olarak, hekimin reçete ettiği ilacın nasıl kullanacağını yan etkilerini ve tehlikelerini anlatmaması, cerrahi müdahale öncesi cerrahi malzemelerinin temizliğinin kontrol etmemesi, Tanıyı koymak için gerekli laboratuar ve radyolojik incelemeleri yapamaması, cerrahi müdahale sırasında gerekebilecek kan ve ürünlerini temin etmemek birer tedbirsizlik örnekleridir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. YSŞ, hastanın bulunduğu ilde hastalığının gerektiği tedbirlerin alınabileceği bir hastane olmasına ve hastanın nakledilebilme olanağının var olduğunun bilinmesi rağmen hastaneye sevk edilmeyerek tedavisine evde devam edilmesinde hekimin tedbirsiz davrandığına kanaat getirmiştir. Yine hekimin tanıyı koyabilmek için gerekli incelemeleri yapmaması (beyin omurilik sıvısının alınıp incelememesi) tedbirsizlik olarak nitelendirilmiştir[1238].

bb. Dikkatsizlik

Dikkatsizlik, '*ortak deneyimlerin yüklediği dikkatli davranma yükümüne aykırı bir hareket yapmak'* anlamına gelmektedir[1239]. Dikkatsizlik, "*failin benimsediği davranış ile dikkatli davranışın ne olduğunu gösteren toplumsal kurallar arasındaki bir çatışma; yani davranışın, bunun belli biçimde gelişmesini hükme bağlayan kurallara aykırı olmasıdır."*[1240].

Bir işin gereği ve gösterilmesi zorunlu olan olumlu hareketleri yapmamak demektir. Örneğin, bir hekimin ameliyat sırasında gerekli olmadığı halde fazla dikiş

1237 Yargıtay bir kararında bu hususa değinmiştir. *"...Ölmeyen bir bebeğe ölü raporu düzenlenip verildiği, tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun müdahale ve tedbirler alınarak bebeğin hemen prematüre servisine nakledilmediği aradan hayli zaman geçtikten sonra bebeğin fakülteye gönderildiği ve orada öldüğü böylece, olayın bir kargaşa ve kayıtsızlık içinde cereyan ettiği çok açık bir biçimde doğrulanmıştır. Şu durum karşısında orta seviye bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimama ve özenin davalılarca gösterilmediği açık olup ihmal ve tedbirsizliklerin kabulü zorunlu olmaktadır."* (Y.4.HD., E. 8557, K. 1994/2138, S. Erman, s. 152).

1238 Bayraktar, Hekimin, s. 216; Çakmut, s. 257.

1239 Dönmezer, s. 216; İçel, Taksir, s. 199.

1240 Keyman, s. 78.

atması durumu dikkatsizliktir[1241]. Yaya geçidi levhası bulunan kavşağa girdiği halde hızını hava ve yol durumuna göre ayarlamayan sürücü dikkatsiz davranmıştır[1242]. Geveze berberin saç keserken dikkat yükümüne uymayıp müşterisinin kulağını kesmesi hali de dikkatsizliktir. Tüm bu örneklerden de anlaşılacağı gibi, burada psikolojik olarak muhakeme zaafının gerilemesi söz konusudur[1243].

Tedbirsizlikten farkı, genellikle icrai bir hareketi gerektirmesidir[1244]. Birçok durumda dikkatsizlik ve tedbirsizlik birbirinin içine geçmiş şekilde bulunabilir. İki kavramda dikkat ve özen görevine aykırılığı ifade eder [1245] . Dikkatsizlik, tedbirsizlikte olduğu gibi bir kuralın ihlalinden oluşur. Buradaki kural, geniş anlamda olup içine hukuki ve diğer düzenlemeleri alır. Dikkatsizliğin tespitinde söz konusu düzenlemelere bakılır. Konuyla ilgili düzenleme yoksa hâkim kişinin dikkatli davranıp davranmadığını araştırır. Tıbbi sorumluluk halinde durum karmaşık olduğundan bilirkişiye başvurmalıdır[1246].

Dikkatsizlik, en kısa tanımıyla, bir olayda gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir[1247]. Hekimin dikkatsizliği, hekimin işini yaparken tıp biliminin ilke ve kurallarına aykırı davranarak düşünce ve dikkat sınırlarının aşılmasıdır[1248]. Tedbirsizlikten farkı, genellikle icrai bir hareketi gerektirmesidir[1249]. Birçok durumda dikkatsizlik ve tedbirsizlik birbirinin içine geçmiş şekilde bulunabilir. İki kavramda dikkat ve özen görevine aykırılığı ifade eder[1250].

Dikkatsizliğe örnek olarak, hekimin cerrahi müdahaleyi ne şekilde yapacağını bildiği halde tıp biliminin gereklerine uygun yapmaması verilebilir. Yine gebelikte kullanılmaması gerektiğini bildiği ilacın gebeye reçete edilmesi halinde dikkatsizlik

---

1241 Dönmezer, s. 216; *"...hastasına gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek onun cismen eza görecek veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına..."* (Y.4.CD., E. 2003/28399, K. 2003/11352, Sümer, s. 8).

1242 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459.

1243 Demirbaş, s. 368; İçel, Taksir, s. 200.

1244 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; M. Öztürk, s. 25; İçel, Taksir, s. 198.

1245 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460.

1246 Dönmezer, s. 216.

1247 Bayraktar, Hekimin, s. 211.

1248 Bayraktar, Hekimin, s. 211; **Ünver**, Dikkatsizliği tedbirsizlikle birlikte ele alıp "*gereken dikkati göstermemek, somut olayda yapılmaması gerekenin yapılması, unutma, işe dikkatini vermemek önlenebilir bir tehlikenin önlenmesi için gerekenin yapılmaması"* olarak tanımlamaktadır (Ünver, Tıbbi, s. 76).

1249 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; M. Öztürk, s. 25; İçel, Taksir, s. 198.

1250 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460.

vardır. Yine tıbbi müdahale sırasında gerekli hijyen koşullarına uymayan veya operasyon sırasında önemli bir siniri ya da arteri kesen hekim dikkatsiz davranmıştır[1251].

Hekim tıbbi müdahale nedeniyle ancak kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilir. Hekim komplikasyonlar nedeniyle sorumlu tutulamayacaktır. Tıp biliminin gereklerine göre yapılan tıbbi müdahalede sonucun olumsuz olması hekimin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Örneğin, tıbbi müdahale ancak hastaya endikasyon koşuluyla yapılabilmektedir. Endikasyonsuz tıbbi müdahale hekimin sorumluluğuna yol açar. Endikasyon şartı oluşmuş bir müdahalenin sonucunun olumsuz olması hekimin kusurlu olduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak, tıbbi müdahale nedeniyle hekimi sorumlu tutabilmek için, hekimin kişisel yetenek ve bilgi sahibi olmasına rağmen müdahale sırasında gerekli özeni göstermemesi gerekir. Yine hekim, yaptığı müdahale sonucu meydana gelen neticeyi, sübjektif olarak, meydana gelmeden önce görememesi halinde de kusurlu sayılacaktır. Tıbbi hatanın kabul edilmemesi için, hekimden beklenen objektif özen yükümlülüğü ülkenin sağlık koşullarına göre gösterebileceği normal tedbir ve dikkattir. Diğer bir deyişle, gösterilmesi gereken özenin ölçütü, tıbbi standarttır[1252].

Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde öğretide ağır basan görüş, objektif kriterin yanı sıra sübjektif kriterin ağır basmasıdır. Söz konusu sübjektif kriter failin sorumluluğu bakımından olduğu kadar sorumsuzluğu bakımından da geçerlidir[1253]. Burada failin ait olduğu çevrenin, faaliyette bulunduğu uğraşı alanının, meslek ve sanat alnının gerekleri, failin yaşı ve mesleki faaliyet grubunun özellikleri ve tıp mesleğinin güvenlik kuralları özen tespitinde dikkate alınmalıdır[1254]. Örneğin, çalıştığı kliniğe yeni başlayan bir hekimin özen yükümlülüğünün belirlenmesi uzman bir hekime göre değil, kendisiyle aynı koşullarda çalışan aynı durumdaki bir hekime göre yapılacaktır. Aynı durum pratisyen hekim -uzman hekim, ilçede görevli hekim-ilde görevli hekim, uzman hekim- üniversitede profesör hekim ikilileri arasında da

---

1251 Yahya Deryal, "Hekimin Hukuki Sorumlulukları", www. Haksay.org/files/yahya04.doc., s. 3.

1252 Ünver, Tıbbi, s. 80.

1253 İçel, Taksir, s. 143; Hakeri, Ceza, s. 172; Koca/Üzülmez, s. 208; Özgenç, s. 257; Öztürk/Erdem, s. 253; İçel/Evik, s. 201; Ünver, Tıbbi, s. 80.

1254 Ünver, Tıbbi, s. 80, Bu kriterlere göre hekimlik gibi bir meslek grubu için özellikli bir bilginin ve yeteneğinin kusursuz eksikliği (bilgisizliğin kötü tıp eğitimine dayanması gibi) kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü günlük hayatta kişilerin başkalarının icra ettiği mesleğin gerektirdiği bilgi ve yeteneğe sahip olduğuna güvenmeye hakkı vardır (Ertaş, s. 180).

geçerlidir. Çünkü söz konusu gruplar arasında bilgi, beceri, deneyim ve tıbbi cihaz olanakları bakımından eşitsizlik söz konusudur. Özen yükümlülüğü değerlendirilirken bu kriterler göz ardı edilmemelidir.

Hekimin sübjektif olarak özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda olamadığı hallerde kusurundan bahsedilemez. Örneğin, gece nöbetinde kendisinin takip etmediği kanama nedeniyle doğumhaneye başvuran gebeyi sezaryene almak durumunda kalan bir hekim ameliyat sırasında herhangi bir tıbbi hata yapmadığı sürece meydana gelen neticeden sorumlu tutulamaz. Çünkü hekim, gebeyi gebelik boyunca takip etmemiştir. Gebelik takibinde yaşanan gelişmeler akında bilgi sahibi olmadan hastayı üstlenmek durumunda kalmıştır. Hekim burada sübjektif olarak özen yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda değildir[1255]. Yine hekimden yangın, kitlesel kaza gibi olağanüstü durumlarda normal zamanlarda beklenebilecek dikkat ve özen beklenemez[1256].

Öğretide hekimin uzmanlığı artıkça kendisinden beklenen özenin de artacağı savunulmaktadır[1257]. Uzman hekimin ya da üniversitede görev yapan akademik unvan sahibi hekimin belli bir konuda daha bilgi, deneyim sahibi olması gereklidir. Bu durumdaki kişilerden beklenti diğer hekimlere oranla daha fazla olacaktır. Bu durum ceza hukukunda hekimin taksirli sorumluluğu açısından kusurun belirlenmesinde ve cezaların bireyselleşmesinde önemli rol oynar. Aynı şekilde, risk içeren ve tekel niteliğinde ve üst düzey bilgi gerektiren hekimlik faaliyetlerinde hasta çoğu kez, bilgisini yetersiz oluşu nedeniyle hekimi denetleyip hataların tespit etmesi ve buna karşı konması beklenemeyeceğinden hekimin özen yükümlülüğü konusunda yüksek standartlar belirlenmektedir[1258]. Örneğin, hekimin hastaya uyguladığı ilacın, test dozu dâhil olmak üzere, bir alerjinin gelişebileceğini önceden tahmin edip (öngörüp) önlemini almalıdır. Bu davranış hekimden beklenebilecek dikkat ve özen ödevinin bir gereğidir. Hekim ilaç alerjisine karşı bulunduğu merkezde (sağlık ocağı, poliklinik, özel muayene, vs) gerekli ilacı (antihistaminik, adrenalin, vs.)kardiyopulmoner resüsitasyon malzemelerini bulundurmalıdır. Bu önlemleri alan hekimin hastanın ölmesi halinde sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak söz konusu

---

1255 Hakeri, Tıp, s. 323.
1256 Ertaş, s. 179.
1257 Ayan, s. 90; Ertaş, s. 182; Köprülü, s. 590.
1258 Hakeri, Tıp, s. 324.

durum üniversite hastanesinde yaşandığı takdirde hekimin sorumluluğu doğabilecektir. Çünkü üniversite hastanesinde daha yüksek tedbirlerin ve ileri yaşam destek sistemlerinin mevcut bulundurulması zorunludur[1259]. Görüldüğü gibi hekimin çalıştığı yer ve uzmanlık kariyeri artıkça ondan beklenen özen de artacaktır.

Bazı durumlarda hekimden özen beklenemez. Bu duruma daha önce verdiğimiz bir örnekle açıklarsak nöbet öncesi ve sonrası izin kullanmayan bir hekimin aşırı fiziki yüklenme nedeniyle yaptığı hatalar nedeniyle sorumlu tutulmasına olanak yoktur. Hekimden özenini beklenemeyeceği diğer bir durum ise acil durumlardır. Acil durumda hastaya yapılacak tıbbi müdahalede dakikaları önemi vardır. Acil durum hastane dışında gerçekleşmişse zaman sıkıntısına yetersiz tıbbi teknik de etkilenmektedir. Bu durum hekimin sorumluluğunu sınırlamaktadır. Hekim böyle bir durumda beklenilen özeni gösteremez. Ancak acil servis koşullarında hekimden özen beklemek somut olayın getirdiği olanaklar ölçüsünde yanlış olmaz[1260].

Yargıtay konuyla ilgili bir kararında ameliyatın Pazar günü yapılması ve eldeki mevcut olanaklar ve araçlarla yetinilmesinin fen kurallarını uygulayan hekimin mazereti olamayacağını belirtmiştir[1261].

Yargıtay, hekimin göstermesi gereken özeni, "mesleki şartları yerine getirmek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak", "fen kuralları", "tıp biliminin teknik kuralları", "mesleki özen ve ihtimam", "mutat dikkat ve özen" ve "titiz bir ihtimam ve dikkat" şeklinde algılamaktadır Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar bu durumu açıkça ifade etmektedir. *"...Doktor tıp biliminin verilerini yanlış veya eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel şartlara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir... Dosyaya konulmuş davacıya ait fotoğraflara bakıldığında davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hasıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir..."* [1262].

1259 Hamit Hancı, "Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 305.

1260 Hakeri, Tıp, s. 326.

1261 Y.4.HD., E. 1976/4260, K. 1976/1393 (Aşçıoğlu, s. 85).

1262 Y.13.HD., E. 1993/131, K. 1993/2741 (Özdilek, s. 13).

cc. Meslek ve Sanatta Acemilik

Acemilik, Bir mesleğin icrası için gerekli bilgi ve teknik yeteneklerin eksikliğini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, gerçekleştirilen davranışın, ilişkili bulunduğu mesleğin teknik kurallarına nispeten yetersizliğini ifade eder Acemilik, psikolojik bakımdan bilmeme, hata ve yeteneksizlikten doğar. Acemilikten söz etmek için, bilgisizlik, yeteneksizlik ve hatanın kişinin bilincinde olması gerekmez. Aksinin kabulü, bütün acemilik hallerinin cezasız kalması sonucunu doğurur. Bu nedenle, tıp mesleğini icraya yetkili kılınmış bir kişide bulunması gereken asgari kültürle bağdaşamayacak bir davranış, acemilik sayılır[1263].

Taksirin bu şeklinin oluşabilmesi için öncelikle meslek ve sanatın yetkili olarak icra edilmesi gerekir. Aksi halde, failin taksiri acemiliğe değil, diğer taksir şekillerinden birine aykırılığa dayanır[1264]. Örneğin, eczacının kendi tanısı ile verdiği ilaç sonucu hastanın ölmesi halinde dikkatsizlik tedbirsizlik veya emir ve talimatlara aykırılık vardır. İlaç hekim tarafından verilseydi meslekte ve sanatta acemilikten bahsedilecekti[1265]. Meslek ve sanatta acemilik, belirli bir mesleği icra edenlerin mesleği ile ilgili sahip olması gereken bilgilerden yoksun olmasıdır[1266]. Diğer bir deyişle, meslek ve sanat esaslarının bilinmemesi, bu konularda yanılmış olma ve gerekli beceriye sahip bulunulmaması sonucunda zararlı neticenin oluşması halinde meslek ve sanatta acemilik vardır[1267]. Bir davranışı düzenleyen teknik kurallar konusundaki yetersizlik acemiliktir. Örneğin, cerrahın ameliyat sırasında hastanın dalağı yerine böbreğini alması ya da batın içerisinde tampon unutması gibi. Bu ön koşul (meslek ve sanatın yetkili olarak icra edilmesi) yoksa failin taksiri acemilik olarak değil, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya düzenlemelere uymama olarak nitelendirilir. Burada mesleğin gereğini bilen fakat uygulamayan kişilerin artık acemilik şeklinde taksirinden değil, tedbirsizlikten sorumlu olacağını belirtmek gerekecektir[1268]. Örneğin, ameliyata girmeden önce kendini yeterince dezenfekte

---

1263 Keyman, s. 86.
1264 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459; M. Öztürk, s. 26; Keskin, s. 146; İçel, Taksir, s. 201.
1265 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 459.
1266 Demirbaş, s. 368; İçel, Taksir, s. 201.
1267 Dönmezer, s. 216; M. Öztürk, s. 26; Keskin, s. 146.
1268 İçel, Taksir, s. 199.

etmeyen, gerekli sterilizasyon kurallarına uymayan hekimin acemilikten değil, tedbirsizlikten sorumlu tutmak gerekecektir.

Taksirin bu şekli özgü suçlar bakımından önemlidir. Meslek ve sanatta acemilik bir meslek mensubu tarafından yapıldığı için özgü suç niteliğine girer[1269]. Hekim mesleği ile ilgili konularda zarar verici neticeye yol açarsa acemilik şeklinde taksirinden sorumlu olacaktır.

Belirli meslek sahibini acemi olarak nitelendirebilmek için sonucun öngörülebilir olması gereklidir. Öngörülebilirlik saptanırken o meslek sahiplerinin ortak deneyiminden hareket edilmelidir. İstisnai bir yeteneğin eksikliği, sorumluluk için yeterli olmayacaktır. Mesleki cüret de acemilik kavramına dâhildir. Örneğin, sadece becerisini göstermek için daha önce denenmemiş yeni bir cerrahi yönteme başvuran hekimin durumu böyledir[1270].

Meslek ve san'atta acemilik, bir meslek ve san'atın icrası için gerekli olan bilgi ve teknikten yoksunluk anlamına gelir. Hekimin acemiliği ise tıp biliminin uygulanması için gerekli olan bilgi teknik yeteneğinin eksik olma halidir[1271]. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda bu durumu açıkça belirtmiştir[1272]. Meslek ve san'atın esaslarının iyice bilinmemesi bu konularda yanılgıya düşmesi, mesleğin gerektirdiği asgari ölçülerde gerekli becerilerden yoksun olup zararlı netice meydana getirilmesi halinde meslek ve san'atta acemilikten bahsedilir[1273].

Hekim ne zaman acemi sayılacaktır? Daha açık bir ifade ile hekimin acemiliğini ortaya koyan bir kriter var mıdır? Konuyla ilgili olarak hekimin acemliğini tespit için kesin bir formül yoktur. Yani hekimin acemiliğin ortaya koymak için kesin bir kıstas yoktur. Ancak öğretide kabul edilen ağırlıklı görüş, mesleğin icrası için gerekli olan pratik ve teorik asgari bilgilere yeterince sahip olunmamasıdır. Hekimin acemiliği her somut olay açısından hekimin özelliğine ve

---

1269 İçel, Taksir, s. 201.

1270 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460; Centel/Zafer/Çakmut, s. 404; M. Öztürk, s. 25; İçel, Taksir, s. 201.

1271 Bayraktar, s. 216, Çakmut, s. 259; Ünver, Tıbbi, s.78.

1272 "*Her ne kadar morg mütehassısı ile bilirkişi patolog tarafından düzenlenen adli tıp raporu ile YSŞ raporunda ölüm septisemiye bağlanmış olsa da olayların inkişafı ve özellikle otopsi sonuçları ölümün davalı doktor tarafından tedbirsizce ve acemice yapılan kürtaj sonucu rahim mukozası ile adalelerin ileri derecede harabiyete uğramasından ileri geldiğinin ve ilk nedenselliğin tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj ile bağlantılı olduğunun kesin delillerdir."* (Y.HGK., E. 1978/976/4, K. 1978/3539/696, Aşıoğlu, s. 67).

1273 Dönmezer, s. 216; Ünver, Risk, s. 329.

içinde bulunduğu şartlara göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü acemilik kıstasının belirlenmesi öngörülebilirlikle yakından ilişkilidir [1274] . Taksirde öngörebilme ise faile göre, yani sübjektif kriter esas alınarak belirlenebilir. Tıbbi faaliyetlerde acemilik olarak kabul edilebilecek duruma örnek olarak uzman olmayan hekimin uzmanlık gerektiren bir hastalıkta tıbbi müdahalede bulunması ve henüz sağlık bakanlığınca onaylanmamış bir ilacın hastaya verilmesi verilebilir. Örneğin, dâhiliye hekiminin apendektomi ameliyatını yapması hekimlikte acemilik olarak nitelendirilir. Yine hekimin uzmanlık alanındaki yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinden habersiz olması acemilik sayılır[1275]. Uygulamada sezaryen ameliyatında plasenta previa durumu fark edilerek subtotal histerektomi yapılan hasta kanamanın durmaması üzerine sevki sırasında ölmesi durumunda hekimin total histerektomi yerine subtotal histerektomi yapmasıyla meslekte acemilik yaptığına karar verilmiştir[1276].

Son olarak, mesleki cüretin de meslek ve san'atta acemilik kavramına dâhil olduğunu belirtmek isteriz. Örneğin, hekimin alışılmış cerrahi müdahalenin dışına çıkıp tıp dünyasında kabul görmeyen yeni yöntemlere başvurması halinde, hekim, mesleki cürette bulunmuş olacaktır[1277]. Yine hekimin basit cerrahi müdahalelerde bulunan bir hekimin komplike bir ameliyata cüret etmesi sonucunda hastanın ölmesi halinde taksirle adam öldürme suçunu oluşturacaktır.

dd. Düzenlemelere, Emir ve Talimatlara Aykırılık

Kişileri belirli bir biçimde harekete zorlayan hukuk kurallarına failin uygun hareket etmemesidir[1278]. Diğer bir ifadeyle, sosyal yaşamı düzene sokmak amacıyla, yetkili mercilerce konulmuş kurallara aykırılık haline düzenlemelere[1279], emir ve

---

1274 Bayraktar, s. 218; Çakmut, s. 259.
1275 Deryal, Hekimin, s. 3.
1276 Ünver, Tıbbi, s. 98.
1277 Bayraktar, s. 218; Çakmut, s. 259; Dönmezer, s. 216; Çağlayan, s. 555.
1278 Dönmezer, s. 216.
1279 765 Sayılı kanunda nizamat olarak adlandırılan düzenleme, kanun, TBMM karaları, tüzük, yönetmelik ile yetkili idari ve mülki heyetlerce meydana getirilmiş diğer her türlü kuralları kapsar. Söz konusu düzenlemeler ruhsat kuralları ve tehlikeyi gidermeye yönelik kurallar olmak üzere iki ana grupta toplanır. Ruhsat kurallarına aykırılık taksiri oluşturmaz. Ancak tehlikeyi gidermeye yönelik kurallara aykırılık taksire karinedir (Keskin, s. 147).

talimatlara aykırılık denir[1280]. Bu taksir şekli yetkili merciler tarafından konulmuş kurallara aykırılıktır. Burada taksirin normatif yönünü oluşturan dikkat ve özen yükümlülüğü yetkili merciler tarafından konulan hukuk normlarından ileri gelir. Buradaki merci özel ya da kamu olabilir. Önemli olan tavsiye niteliğinde olmayıp yaptırım gücüne sahip olmasıdır[1281]. Örneğin, sürücü ehliyeti olmayan kişinin yol açtığı trafik kazası, düzenleme, emir ve talimatlara aykırılıktır. Yine bir hekimin bir dalda uzmanlık belgesi almadan uzman hekimmiş gibi hastaları tedavi etmesi sonucunda hastanın ölmesi de düzenleme, emir ve talimatlara aykırılık olup hekimin sorumluluğunu gerektirir.

Bir önceki başlık altında değindiğimiz ve taksirin unsurlarından biri olan dikkat ve özen yükümlülüğü, yetkili merciler tarafından konulmuş hukuki normlarla kişilere yükletilmişi olduğu takdirde bu yükümlülüğe aykırı hareket etmek düzenlemelere, emir ve talimatlara aykırılık şeklindeki taksiri meydana getirecektir. Buradaki hukuki normlar ceza hukuku dışında düzenlenen kamu ve özel kişilerin koydukları kuralları içermektedir[1282].

Düzenlemelere, emir ve talimatlara aykırılık, taksirin bulunması bakımından sadece bir karinedir. Failin sorumlu meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. Nedensellik bağı varsa, başka bir kusur yoksa bile düzenlemelere, emir ve talimatlara aykırılık taksiri oluşturacaktır[1283]. Örneğin, sürücü belgesi bulunmaksızın otomobil kullanan kişi otobanda aniden yola atlayan yayaya çarpıp ölümün neden olsa sürücü belgesiz araç kullanmaktan dolayı cezalandırmak mümkün ise de adam öldürmeden sorumlu tutmak mümkün değildir[1284]. Bazen sadece düzenlemelere, emir ve talimatlara aykırılık, bundan doğacak neticelere aykırı olarak başlı başına suç oluşturabilir[1285]. Örneğin, hızlı araba kullanmak, yetkisiz hekimlik yapmak gibi hallerde kişiye herhangi zarar vermese de düzenlemelere aykırı hareket edildiği için sorumluluk doğar. Yine kırmızı ışıkta geçmek yasaktır. Kırmızı ışıkta geçenin ayrıca tedbirsiz veya dikkatsiz hareket ettiğini araştırmaya gerek yoktur. Kırmızı ışıkta geçen tedbirli

---

1280 Demirbaş, s. 368; M. Öztürk, s. 26; Keskin, s. 146; İçel, Taksir, s. 201; Keyman, s. 78; Bayraktar, Hekimin, s. 219; Dönmezer, s. 216.

1281 İçel/Evik, s. 208; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 460; Centel/Zafer/Çakmut, s. 404.

1282 İçel, Taksir, s. 211.

1283 İçel, Taksir, s. 212; Demirbaş, s. 368; M. Öztürk, s. 26, Keskin, s. 147.

1284 Demirbaş, s. 368.

1285 M. Öztürk, s. 27, İçel, Taksir, s. 212.

ve dikkatli geçtiğini iddia etse bile meydana gelen neticeden taksirli sorumluluğu vardır[1286].

Hekimin bu taksir şekline birçok sağlık kanun ve yönetmeliğinde rastlanmaktadır. Yine hastanelerin veya diğer benzer dal merkezlerinin iç yönetimiyle ilgili kurallara uymama da taksiri oluşturmaktadır. Kısaca düzenlemelere, emir ve talimatlardan kasıt mevzuattaki tüm hükümler olarak anlaşılmalıdır.

Mevzuatın kabul etmediği bir yöntem veya aracı kullanmak kadar mevzuatın belirlediği usulden farklı uygulamak ya da müdahalenin doğuracağı tehlikeleri bertaraf etmek için alınması gereken önlemleri almamak da emir ve talimatlara uymamaktır[1287].

Söz konusu bu düzenlemelere uymama sonucunda adam öldürme ya da yaralama meydana gelirse iki ayrı suçun var olduğu kabul edilmektedir. Böyle durumlarda hekimin tek suçtan değil iki ayrı suçtan sorumluluğu doğacaktır[1288]. Yaptırım, hekimin uymaktan imtina ettiği ilgili düzenleme, emir ve talimata ve neticeye göre adam öldürme veya yaralamaya göre uygulanacaktır. Örneğin, tanı, tedavi ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, 2238 Sayılı Kanun hükümlerine tabidir. Belirtilen amaçlar dışında nakil yapılması sonucunda hasta yaşamını kaybederse hekim, hem kasten adam öldürmeden hem de kanunun 15. maddesiyle cezalandırılır. Söz konusu madde metni şu şekildedir:

> *Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50 000 liradan 100 000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.*

Düzenlemelere, emir ve talimatlara aykırılık taksir şekline ilişkin bir düzenleme de Ambulanslar ile Özel Ambulans Servisleri ve Ambulans Hizmetleri Yönetmeliği[1289] 14/2. maddesidir. Söz konusu madde metni şu şekildedir:

1286 Keskin, s. 147.
1287 Ünver, Tıbbi, s. 79.
1288 İçel, Taksir, s. 212; Çakmut, s. 258; Bayraktar, Hekimin, s. 219.
1289 RG. 08.07.2001, No. 24456.

Hekimler; ambulans servisince hasta ve yaralılara uygulanan tıbbi işlemlerden ve hasta ve yaralı kayıtlarının düzenli tutulmasından, yapılan işlemlerin ve tıbbi müdahalelerin hasta-yaralının dosyasına işlenmesinden ve kullanılan aletlerin sterilizasyonu ve dezenfeksiyonundan sorumludur.

c. Dikkat ve Özen Ödevinin Yerine Getirilmesi Olanağının Varlığı

Dikkat ve özen ödevinin yerine getirilmesi bir olanağın varlığını gerektirir. Bu konudaki tartışmalar söz konusu olanağın ne şekilde tespit edileceği yönündedir. Dikkat ve özen yükümlülüğü tipikliğin yazılı olmayan unsurlarından olup objektif kriterlere göre belirlenir. Burada objektif kriter belirlenirken ortalama bir kişi örnek alınır ve böyle bir kişinin failin yerinde olsaydı tehlikeden kaçınmak için nasıl davrandığı değerlendirilir[1290]. Her ne kadar dikkat ve özen yükümlülüğü objektif bir kritere göre belirlense de eğer failin bilgi, becerisi ortalamanın üzerindeyse, tehlikeyi önlemek için söz konusu yeteneklerini kullanmak zorundadır. Diğer bir deyişle, söz konusu yeteneğin varlığı failin sübjektif kriterinin varlığından başka bir şey değildir. Öğretide ağır basan görüş, objektif kriterin yanı sıra sübjektif kriterin uygulanmasıdır. Bu bağlamda meydana gelebilecek neticeyi seziş yeteneği, yaşa, yaradılışa, kültür seviyesine ve mesleki yetenek derecesine göre teknik bir inceleme sonucuna göre belirlenmelidir[1291]. Tıbbi müdahaleden doğan öldürme suçunda hekimin taksiri belirlenirken gerekli özeni gösterip göstermediği yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda belirlenir.

Söz konusu sübjektif kriter, failin sorumluluğu bakımından olduğu kadar sorumsuzluğu bakımından da geçerlidir[1292]. Çünkü normatif teorinin diğer bir uygulama alanı olan taksirde söz konusu olan dikkat ve özen ödevinin yerine getirilmesi olanağının varlığı, göz önünde bulundurulması gereken bir durumdur. Taksirin normatif cephesini oluşturan dikkat ve özen ödevinin yerine getirilmesi için gerekli iradenin yeterli şekilde kullanılmaması, onun aynı zamanda psikolojik cephesini oluşturmaktadır[1293]. Kısaca beklenen özen failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesine göre tespit edilmelidir. Her somut olay için ayrı bir değerlendirme

---

1290 Öztürk/Erdem, s. 253; Koca/Üzülmez, s. 203; Kaymaz/Gökcan, s. 95.
1291 Çağlayan, Tedbirsizlik, s. 550.
1292 İçel, Taksir, s. 143; Hakeri, Ceza, s. 172; Koca/Üzülmez, s. 208; Özgenç, s. 257; Öztürk/Erdem, s. 253; İçel/Evik, s. 201.
1293 İçel, Taksir, s. 143.

yapılmalıdır[1294]. Çünkü failin somut olayda, her zaman fiilen neticeyi öngörmemiş olması suçun oluşmayacağı anlamına gelmez. Örneğin, hekimin ameliyat sırasında gerekli özeni göstermeyip hastanın enfeksiyon kapıp sepsis nedeniyle ölmesi halinde hekim aşırı yorgun olduğunu ileri sürüp sorumluluktan kurtulamayacaktır. Hekimin sorumluluktan kurtulabilmesinin tek yolu onun durumundaki diğer meslektaşının aynı sonucu öngörmemesidir[1295].

Yargıtay taksirli suçlarda failin kusurlu olup olmadığını söz konusu ödevi yerine getirip getirmediğini sübjektif kritere göre belirlemektedir[1296]. Örneğin, hekimlik mesleğinde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken hekimin özel yetenekleri göz önünde bulundurulur[1297]. Yine enfeksiyon nedeniyle ölen çocuklarını hekime geç götüren bir aileyi neticeden sorumlu tutma olanağı yoktur. Çünkü ailenin içinde bulunduğu yaşam koşulları, kültür düzeyleri, maddi olanaksızlıkları göz önüne alındığında kusur izafesi mümkün olamaz[1298].

Bazen netice öngörülebilir olduğu halde dikkat ve özen ödevinin yerine getirilmesi mümkün olmayabilir. Failin iradesi dışında gelişen dış koşullar objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmesini olanaksız bir hale getirebilir[1299]. Böyle durumlarda failden başka türlü davranması beklenemiyorsa ona kusur isnat edilemez[1300]. Örneğin, kendisine karşı cebir ve tehdit kullanılan bir taksi şoförünün hız sınırını aşarak bir kişiye çarpıp ölümüne sebebiyet vermesi halinde taksi şoförünün taksirli suçtan dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü şoförün içinde bulunduğu durum objektif özen yükümlülüğüne uygun olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini kaybetmiş durumdadır. Şoför hız sınırını aştığını ve bunun sonucunda bir kişiye çarpıp ölüme yol açabileceğini bilmesine karşın cebir ve şiddet nedeniyle dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirememektedir. Böyle bir

---

1294 Hakeri, Ceza, s. 172.
1295 Kaymaz/Gökcan, s. 95.
1296 *"Sanık, yaşı, sosyal durumu, hayat tecrübesi ve algılama seviyesine göre herkesin gelip geçtiği, çocukların oynamakta bulunduğu yol üzerinde açtığı çukura, sokakta oynamakta olan bulunan çocukların düşüp öleceklerini ve hatta büyüklerin gecenin karanlığında fark edemeyerek düşüp ayaklarını kırabileceklerini tayin ve takdir edebilecek niteliktedir*." (Y.CGK, E.1986/9-427, K. 1986/106, Koca/Üzülmez, s. 208).
1297 Öztürk/Erdem, s. 253.
1298 Y.2.CD, E. 1990/2146, K. 1990/4146 (Hakeri, Ceza, s. 173).
1299 Koca/Üzülmez, s. 209; Kaymaz/Gökcan, s. 95.
1300 Öztürk/Erdem, s. 255.

durumda şoförden dikkat ve özen ödevini objektif olarak yerine getirmesi beklenemez[1301]. Bu duruma benzer bir durum acil tıbbi müdahaleler açısından düşünülebilir. Öğretide acilliğin yani zaman faktörünün önemli olduğu hallerde hekimlerin zaman baskısı altında olmaları nedeniyle tıbbi müdahaleden doğan kusurlu hareketleri değerlendirilirken, başka kriterlerin göz önünde tutulması gerektiği savunulmaktadır[1302]. Çünkü böyle durumlarda hekimin öncelikle tehlikenin giderilmesine yönelik girişimlerde bulunması gereklidir. Acil durumları değerlendirilirken acil durumun hastane içinde ve hastane dışında olmasına göre değerlendirme yapılmalıdır. Hastane dışındaki ortamlarda genel kurallardan sapma doğal karşılanmalıdır. Böyle bir ortamda hekimin yaptığı tıbbi müdahale zaman baskısı ve tıbbi araç gerecin sınırlı olması nedeniyle özen ödevini yerine getirilemeyebilir. Diğer bir deyişle, normal koşullarda taksirli kabul edilebilecek bir müdahale, böyle koşullarda kurallara uygun kabul edilebilir. Hastane içindeki ortamda kural olarak, hekimin özen yükümlülüğünü daha düşük seviyede belirlemek doğru olmaz. Dolayısıyla gerekli tıbbi standart ve özen ödevinden ödün verilmemelidir. Ancak hastane içindeki ortamlarda (hastane acil servisinde) kuralların, somut olayın özelliğine göre, dikkat ve özen ödevinin yerine getirilebilme ve öngörülebilirlik derecesinde yumuşatılması mümkün gözükmektedir[1303].

II. TAKSİRİ ORTADAN KALDIRAN ZORUNLULUK HALİ

A. Genel Olarak Zorunluluk Hali

1. Tanım

Kural olarak kişi kendi yararlarını korumak için başkasının hukuksal değerlerine müdahalede bulunamaz. Zorunluluk durumu, kişiye kendi yararını korumak için diğer bir kişinin hukuksal değerini ihlal etme hakkı verir. Zorunluluk halinde belirli koşullar altında iki hukuksal değerden birinin ihlal edilmesi, bir diğer kişinin hukuksal değerine müdahalede bulunarak içinde bulunan tehlikenin bertaraf

[1301] Koca/Üzülmez, s. 209.
[1302] Hakeri, Tıp, s. 325.
[1303] Hakeri, Tıp, s. 326.

edilmesine izin verilmektedir. Diğer bir deyişle, zorunluluk halinde kişi önüne gelen iki seçenekten birini tercih etmek zorunda olacak ya hakkını kaybedecek ya da bu hakkı başkasının hakkına zarar vererek koruyacaktır[1304]. Bu nedenle zorunluluk hali *faydacı savunma* olarak da tanımlanmaktadır. Çaresiz bir kişinin her şeyden önce kendisini düşünmesi ahlaki olmayabilir. Ancak ahlak ile hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Hiçbir hukuk düzeni kişileri kahramanlığa zorlayamayacağı gibi sırf kendilerini koruduğu için insanları cezalandıramaz[1305]. Diğer bir anlatımla, zorunluluk halinde zorunluluk nedeniyle hukuk kurallarının dışına çıkıldığından bu kurum hukuki yönden açıklanamaz[1306]. Hatta bazen tehlikeye neden olmayan üçüncü kişilerin hukuki hakları zarar görebilir. Kişinin içinde bulunduğu psikolojik hal doğal onu haklardan birini seçmeye mecbur bırakır[1307]. Hukuk düzeni çatışma halinde olan iki yarardan aynı değere sahip olan değerler arasında seçim yapmazken farklı değerler arasında önemli olanı tercih eder[1308].

Bir tehlike ile karşı karşıya kalan kişi, kanunlarca suç sayılan bir fiili işlemek suretiyle tehlikeden korunmak için bazen tehlikenin kaynağına bazen tehlikenin kaynağı ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin haklarına zarar verici hareketlerde bulunabilir. Bu durumda bulunan kişinin hukukumuzda zorunluluk halinde olduğu kabul edilir[1309].

Zorunluluk[1310] (ıztırar) hali, ceza kanunumuzun 25/2. maddesinde *"Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."* şeklinde düzenlenmiştir[1311].

1304 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 642.

1305 Öztürk/Erdem, s. 205.

1306 Demirbaş, s. 280.

1307 "Zorunluluk halinin kanunu yoktur"(necessitas non habet legem) doğa normu çağdaş hukuklarda hukuki bir norm halini almıştır (Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınları, Ankara 2008, s. 149; Hakeri, Ceza, s. 190).

1308 Toroslu, Genel, s. 150.

1309 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 642; İçel/Evik, s. 130.

1310 Sözlük anlamı olması gerekme, olduğund0an başka olmama durumu, mecburiyet halidir (TDK, s. 1678).

1311 Öğretide **Demirbaş**, zorunluluk halini kanundaki tanıma paralel olarak *" Bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğu karşısında suç*

TCK 25/2. maddesi genel nitelikli bir hüküm olduğu için TCK 5. maddesi gereği tüm suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır[1312].

2. Hukuki Esası

Zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır[1313]. Bunun nedeni, TCK ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda[1314] zorunluluk halinin, düzenleniş şekli itibariyle, hukuki niteliğinin tespitinin olanaksız oluşudur[1315]. Öğretide zorunluluk halinin sınıflandırılmasına ilişkin teoriler, yazarlarca tekçi ve ayrımcı olmak üzere iki grupta sınıflandırılmıştır. Tekçi teorileri savunan yazarlar, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş ve kusurluluğu ortadan kaldıran görüş olmak üzere iki görüş etrafında toplanmıştır. Ayrımcı teoriyi benimseyenler zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk sebebi hem de mazeret sebebi olarak nitelendirmişlerdir.

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu gerekçesiyle cezalandırılmamasının nedeni, böyle bir durumda kalan her insanın objektif olarak başkasının hukuki yararına zarar vermek zorunda kalacak olmasıdır. Burada failin psikolojik durumu değil hareketin hukuk düzeni açısından taşıdığı değer ön plandadır. Bu görüşe göre kişi, kendini koruma içgüdüsüyle hareket etmektedir ve hukuk hiç kimseden bir tehlikeyle karşılaştığında kahramanlık yaparak kendini feda

---

teşkil eden ve tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi zorunluluğunu gerektiren durumdur." (Demirbaş, s. 276).

1312 TCK 5. maddesi: *"Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."*

1313 Öğretide bir grup yazar zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğunu kabul etmektedir (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 365; Hakeri, Ceza, 191; Özgenç, s. 377; Koca/Üzülmez, s. 267; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 641). Diğer bir grup yazar zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir (Öztürk/Erdem, s. 206; İçel/Evik, s. 132; Centel/Zafer/Çakmut, s. 311). Öğretide zorunluluk halini hem hukuka uygunluk sebebi hem de kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak kabul eden yazarlar da vardır (Demirbaş, s. 277; Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 48).

1314 RG. 17.12.2004, No. 25673.

1315 Öğretide **Özbek**, zorunluluk halinin tespitinin güçlüğünü Alman Ceza Kanunun ilgili maddelerinin ayrıma tabi tutularak düzenlenmiş olmasına ve bu düzenlemenin dikkate alınmadan TCK'ya aynen alınmasına bağlamasıdır (Veli Özer Özbek, Yeni **Türk Ceza Kanunun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli- İçtihatlı) Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Ankara 2006, s. 356; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, "Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 196; Özbek/Kanbur/ Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 365).

etmesini bekleyemez. Bu durum üçüncü kişilerin hakları bakımından da uygulama alanı bulur[1316]. Bugün için Türk ceza öğretisinde zorunluluk halini (TCK md. 25/2) hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden yazarlara göre, korunmak istenen değer feda edilen değerden üstünse veya bu değerler en azından birbirileriyle eşitse, zorunluluk halinden bahsedilebilir[1317]. Bu durum, öğretide çatışma veya değerler dengesi teorisi olarak adlandırılır. Hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk hali her hak bakımından geçerlidir. Burada failin karşı karşıya kaldığı tehlike kendisine veya başkasına yönelik olabilir. Hukuka uygunluk sebebi oluşturan zorunluluk halinde fiil haksızlık dolayısıyla suç olma niteliğini kaybeder ve faile kesinlikle ceza verilmez. Böyle fiile iştirak mümkün olamamaktadır. Böyle bir hal içerisinde hareket eden kişiye karşı meşru savunmadan yararlanılamaz[1318].

Öğretide zorunluluk halini sadece kusurluluğu etkileyen mazeret sebebi olarak kabul eden görüşün pozitif dayanağı CMK 223. maddesi oluşturmaktadır. zorunluluk hali kişinin üzerinde zorlayıcı bir baskı oluşturmuştur ki bu durum kusurluluğun gerçekleşmesine engel olmakla birlikte kişiyi adeta suça yönelten bir saik olmaktadır [1319] . Bu görüşün savunucuları zorunluluk halinde değerlerin karşılaştırılmasını ve bunun sonucunda tercih edilen değerin feda edilen değerden daha üstün değer olması ya da eşit düzeyde değerler olması halinde, birinci değere üstünlük verip onu koruma konusunda failin iradesinin etkilenmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[1320]. Mazeret sebebi olan zorunluluk hali, sadece yaşam, vücut ve özgürlük bakımından geçerlidir. Kişinin içinde bulunduğu tehlike kendisi, akrabası ve yakını bakımından zorunluluk hali oluşturur ve mutlaka failin hareketinin tehlikeden kurtulmaya uygun olması gerekir. Mazeret sebebi olan zorunluluk halinde fiil haksızlık niteliğini korur bu nedenle failin cezasında ancak indirim yapılabilir. Bu nitelikteki zorunluluk halinde fiilin haksızlığı devam ettiği için iştirak hükümleri uygulama alanı bulur. Hukuki değerler eşit olduğu için böyle hareket eden kişiye karşı meşru savunmadan söz edilebilir[1321].

1316 Özbek/Doğan, ss. 203-204.
1317 Kangal, s. 34.
1318 Özbek/Doğan, ss. 214-215.
1319 Özbek/Doğan, ss. 204-205.
1320 Özgenç, s. 380.
1321 Özbek/Doğan, ss. 214-216.

Zorunluluk halinin sınıflandırılmasına ilişkin son görüş, zorunluluk halini hem hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hem de mazeret sebebi olarak niteleyen görüştür. Bu görüşü savunan yazarlar, zorunluluk halinin TCK'da düzenleniş şeklinin her iki kurumu kapsadığını belirtmektedirler. Buna göre hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali, değerlerin karşılaştırması sonucunda üçüncü kişiye ait ihlal edilen ve daha az öneme sahip olan hukuksal değerden toplumsal dayanışma yükümlülüğü gereği vazgeçilmesi durumudur. Böylelikle failin hareketi hukuka uygun hale gelmiş olmaktadır. Bunun yanı sıra mazeret nedeni olarak zorunluluk durumunda eşdeğer hukuksal değerlerin çatışması ve uyulması gereken yasak devam etmesine karşın failden norma uygun bir davranışın beklenilememesi hali mevcuttur. Zorunluluk durumu somut olayda bazen hukuka uygunluk sebebi bazen de mazeret sebebi şeklinde bir görünüme bürünerek ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ormanda ava çıkan avcının ayının saldırısından kurtulmak için (yaşam hakkı) ormanda bulunan başkasına ait eve girmesi (konut dokunulmazlığının ihlali) halinde hukuka uygunluk nedenine bürünen bir zorunluluk hali mevcuttur. Çünkü olayda kişinin hareketi hukuk düzeni tarafından onaylanmıştır. Diğer yandan gemi kazası sonucunda bir kazazedenin kurtarma botundan diğer kazazedeyi suya itmesi durumunda zorunluluk hali mazeret şekline bürünmüştür. Böyle bir durum hukuk düzenince onaylanmasa da insanın zafiyeti dikkate alarak failin kınanabilirliğinden vazgeçerek ona bir hoşgörü gösterebilecektir[1322].

Biz zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmekteyiz. Çünkü zorunluluk halinde ortada iki hak vardır ve kişi bu haklardan birini üstün tutmaktadır (üstün yarar ilkesi). Kişi böyle bir durumda iki hak arasında bir seçim yapmak zorunda kalmakta tercih ettiği hak tercih etmediği haktan daha üstünse hareketi hukuka uygun olmakta dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulmamaktadır.

Zorunluluk halinin sınıflandırılmasına ilişkin teorilerden sonra, çalışmamamızın konusu olan hekimin tıbbi müdahalesi sırasında meydana gelen olumsuz neticeler bakımından sorumluluğunun belirlenmesinde yardımcı olabileceği düşüncesiyle zorunluluk halinin hukuki esasını açıklayan teorilerden de kısaca bahsetmek gerektiğini düşünmekteyiz. Söz konusu teoriler beş grupta

[1322] Demirbaş, 277; Kangal, s. 37.

toplanmaktadır. İlki, kişinin sahip olduğu kendisini koruma içgüdüsü ve refleksinden kaynaklanan *koruma içgüdüsü teorisi*dir. Zorunluluk hali, hukuki yararların ne pahasına olursa olsun korunamayacağı ve herhangi bir yasağın ihlalinin zarar tehlikesinden kaçınmak için yegâne olanak olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Somut olayda failden hukuk düzeni için tehlikeye katlanması beklenmez. Çünkü her canlı gibi insanoğlu da tehlikeye karşı doğal bir tepki içerisindedir[1323]. Hukuk düzeni bu durumu dikkate alarak kişinin davranışlarının ölçüsünü ve sınırlarını düzenlemelidir. Zira hiçbir hukuk düzeni kendini koruma hakkını tanımamazlık edemez[1324]. Yine devlet bu hakkı korumak için harekete geçip bu hakkın güvenliğini sağlayamazsa kişi, hakkını korumak için doğal olarak harekete geçecektir[1325]. Diğer bir teori, *manevi cebir teorisi*dir. Buna göre zorunluluk halinde kişi büyük bir korkuya kapılır. Failin bu ruh hali içerisinde irade serbestîsi tam olmadığı gibi direnme yeteneğine de sahip değildir[1326]. Ahlak kuralları kişinin böyle bir durumda kendisini feda etmesini beklemektedir dolayısıyla kişi burada manevi bir baskı altındadır. Ahlak kuralı hukuk kuralı haline getirmek mümkün olmadığından failin cezalandırılmasına da olanak yoktur[1327]. Diğer bir teori olan *saiklerin sosyalliği teorisi*nde zorunluluk halinde işlenen fiillerin cezalandırılmamasının sebebi, cezanın istenilen amaçlarına ulaşamaması nedeniyle hiçbir sosyal faydanın bulunmamasıdır. Ölümden kurtulmak için suç işleyen kişi cezalandırılamaz[1328]. Kaldı ki zorunluluk halinde işlenen suçta sosyal tehlike olmadığı gibi fail bakımından da bu suç, sadece bir tesadüftür[1329]. Yine bu durumda bulunan kişi saiki, başkasına zarar vermek değil kendini korumaktır[1330]. *Amaç teorisi*ne göre, tehdit edilen hukuksal değerin kurtarılması haklı bir amaç için diğer kişinin hukuksal değerinin ihlali açısından uyun araç olduğunda fail hukuka uygun hareket etmiş sayılır[1331]. Son teori, *hakların çatışması teorisi*dir. Buna göre iki eşit hakkın çatıştığı durumlarda bu aklardan üstün olan korunur diğeri feda edilir[1332]. Diğer bir anlatımla, çatışan değerlerden korunan

---

1323 Öztürk/Erdem, s. 205; Centel/Zafer/Çakmut, s. 312.
1324 Özbek/Doğan, s. 200; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 643; İçel/Evik, s. 132.
1325 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 643.
1326 Özbek/Doğan, ss. 200-201; Demirbaş, s. 280.
1327 Demirbaş, s. 280.
1328 Centel/Zafer/Çakmut, s. 312; Özbek/Doğan, s. 201.
1329 Demirbaş, s. 281.
1330 Demirbaş, s. 280.
1331 Özbek/Doğan, s. 202.
1332 Centel/Zafer/Çakmut, s. 312; Özbek/Doğan, s. 202; Demirbaş, s. 281.

değer feda edilen değerden daha üstünse fiil hukuka uygundur. Mazeret sebebi teşkil eden zorunluluk halinde ise bu haklar eşit düzeyde olabilir. Zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edildiğinde zorunluluk halini en iyi açıklayan teori hakların çatışması teorisidir[1333]. Zorunluluk halinde insanın dışında bulunan ve objektif olarak karşılaştırılabilen değerler üzerindeki yargı, objeden kaynaklanmaktadır[1334]. Hakların eşit olması halinde cezada yapılacak indirimin gerekçesi ise koruma içgüdüsü teorisi ile manevi cebir teorisidir[1335].

Biz bu teorilerden hakların çatışması teorisini benimsemekteyiz. Çünkü kişi içinde bulunduğu koşullar gereği kendisine gelebilecek zarardan korkmaktadır. Bu durum kişiyi iki hakkın varlığından birisini seçme zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmaktadır. Kişi kendisine gelecek olan zararı bertaraf etmek için üstün olan korunan değer ile feda edilen değer arasında değerlendirme yapmak durumundadır. Söz konusu değerlendirme sonucunda korunan değer feda edilen değerden daha üstün olduğu ortaya çıkmışsa yapılan hareket hukuka uygun olacaktır.

TCK'da zorunluluk hali, İkinci bölümde "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Veya Azaltan Nedenler*" başlığı altında hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte düzenlenmiştir. Kanunun 25/2. maddesi incelendiğinde zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu ortadan kaldıran niteliği ile örtüştüğü görülür. Her ne kadar TCK 25/2. maddesinin madde gerekçesinde[1336] zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu düzenlenmişse de bu durum sadece bir yorum aracı olup madde metnine dâhil değildir. TCK'da düzenlenen tartışmaya açık olan bu husus CMK'da madde metninde açıkça düzenlenerek belirli hale getirilmiştir[1337]. CMK'da suçun zorunluluk verilmesine yer olmadığı kararı verileceği düzenlenerek (CMK md. 223/3-b) zorunluluk halini kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilmiştir. Yargıtay, CMK 223. maddesini düzenlemesi

---

1333 Demirbaş, s. 281; Özbek/Doğan, s. 203.

1334 Demirbaş, s. 281.

1335 Özbek/Doğan, s. 203.

1336 "*Maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir. Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır. Ayrıca, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında "orantılılık ilkesi" kabul edilmiştir".*

1337 Özbek/Doğan, s. 218.

karşısında ve bu düzenlemeyi dikkate alarak zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul etmektedir[1338].

3. Zorunluluk Halinin Koşulları

Zorunluluk halinde tehlike ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin hukuki yararları zedelendiği için bu kurumun haklılığı tartışılmış ve kesin koşullara bağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Zorunluluk halinin koşulları tehlikeye ilişkin koşullar ve korunmaya ilişkin koşullar olmak üzere iki grup altında toplanabilir.

a. Tehlikeye İlişkin Koşullar

Zorunluluk halinin tehlikeye ilişkin ilk koşulu, *ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı*dır. Tehlikenin tanımı TCK'da yapılmış değildir. Tehlike, kural dışı meydana getirilen bir haldir[1339]. Tehlikenin varlığı için temel yaşam deneyimlerine dayanan tahmin yeterlidir[1340]. Öğretide yazarlar, tehlike durumunu korkulan zararlı sonucun gerçekleşme ihtimali olarak belirtmektedirler. Yani tehlikenin zarar aşamasına geçmemiş olması gerekir. Zararın gerçekleşmeye başlamamış olması veya neticenin şekli tamamlanmasının gerçekleşmiş olmaması gereklidir. Aksi halde zarardan söz edilir[1341]. Kişinin zorunluluk haline bağlı cezasız kalabilmesi için söz konusu tehlikenin ağır ve muhakkak olması gerekir. Tehlikenin ağır oluşu, zararın ağır olması demektir[1342]. Bu bağlamda basit veya fizyolojik insan ihtiyaçları bu kapsamda değerlendirilemez. Örneğin, yaşam hakkına yönelen tehlike ağır iken keyif verici maddelerin çalınması ağır bir tehlike değildir[1343]. Yine herkes tarafından katlanılması gereken olağan tehlikeler ve riskler değerlendirme dışında tutulur. Dolayısıyla gebeliğe ve doğuma bağlı olan güçlükler ve riskler ağır tehlike olarak

---

1338 Y.CGK., E. 2007/1-281K, K. 2008/37 (Özbek/Doğan, s. 206).

1339 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 644.

1340 Öğretide **Öztürk/Erdem** tehlikeyi "*Bir kimsenin veya bir şeyin güvenliğini, varlığını tehdit eden ve bir zarar olasılığını ortaya koyan durum"* olarak tanımlamıştır (Öztürk/Erdem, s. 206).

1341 Hakeri, Ceza, s. 194; Toroslu, Genel, s. 150; Koca/Üzülmez, s. 268.

1342 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 644; Hakeri, Ceza, s. 195; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Koca/Üzülmez, s. 268; Demirbaş, s. 283.

1343 Hakeri, Ceza, s. 195.

kabul edilmez[1344]. Hâkim tehlikenin niteliğini somut olayda objektif olarak değerlendirecektir. Söz konusu tehlike masum üçüncü kişilerin zarar görmesini haklı gösterecek ağırlıkta olması gerekir[1345]. Söz konusu tehlikenin varlığına ilişkin değerlendirme failin özelliklerine göre değil makul bir gözlemcinin özelliklerine bağlı olarak yapılmalıdır. Tehlikenin kaynağına bağlı olarak bir hastalık için uzman hekim, bir bina için inşaat mühendisi makul bir gözlemcidir[1346]. Tehlikenin gerçekleşmesi muhakkak olmalıdır. Derhal koruma hareketi yapılmadığında hukuki bir yarara zarar verme olasılığının yüksek olması gereklidir[1347]. Öğreti, *muhakkak tehlike* kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, tehlikenin mutlaka o anda var olması gerekli değildir. Yakın tehlike de muhakkak tehlike olarak kabul edilebilir[1348]. Objektif bir değerlendirmeyle, bir zararın kısmen veya kısa bir süre sonra meydana gelme olasılığı varsa tehlikenin varlığı kabul edilir[1349]. Örneğin, dağ evinde kurtların saldırısından korunmak için ruhsatsız silah bulunduran kişinin zorunluluk halinde bulunduğu kabul edilir[1350]. Yine doğuma bir hayli zamanın olmasına rağmen doğumun annenin yaşamını ve sağlığını korumak için sonlandırılması da muhakkak tehlike olarak nitelendirilebilir[1351]. Tehlikenin kaynağı ve şekli değişik olabilir. Sel, deprem, ağır iklim koşulları, salgın hastalık, açlık ve susuzluk birer tehlike kaynağıdır[1352].

Diğer bir koşul, *tehlikenin bir hakka yönelik olması*dır. Buradaki hak kavramı hukuken korunan tüm hakları kapsamaktadır. Diğer bir deyişle, hukukun hangi

---

1344 Demirbaş, s. 284.

1345 Toroslu, Genel, s. 153.

1346 Demirbaş, s. 283.

1347 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 378; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 645; Hakeri, Ceza, s. 195. Yargıtay, bir kararında domuz saldırısına uğrayan arkadaşını kurtarmak için silahını ateşleyen ve bunun sonucunda saldırıya uğrayan arkadaşını öldüren sanığı zorunluluk halinden yaralandırmıştır (Y.9.CD., E. 1983/3253, K. 1983/3114, Centel/Zafer/Çakmut, s. 315); Koca/Üzülmez, s. 268.

1348 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 378; Tehlike derhal koruyucu tedbirlere başvurulmadığı bir zarara yol açabilecekse, bu koşul gerçekleşmiş sayılır (Öztürk/Erdem, s. 207; Demirbaş, s. 282); Koca/Üzülmez, s. 268.

1349 İçel/Evik, s. 134; Koca/Üzülmez, s. 268.

1350 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 645; İçel/Evik, s. 134; Öztürk/Erdem, s. 207; Centel/Zafer/Çakmut, s. 314.

1351 İçel/Evik, s. 134; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1927 tarihinde verdiği bir kararında bu duruma dikkati çekmiştir. Hamile bir kadının, hamileliğin yarattığı ruhsal bunalımla kendisini öldürmesi tehlikesini önlemek için bebeği kürtajla alınmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu kararda annenin ve bebeğin yaşamları karşılaştırılmış anneninki üstün tutulmuştur (Demirbaş, s. 281).

1352 Koca/Üzülmez, s. 268; İçel/Evik, s. 133; Demirbaş, s. 283.

alanına ait olursa olsun, hukuk düzeninin koruduğu çıkar ve yararlardır. Bu hakkın ceza hukuku korumasından yararlanılan bir hak olması gerekli değildir[1353]. Yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, şeref, iffet gibi haklara yönelmiş her tehlike zorunluluk halinden yaralanır. Örneğin, hasta çocuğu için parası olmayan bir kişinin eczaneden ilaç çalması, topluma tehdit eden bir bulaşıcı hastalığa yakalanan kişinin zorla hastaneye götürülüp tecrit altına alınması, denizde yüzerken elbiseleri çalınan bir kişinin başkasının elbisesini giymesi, bir kimsenin şerefine yönelik olarak dijital görüntü kayıtlarını elinde bulunduranın söz konusu kayıtları şantaj olarak kullanımını önlemek için o kişiden çalınması zorunluluk halini oluşturur[1354]. Buna karşılık, hukuk düzenin temel prensipleri ile çatışan bir korunma hareketi, zorunluluk halinden yararlanamaz. Örneğin, acil durumda bir hastanın yaşamını kurtarmak için bile olsa diğer kişiden zorla kan alınması, insan onuruna aykırı, hukuk düzeni ile bağdaşmayan bir hareket olduğundan zorunluluk halinden yararlanamaz[1355]. Aynı şekilde hiç kimseden hayat kurtarma amacıyla olsa da rızası dışında organ alınamaz. Tehlike, korunmak için karşılık veren kişiye yönelmiş olabileceği gibi üçüncü kişiye yönelik de olabilir. Kanun bunu "*gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik"* şeklinde ifade etmiştir. Üçüncü kişinin buna rıza göstermesi şart değildir[1356]. Yine üçüncü kişinin akıl hastası, küçük, geçerli bir irade açıklamasında bulunmaya ehil veya olanağının olup olmaması önemli değildir. Örneğin, doğum sırasında annenin yaşamını tehdit eden bir durumla karşı karşıya kalan hekimin annenin aksi yöndeki görüşüne rağmen bebeği zamanından önce doğurtması halinde zorunluluk durumu vardır[1357]. Öğretide bu duruma "*üçüncü kişi lehine zorunluluk hali*" denmektedir[1358]. Üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde, üçüncü kişiyi bir tehlikeden kurtarmak amacıyla, olayla ilgisi olmayan diğer bir masum kişiye karşı bir fiil işlemesi durumu vardır[1359]. Üçüncü kişi lehine zorunluluk halini belli kişilerle veya sadece kurtarılan varlığın feda edilenden üstün olduğu durumlarla sınırlandırmak gereklidir. Örneğin, hekim olmayan bir kişinin geciktirilemeyen bir

---

1353 Demirbaş, s. 283; İçel/Evik, s. 135; Koca/Üzülmez, s. 269.
1354 Öztürk/Erdem, s. 207.
1355 Hakeri, Ceza, s. 199.
1356 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 378; İçel/Evik, s. 140; Centel/Zafer/Çakmut, s. 316; Koca/Üzülmez, s. 269; Demirbaş, s. 287.
1357 İçel/Evik, s. 140; Koca/Üzülmez, s. 269.
1358 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 646; Öztürk/Erdem, s. 207.
1359 Demirbaş, s. 289.

cerrahi müdahaleyi gerçekleştirmesi gibi[1360]. Tüm bu durumlar somut olayda objektif esaslara göre hâkim tarafından değerlendirilir. Konuyla ilgili olarak açıklanması gereken önemli bir husus, üçüncü kişinin tehlikenin gerçekleşmesine bilerek sebebiyet verdiği durumlarda zorunluluk halinin bulunup bulunmadığıdır. Öğretide baskın görüş zorunluluk halinin bulunması yönündedir. Çünkü kurtarma hareketini yapanın tehlikede bulunanın buna bilerek neden olup olmadığını araştırma gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ceza hukuku kurumları kişileri kendi davranış ve kusurlarına göre değerlendirmektedir [1361].

Tehlikeye ilişkin son koşul, *tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemesi*dir. Bunun anlamı zorunluluk halinden yararlanacak kişinin tehlikeye bilerek yani kasten sebep olmaması gerekir[1362]. Buradaki kastın türü önemsizdir. Buna karşılık tehlike taksirli bir hareket neticesinde ortaya çıkmışsa zorunluluk halinin bulunduğu kabul edilir[1363]. Bilinçli taksirde de netice bilindiğinden (öngörüldüğünden) zorunluluk halinden yararlanılamayacaktır[1364].

b. Korunmaya İlişkin Koşullar

Zorunluluk halinin korunmaya ilk koşulu, *tehlike ile korunma hareketi arasında nedensellik bağının olması*dır. Bunun anlamı, korunmaya ilişkin davranışla tehlike arasında nedensellik bağının bulunması demektir. Burada korunmak istenen kişi ile tehlikenin kaynağı olan kişi aynı olabileceği gibi olayla ilgisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir[1365].

Zorunluluk halinden yararlanmak için *tehlikeden başka türlü korunma olanağının bulunmaması* gereklidir. Zorunluluk halinde müdahalenin somut olayın özelliklerine bağlı olarak gerekli olması gereklidir. Diğer bir anlatımla, tehlikeden başka türlü korunma olanağı varsa artık zorunluluk halinin varlığından söz

---

1360 Toroslu, Genel, s. 152.

1361 Demirbaş, s. 287.

1362 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 646; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 379-380; Hakeri, Ceza, s. 196; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Koca/Üzülmez, s. 268; Demirbaş, s. 284.

1363 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 646; İçel/Evik, s. 139; Öztürk/Erdem, s. 207; Hakeri, Ceza, s. 196; Centel/Zafer/Çakmut, s. 315; Koca/Üzülmez, s. 268; Demirbaş, s. 284.

1364 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 379-380; Hakeri, Ceza, s. 196; Aksi görüş için bkz. İçel/Evik, s. 135; Koca/Üzülmez, s. 268; Demirbaş, s. 284.

1365 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 380.

edilemez[1366]. Burada bahsedilen savunma zorunluluğu (tehlikeden korunma) için basit bir zorunluluk yetmez. Gerçek anlamda bir önlenemezlik gerekir[1367]. Bunun anlamı, failin bir başkasının hakkına saldırıda bulunmaksızın tehlikeden kaçınma ve kurtulmasının mümkün olmamasıdır[1368]. Somut olayda devletin yardımı veya hukuk düzeninin meydana getirdiği diğer koruma vasıtaları gecikecek veya hiç gelmeyecek ise ve tehlikeyi bertaraf edecek başka bir yol da yok ise kişinin kendisini korumak için yaptığı hareket cezalandırılmayacaktır[1369]. Somut olayda failin tehlikeden kurtulmak için başka türlü davranma olanağının bulunup bulunmadığı hâkim tarafından değerlendirilecektir[1370]. Tehlikeden kurtulmak için başka çareler varsa o çarelere başvurulmalı ve korunma fiili, son çare niteliğinde olmalıdır. Failin tehlikeden kaçarak kurtulma olanağı varken başka bir hukuki değere zarar vermesi zorunluluk hali kapsamına girmez[1371]. TCK bu koşulu "*başka suretle korunmak olanağı bulunmayan"* şeklinde açıkça düzenlemiştir. Örneğin, çocuğuna ilaç almak için valilikten yardım alabileceğini bilen bir kişinin eczaneden ilaç çalması halinde, zorunluluk durumu yoktur. Yine tehlikeden kurtulma bakımından etkili olmayan araç, elverişli olarak kabul edilemez. Örneğin, hastaya yetişmek için hız sınırını aşan sarhoş halde bulunan bir hekim sarhoşluğu nedeniyle hizmet veremeyecek durumda ise kurtarma fiilinin elverişsizliği nedeniyle zorunluluk kurumundan yaralanamayacaktır[1372]. Bu unsurda, failin tehlikeden kurtulmak için yapmış olduğu hareketin kasten ya da taksirle olmasını bir önemi bulunmamaktadır[1373].

1366 Centel/Zafer/Çakmut, s. 316; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 380-381; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 647; İçel/Evik, s. 136; Öztürk/Erdem, s. 208; Hakeri, Ceza, s. 197; Koca/Üzülmez, s. 270.

1367 Toroslu, Genel, s. 153; Burada olayla ilgisi olmayan üçüncü kişilere zarar verilebildiği için, söz konusu olanak dar yorumlanmalıdır (Öztürk/Erdem, s. 208; Demirbaş, s. 285).

1368 Demirbaş, Ceza 2, s. 285.

1369 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 647; Somut olayda genellikle devlet organlarına başvurma olanağının zorunluluk hali içinde bulunan kişinin fiilinden daha ılımlı bir araç olması gerektiği ve bu nedenle devlet organlarına başvurmanın öncelikten yararlanacağı kabul edilmektedir (Öztürk/Erdem, s. 208); Koca/Üzülmez, s. 270.

1370 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 647; Bu koşul nispi olup hâkim tarafından failin içinde bulunduğu ruh hali göz önünde bulundurularak değerlendirilir (Hakeri, Ceza, s. 197; Demirbaş, s. 286); Öte yandan, tehlike sırasında failden soğukkanlılıkla düşünüp durumu değerlendirmesi beklenemeyeceğinden daha hafif bir suçu işleyerek tehlikeden korunma olanağının bulunması, tehlikeden kaçınma konusunda her zaman failin aleyhine sonuç doğurmamalıdır (Centel/Zafer/Çakmut, s. 316); Koca/Üzülmez, s. 270.

1371 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 380-381; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 647; Toroslu, Genel, s. 153; İçel/Evik, s. 138; Hakeri, Ceza, s. 197.

1372 Demirbaş, s. 286.

1373 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 647

İşlenen fiil ile tehlike arasında oran bulunması zorunluluk halinin korunmaya ilişkin diğer bir koşuludur. Bu koşulda TCK madde metninde açıkça şu şekilde düzenlenmiştir: "*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez."*. Bu koşulda değerlerin tartımı ilkesiyle hareket edilmelidir[1374]. Burada korunan hak ile feda edilen haktan üstün olmalı ya da eşit olmalıdır[1375]. Fail burada başkasına ait hukuki değere en az zarar verecek davranışı seçmek zorundadır. Somut olayda oranın varlığını belirleme işi, hâkime aittir[1376]. Hâkim değerlerden hangisinin üstün olduğunu korunan yararın kişi bakımından gösterdiği önemi göz önünde bulundurarak tespit etmelidir[1377].

Ceza kanununda açıkça belirtilmeyen savunmaya ilişkin son koşul, *tehlikeye göğüs verme yükümlülüğünün bulunmaması*dır. Zorunluluk halinin kabul edilebilmesi için, tehlikeyi bertaraf etmek yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Zorunluluk halini hakların çatışmasını düzenleyen bir kurum olarak kabul ettiğimizde, hakkını bir tehlike karşısında feda etmek hukuki yükümlülüğü altında olan bir kişi artık tehlikeden kaçamaz[1378]. Hukuk düzeni bazı kişilere (polis, itfaiye gibi) bir tehlikeye karşı koyma neticeyi önleme yükümlülüğü getirmiş olabilir[1379]. Diğer bir anlatımla, bir hukuk kuralı tarafından tehlikeyi karşılamak, onu etkisiz bırakmak yükümlülüğü altında bulunan kişinin tehlikeden kurtulmak için suç işlemesi durumunda zorunluluk hali hükmü uygulanmaz[1380]. Söz konusu yükümlülüğü olan kişilerin kendilerini korumak için başkalarına zarar vermesi kabul edilemez. Örneğin, bir hekim salgın hastalık halinde hastaneden uzaklaşmayıp hastaları tedavi ile yükümlüdür[1381]. Ancak bu kişiler, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde bu kurumdan yaralanabilirler. Örneğin, deniz kazasında bir yolcuyu kurtarmak için suç sayılan fiili işleyen bir gemi kaptanı, zorunluluk halinden

---

1374 Hakeri, Ceza, s. 197; Demirbaş, s. 281.

1375 Demirbaş, s. 286.

1376 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 381; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 648; Toroslu, Genel, s. 154; İçel/Evik, s. 139; Öğretide **Öztürk/Erdem** korunan yararın zarara uğrayan yarardan üstün olması gerektiğini savunmaktadır (Öztürk/Erdem, s. 209).

1377 Hâkime korunan yarar ile verilen zarar arasında değer tartımında ceza hukuku özel kısmı ışık tutabilir. Hakeri, Ceza, s. 198; Centel/Zafer/Çakmut, s. 316; Koca/Üzülmez, s. 271; Demirbaş, s. 287.

1378 Demirbaş, s. 285.

1379 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 382; Centel/Zafer/Çakmut, s. 316.

1380 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 648; Öztürk/Erdem, s. 208; Koca/Üzülmez, s. 270.

1381 Centel/Zafer/Çakmut, s. 316.

yaralanacaktır[1382]. Söz konusu yükümlülükler kanun ya da sözleşmeden doğmuş olabilir. Bu kişiler zorunluluk halinden yaralanamayacaklardır[1383]. Son olarak fail tehlikeye bizzat kendisi sebep olmuşsa da zorunluluk halinden yaralanamayacaktır[1384].

B. Tıbbi Müdahale Sırasında Meydana Gelebilecek Zorunluluk Halleri

1. Genel Olarak

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin her zaman hukuka uygunluk koşullarıyla gerçekleşmesi olanaklı olmayabilir. Aşağıda detaylıca bahsedeceğimiz zorunluluk haline ilişkin koşullar oluşması durumunda yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygunluk kapsamı içinde değerlendirilecektir. Böyle bir durumda tıbbi müdahalede bulunan hekim, bir hukuka uygunluk sebebi nedeniyle cezalandırılamaz.

Genel olarak bakıldığında hekimin meslek yaşantısı boyunca karşılaşabileceği zorunluluk halleri tıbbi müdahale türü olan tedavi yükümlülüğü sırasında ve hekimlik meslek sırrının saklanması sırasında ortaya çıkmaktadır. Konumuz itibariyle bu iki alandan sadece ilki çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Tıbbi müdahale sırasında karşılaşılabilecek zorunluluk hali hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırlarının tespiti sırasında meydana gelmektedir. Hekim birçok nedenden dolayı hastasını tedavi etmeye çalışırken bir takım engellerle karşılaşmaktadır. Bu engellerin neler olduğu ve hangi durumların zorunluluk hali oluşturduğu uygulamada ve öğretide problem konusu olmuştur. Hekimin tedavi sırasında karşılaşabileceği durumların hangilerinin zorunluluk hali oluşturduğuna değinelim.

2. Tıbbi Zorunluluk Halleri

Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalenin ilk sınırı, Anayasa'da belirtilmiştir. Anayasa 17/2. maddesi "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller*

1382 Toroslu, Genel, s. 154; İçel/Evik, s. 139; Öztürk/Erdem, s. 208.
1383 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 649; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 382.
1384 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 382.

dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninden anlaşılacağı gibi, hekim tıbbi zorunluluk ve kanunda belirtilen haller dışında tıbbi müdahalede bulunamayacaktır. Bu iki koşulun birlikte olması gerekir. Anayasa'nın ilgili maddesine ait gerekçede kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devletin, gerekli tedbirleri alacağını ve kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulması veya organlarının alınması yasağının vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Anayasal anlamda yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devlete karşı ileri sürülecek bir savunma hakkıdır. Bunu anlamı, insan öldürme, insan bedenine zorla tıbbi müdahalede bulunma ve deneyler Devlete yasaklanmıştır[1385].

Anayasa'nın 17/2. maddesinde hekimin hastasına tıbbi müdahalede bulunabilmesi için tıbbi zorunluluğun gerekli olması şart koşulduğundan, "*tıbbi zorunluluk"* kavramının ne olduğu, kapsamının ve sınırlarının tespit edilmesi gereklidir. Tıbbi zorunluluk kavramı, öğretide farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bizim de katıldığımız bir görüş, tıbbi zorunluluğu acil durumlar ile tıbbi müdahale başladıktan sonra ortaya çıkan ve rızanın kapsamında bulunmayan durumlarda girişilen müdahaleleri kapsadığını kabul etmektedir[1386]. Diğer görüş ise madde metninde geçen tıbbi zorunluluk kavramının varsayılan rızayı değil, endikasyon kavramını belirttiğini kabul etmektedir. Kişiye tıbbi müdahalede bulunabilmek için tıbbi endikasyonun varlığının gerekliliğini şart koşmaktadır[1387].

Bizce tıbbi zorunluluk kavramı, endikasyon kavramı ile birebir örtüşmemektedir. Endikasyon, bir hastada tedavi ya da girişim yapılmasını gerektiren bir durumdur. Hastalıklarda uygun tedavi şeklini gösterir. Endikasyon kavramı, tıbbi zorunluluğu da içine alan daha geniş bir kavramdır. "*Gerekirlilik*" olarak da tanımlanabilen endikasyon, tıbbi gerekirlik olarak karşımıza çıkabileceği gibi bazen de tıbbi zorunluluk olarak ortaya çıkabilir[1388]. Hatta bazen sosyal ve psikolojik gerekçelerle ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, rahimde 5-6 cm kisti bulunan bir hastanın tedavisi senelik kontrolle izlenebileceği gibi kistin alınması suretiyle cerrahi tedavi yöntemi de tercih edilebilir. Ancak hastanın yaşamını tehdit eden bulgular

---

1385 Ömer İzgi ve Zafer Gören, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Ankara 2002, s. 215, 224.
1386 Erman, s. 154.
1387 Hakeri, Tıp, s. 218.
1388 Hakeri, Tıp, s. 218; Ersöz, s. 119.

varsa (kanama gibi) hekim sadece tıbbi zorunluluk gereği ameliyat kararı alabilir. Bu üç durumda endikasyon halidir. Madde metninde geçen "zorunluluk" ibaresi ise ceza hukuku anlamında zorda kalım hali olup tıbbi açıdan hastaya gereken müdahalede bulunma zorunluluğu anlamına gelmektedir. Yani hekim acil hallerde tıbben zorunlu müdahaleyi hastaya uygulayacak bunun dışında kalan tüm tıbbi müdahaleler için hastanın rızasını (aydınlatılmış onam) alacaktır. Tıbbi zorunluluk kavramının anlamına ilişkin bu son görüşe yakın bir diğer görüş, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmediği sürece, hastanın ne düşündüğünden çok, tedavinin ve iyileştirmenin ön planda tutulmasıdır[1389].

3. Kanunda Yazılı Haller

Anayasa'nın 17/2. maddesindeki "*kanunda yazılı haller"* kavramından hastanın rızası olmadan hekime tıbbi müdahale yapabilme olanağı anlaşılır. Böyle bir tıbbi müdahale kanunda yazılı bir hal olarak düzenlenmiş olmalıdır[1390].Diğer bir deyişle, her temel hakkın ancak bir kanunla sınırlandırılabileceği kuralından hareketle (AY md. 13), tedavi yükümlülüğünün sınırını kamu sağlığının korunması amacıyla rızanın aranmadığı kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır. Örneğin, Ceza Kanunu'nun 227/8. maddesi gereğince fuhşa zorla sürüklenen kişi hakkında tedavi ve psikolojik terapiye tabi tutulma kararını yerine getiren hekim rıza dışında tıbbi müdahalede bulunmuş sayılmayacağından sorumluluğu doğmayacaktır. Kanunda yazılı hallere verilecek diğer bir örnek CMK'nın 75. maddesidir[1391]. Maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, ihtiyaç duyulan delilin tıbbi müdahaleden başka türlü elde etme olanağı yoksa tıbbi müdahale zorunludur. Hekimin bu nedenle örneğin, kişiden kan alması hukuka aykırı olmayacaktır.

1389 Gülsoy/Kök, s. 9.

1390 Ayşe Nuhoğlu, "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 46.

1391 CMK Md. 75:*"Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz."*

4. Acil Durumlar

Hekimin tedavi yükümlülüğünün diğer sınırını "*acil durumlar"* oluşturmaktadır. Hekimler mesleklerini her zaman olağan koşullar içinde icra etmezler. Her hekim meslek yaşantısı içinde azımsanmayacak ölçüde acil durumla karşı karşıya kalmaktadır. Söz konusu durumlarda hekim zamana karşı yarışmaktadır. Acil durumlarda tedavi, olağan koşullarda olduğu gibi en uygun düzeyde yapılamamaktadır. Bu gibi istisnai durumlarda hekimin zorunluluk hali nedeniyle sorumluluğu doğmamaktadır. Ancak bu durumu hekimin tıbbi müdahale sırasında yaptığı tıbbi hata sonucunda olumsuz sonuçlardan doğan sorumluluğu ile karıştırmayıp bu durumu zorda kalım halinden ayrı tutmak gerekir. Acil durumlarda bile hekimin özen ve dikkat yükümlülüğü devam ettiğinden hekimin özensiz ve ihmali hareketi şüphesiz cezasız kalmayacaktır. Buradaki acil durumun zorunluluk hali kabul edilip sorumluluk alanı dışında bırakılması ancak iki halde kabul edilebilir. Birincisi acil durumda tedavinin yetkili kişiler dışında bir kişi tarafından yapılması, ikincisi yaşamı tehdit eden durumlar (sırasında) nedeniyle dikkat ve özen yükümlülüğünden sarfınazar edilme durumudur.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi tıbbi müdahalenin yetkili kişilerce yapılmasıdır. Tıbbi müdahaleler hekimlik mesleğini icra edilen kişilerce yapılmalıdır. Acil durumlarda tıbbi müdahale hekim olmayan kişilerce de yapılabilmektedir. Zorunluluk hali olarak kabul edilen böyle acil bir durumda yapılan müdahale nedeniyle kişi sorumlu tutulamaz. Yine bazı tıbbi müdahalelerin yalnızca müdahalenin ilgili olduğu tıp bilimi uzmanlarınca yapılması gerekir. Diğer bir deyişle, ilgili alanda uzmanlık diplomasına sahip hekimlerin yapabileceği bazı nitelikli tıbbi müdahaleler vardır. İşte böyle uzman bir hekim tarafından yapılması gerekli tıbbi müdahalenin uzman olmayan hekim tarafından gerçekleştirilmesi halinde hasta iyileşmiş olsa dahi hekimin sorumluluğu doğacaktır[1392]. Uzmanlığı gerektiren tıbbi bir müdahalenin uzman olmayan bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi halinde, zorunluluk haline ilişkin (TCK md. 25/2) koşullar bulunduğu takdirde hekim sorumluluktan kurtulacaktır. Söz konusu zorunluluk hali

[1392] İzzet Özgenç, "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu II", www.sdplatform.com ; Öğretide Hakeri, uzmanı olup olmadığına bakılmaksızın bir tıbbi müdahalenin hekim tarafından yapılmasının hukuka uyguluk açısından gerekli görmektedir (Hakeri, Tıp, s. 99).

acil durum halinde söz konusu olacağından uzmanlık alanı dışında bir hastaya müdahale eden hekim yetkisi dışında müdahalede bulunmaktan sorumlu tutulmayacaktır[1393].

Acil durumlarda hekimin tedavi yükümlülüğünün bir diğer sınırını dikkat ve özen yükümlülüğünden sarfınazar edilme hali oluşturmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki hekimlik uğraş alanı itibariyle her zaman olağan koşullar içerisinde yürütülebilen bir meslek değildir. Ancak böyle durumlarda bile hekimin tıbbi müdahalelerde dikkat ve özen yükümlülüğü devam etmektedir. Ancak bazen acil ve yaşamı tehdit eden durumlarda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmesi olanaksız hale gelebilir. Hekimin böyle durumda zorunluluk hali gereği sorumluluğu doğmayacaktır.

5. Rıza Dışı Haller

Hekimin tedavi yükümlülüğünün diğer sınırını "*rıza dışı haller"* oluşturmaktadır. Uygulamada hekimler bazı durumlarda hastanın rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunabilmektedir. Bu durumların bir kısmı zorda kalma hali oluştururken diğer bir kısmı zorda kalım hali olarak değerlendirilememektedir. Rıza dışı hallerden hangilerinin zorunluluk kapsamına girdiğini belirlemek zorunluluğu vardır. Bu nedenle uygulamada her somut olay dikkatlice değerlendirilmelidir.

a. Varsayılan Rıza

Öncelikle varsayılan rızanın gerçek rızaya oranla ikincil nitelikte olduğu belirtilmelidir. Çünkü varsayılan rıza ancak normal rızanın alınamadığı durumlarda söz konusu olacaktır[1394]. Eğer hastanın kendisinden ya da kanuni temsilcisinden açık bir rıza elde edilemiyorsa, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya

---

[1393] 1219 sayılı kanunun 23. maddesi bu durumu açıkça ifade etmiştir."*Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehâl ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmayan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır*."

[1394] Andreas Mosenheuer, "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza" (Çev. Hakan Hakeri), **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 71; Rosenau, s. 55.

çıkar. Tıbbî müdahaleler ile kişilik hakkının konusunu oluşturan kişilik değerleri arasında yakın bir ilişki vardır. Bu çerçevede, hekim tarafından hastanın sağlığına kavuşturulması amacıyla yapılan müdahaleler, özellikle fiziksel kişilik değerlerinden yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık değerlerini ihlal edici nitelikteki davranışlardır. Tıbbî müdahaleye hastanın muvafakatinin alınmış olması, bu müdahalenin kişilik hakkına saldırı olarak nitelendirilmesine engel olur.

Bazı hallerde, hastanın talebi ve bu yöndeki irade açıklaması da olmaksızın, hekim tarafından müdahalede bulunulması durumuyla karşılaşılabilmektedir. Bu durum ceza hukukunda *varsayılan rıza* [1395] kavramıyla açıklanmaktadır. Ceza hukukuna özgü bir kavram olan varsayılan rıza, hak sahibinin fail tarafından tahmin edilen iradesinin aksi yönde olması olası bulunan gerçek iradesiyle çatışmasıdır. Varsayılan rıza, açık bir irade beyanının elde edilemediği durumlarda beyanda bulunan kişinin gerçek iradesi üzerinde bir tahminde bulunmaya ve bunun sonucuna göre hareket etme esasına dayanır. Bu yönüyle bakıldığında tıbbi müdahaleler açısından varsayılan rıza, "*başkasının yararına hareket"* olarak nitelendirilebilir[1396]. Örneğin, trafik kazası sonucu ağır yaralı ve bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen bir kişinin hayatını kurtarmak için ameliyat edilmesi ya da nefes borusu tıkanan bilinci kapalı bir hastanın yaşamını kurtarmak için trakeostomi yapılması hallerinde hekimden hastanın rızasını alması beklenemez [1397] . Böyle bir durumda hekim hastasının rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunursa herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Örneklerden de anlaşılacağı üzere bu gibi durumlarda yaşamı tehdit eden ve kişinin sağlığını geriye dönüşsüz bir biçimde etkileyebilecek durumlar vardır. Hekim böyle bir duruma müdahalede bulunmazsa hasta yaşamını yitirebilecektir. Görüldüğü gibi, hekim kendi değerlendirmesine göre hastanın en yararına olan seçimde bulunacaktır. Hekim, hasta iradesini belli edebilecek olsaydı bunu ne yönde belirleyeceğini göz önünde bulunduracaktır. Bahsi geçen hasta iradesi anlayışlı bir hasta ölçütüyle belirlenir[1398].

1395 Varsayılan rıza, Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesinde şu şekilde değinilmiştir: "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır".*

1396 Erman, s. 139.

1397 Seza Reisoğlu, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 7; Nuhoğlu, s. 53.

1398 Erman, s. 140.

Tıbbi müdahalelerde varsayılan rızadan bahsedebilmek için bir takım koşulların oluşması gerekmektedir. Bunlardan ilki, tıbbi müdahalenin rıza gösterilebilir nitelikte olmasıdır. Söz konusu rıza yaşam hakkına ilişkin olmamalı ve hukuka ve ahlaka aykırı bir sonuç doğurmamalıdır. İkinci koşul, kişinin gerçek ve açık bir rızasının bulunmayışıdır. Kişi daha önce iradesi belirtmişse ve bu beyan müdahale sırasında ortaya çıkmışsa ve kullanılabilir bir duruma gelmişse artık varsayılan rızadan bahsedilemeyecektir[1399]. Hasta bilinci açık ve sağlıklı iken hastalandığında kendisine nasıl bir tedavi uygulanmasını istediğini belirten bir vasiyet hazırlamışsa hekim bu vasiyete uymak zorunda olup varsayılan rıza gereği istediği tedaviyi uygulayamaz[1400]. Örneğin, bilinci açıkken belirli bir tedaviyi reddeden bir kanserli bir hastanın durumu kötüleşip komaya girmesi halinde bu hastayı tedavi etmek hukuka aykırıdır. Varsayılan rızanın kabul edilebilmesi için hastanın rızasının belli bir süre içerisinde alınamıyor olması da gerekir. Bu koşul, müdahalenin genişletilmesinde ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle başlamış bir tıbbi müdahalede onam dışına çıkılması durumlarında ortaya çıkar. Böyle durumlarda, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne ciddi bir tehlike oluşturmayan müdahaleler için kişinin kendi seçimi beklenmelidir. Varsayılan rızaya ilişkin son koşul, gerçek iradeye uygun sonuca ulaşılmaya çalışılmasıdır. Hekim bunu bizzat kendisi yapacaktır. İçinde bulunulan somut durumun özelliğine göre hastanın varsayılan rızasının bulunup bulunmadığı konusunda son kararı yine hekim verecektir[1401]. Hekim bunu yaparken *"acaba hastanın bilinci yerinde olsaydı kendi değer yargılarına göre nasıl hareket ederdi"* şeklinde düşünmelidir. Bu yaklaşım, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının icrasına en çok yaklaşılan durumdur. En azından gerçek rızanın mümkün olduğunca hakkını vermektir[1402]. Özellikle rızayı varsayan kişi (hekim), bu konuda özen yükümlülüğüne uygun davranmalıdır. Hak sahibinin iradesini varsayarken yanlış değerlendirme riskinin varlığını göz önünde bulundurmalı ve riski ortadan kaldırmak için gerekli araştırmaları yapmalıdır. Ancak

[1399] Erman, ss. 149-152.
[1400] Nuhoğlu, s. 53.
[1401] Nuhoğlu, s. 54.
[1402] Mosenheuer, s. 96; Rosenau, Rıza, s. 55.

bu şekilde hukuka uygunluk kavramından yararlanabilecektir[1403]. Hekimin bu işlemleri yaparken yanılgıya düşmesi kusurluluğu ortadan kaldıracaktır.

Koşulları oluşmuş bir varsayılan rıza durumunda hekimin hasta lehine müdahale konusunda kendisini baskı altında hissedeceği gerekçesiyle müdahale eden hekimin hareketinin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilip hukuka uygun kabul edilmelidir[1404]. Yine hekimin hastasına ait varsayılan rızayı belirlerken yaşam hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkının karşı karşıya gelmesi halinde yaşam hakkını tercih etmesi hali de zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmelidir[1405].

Varsayılan rıza olarak kabul edilebilecek bir diğer durum uygulamada karşılaşılan standart tedavinin bir parçası olan tıbbi müdahale ile bağlantılı olan işlemlerdir. Bunun en güzel örneği enjeksiyonlardır. Uygulamada hemen hemen hiçbir hastanın bu tür müdahaleleri reddetmediği görülmektedir. Böyle durumlarda hekimin müdahaleye ilişkin somut aydınlatması eksik olsa bile varsayılan rızanın koşulları oluşmuştur. Zira hasta bu konuda aydınlatılmış olsaydı da zaten müdahaleye aynı şekilde rıza gösterecekti[1406].

Varsayılan rızanın uygulama alanından biri olarak kabul edilen ve tartışmalı olan bir diğer durum, ameliyat sırasında meydana gelebilecek ve ameliyat öncesinde planlanmamış durumlardır. Böyle durumlarda da az önce bahsedilen varsayılan rızaya ilişkin koşullar ve ilkeler geçerli olup söz konusu duruma özellikli bir alan olması nedeniyle *"Müdahalenin Genişletilmesi"* başlığı altında ayrı bir başlıkta değinmeyi uygun gördük.

b. Tıbbi Müdahalenin Genişletilmesi

Bazen hekim hastanın rızası dışına çıkarak tıbbi müdahaleyi genişletmek durumunda kalabilir. Bu durum daha çok cerrahi müdahale sırasında gerçekleşir ve varsayılan rızanın uygulama alanından olan *"başkasının yararına hareket"*

1403 Rosenau, Rıza, s. 55; Erman, ss. 149-152.
1404 Nuhoğlu, s. 55.
1405 Hakeri, Tıp, s. 55.
1406 Mosenheuer, s. 72.

kapsamında değerlendirilebilir[1407]. Tıbbi müdahalenin genişletilmesi, ameliyat sırasında bilinçsiz durumda bulunan bir hastaya önceden düşünülmeyen bir müdahalenin yapılması halidir[1408]. Ameliyat sırasında hekim, planlanan ameliyat dışında tanıya veya müdahaleye yönelik başka bir bulguyla karşılaşabilir. Ameliyat planının değişmesi hatta başka bir ameliyat yapılması gerekebilir. Müdahale başlangıcında hastanın farklı yöndeki iradesine göre alınan rıza dışında birçok yeni durum ortaya çıkabilir.

Ameliyatın genişletilmesi ve değiştirilmesi için temel kural, hastanın rızasının alınması gerektiğidir. Eğer ameliyatın genişletilmesi önceden tahmin edilebilir görülebilir nitelikte ise hekim ameliyat öncesi ihtiyaten durum hakkında hastaya bilgi vermeli ve rızasını almalıdır[1409]. Ancak uygulamada çoğu kez, anestezi altındaki hastadan onam alınmasına olanak yoktur. Bu gibi durumlarda yapılan müdahalenin hukuka uygun olması için öğreti ve uygulamada bazı koşulların oluşması benimsenmiştir. Söz konusu koşulların gerçekleşmesi halinde cerrahi müdahale sırasında beklenmedik bir durumla karşı karşıya kalınıp hasta yaşamı için gerekli rıza kapsamı dışında kalan müdahaleyi yapan hekim, rıza dışı müdahalede bulunması nedeniyle kural olarak, sorumlu tutulmayacaktır. Gerçekten, hastanın bayıltılması ve ameliyata başlanmasından sonra, ameliyatın genişletilmesi ya da hasta ile kararlaştırılandan tamamen farklı bir ameliyat yapılması tıbbî bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere kural olarak, ameliyatın genişletilmesi veya değiştirilebilmesi için de hastanın rızasının alınması gerekir. Ancak, bu tür olaylarda, anestezi nedeniyle hastanın bilinci yerinde olmadığından ona gerekli açıklamaların yapılması ve onamın alınması fiilen olanaklı değildir. İşte böyle durumlarda varsayılan rızanın varlığı tartışmalı hale gelir. Çünkü müdahalenin genişletilmesi açısından, bir yandan hastanın özgür iradesine olabildiğince saygı duyulması, diğer yandan yaşamsal tehlikelerin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında müdahalenin kesilerek hastanın uyandırılıp hastanın onamının alınmasının oluşturacağı risk ile aksi davranışın doğuracağı

1407 Başkasının yararına hareket, bir kişinin diğer bir kişinin malvarlığına ve kişiliğine ilişkin bir değeri koruma altına almak amacıyla hak sahibinin buna rıza göstereceği düşüncesinden yola çıkarak hareket etmek anlamına gelir (Erman, s. 141).

1408 Özsunay, Alman, s. 44.

1409 Olası ameliyatın genişlemesi ve değişiklikleri için başlangıçta alınan genel onamın geçerli olup olmadığı tartışmalıdır (Ayan, s. 80. Dpn. 247); Boran, Aydınlatılmış, s. 95.

hakkın zedelenmesi arasında bir denge kurulmalıdır[1410]. Örneğin, hastanın kistini almak için batınını açan hekimin müdahale sırasında kanserli bir dokuyla karşılaşması sonucunda kist ile birlikte organı alması halinde zorunluluk durumundan yaralanabilecek midir? Ya da basit bir apendektomi vakası sırasında hekimin safra kesesinin iltihaplandığını görerek gerekli müdahaleyi yapması, varsayılan rıza olarak kabul edilebilecek midir?[1411]

Tıbbi müdahalenin genişletilmesinin önceden tahmin edilemediği durumlarda, yapılan müdahalenin zorda kalım hali sayılabilmesi ve hukuka uygun hale gelebilmesi için öğreti ve mahkeme uygulamalarının da kabul ettiği şu iki önemli koşulun somut olayda yerine getirilmiş olması gerekir.

a- Gecikmenin doğuracağı tehlikeler dolayısıyla hastanın rızasının alınması mümkün olmamalıdır.

b- Zorunlu olarak genişletilen tıbbi müdahalenin hastanın rıza gösterdiği önceki müdahalenin yaşam riskinden daha büyük yaşamsal risk taşıması gerekir. Özellikle önemli organların bu yolla alınması ancak ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalması halinin olmasıdır.

Tıbbi müdahalenin genişletilmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesinin ilk koşulu, kişinin kendisi ya da kanuni temsilcisinden tıbbî müdahaleye ilişkin bir rıza açıklamasının alınması olanaksız olmasıdır[1412]. Eğer, tıbbî müdahaleye girişmeden önce hastanın rızasını almak olanaklı ise bu rıza alınmaksızın yapılan tıbbî müdahale hukuka uygun sayılamaz. Ayrıca, ameliyatın genişletilmesi durumunda, önceden tahmin edilebilir nitelikte bir genişletme söz konusu olduğu takdirde, hastanın rızası ameliyata girişmeden önce alınmış olmalıdır. Bunun yanında, genişleme önceden tahmini olanaklı olmamakla birlikte, hayati bir tedaviyi amaçlamıyor ve diğer taraftan beraberinde önemli tehlikeler getiriyorsa, ameliyatın kesilmesi ve hastanın rızasının alınması gerekir [1413].

Tıbbi müdahalenin genişletilmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesinin ikinci koşulu, kişiye tıbbî müdahalede bulunulmadığı takdirde, hastanın ölmesi gibi

---

1410 Erman, s. 151.

1411 Karşılaştırmalı hukukta Fransız uygulamasında ciddi bir ölüm tehlikesi hariç, bir ameliyatın ancak hastanın onayı alındıktan sonra genişletilebileceği belirtilirken Alman uygulamasında ise genellikle bir zorunluluk halini haklı neden olarak kabul etmektedir (Belgesay, s. 104; Reisoğlu, s. 7).

1412 Reisoğlu, s. 7; Çeker, ss. 7-8.

1413 Çeker, s. 7.

geriye dönüşsüz zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasıdır[1414]. Diğer bir deyişle, hekimin o anda hastaya tıbbî müdahalede bulunmaması sonucunda hastanın ölmesi ya da ağır bir zararın ortaya çıkmasının kuvvetle muhtemel olması halinde, hastadan onam alınmamış olması gerekçesiyle müdahaleden kaçınılamaz. Ancak, rızanın alınamadığı her durumda rızadan vazgeçerek tıbbî müdahalede bulunmak da olanak dâhilinde değildir. Somut olayda, Müdahalenin genişletilmesi yaşamsal önem taşıyorsa, ertelenemeyecekse varsayılan rızaya dayanarak müdahale yapılmalıdır[1415]. Öyleyse burada, ölçü olarak, rızanın açıklanmasını beklemek üzere müdahalenin geciktirilmesi ya da kesilmesi halinde, hastanın ölmesi veya buna benzer ağır sonuçların ortaya çıkması durumuyla karşılaşılacak olmasını esas almak gerekir. Konuyla bağlantılı olarak, laporoskopik başlayan bir ameliyatın kanama riski nedeniyle açık ameliyata dönüşmesi olayında yerel mahkemenin verdiği ret kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır[1416]. Yine Amerika Birleşik Devletlerinde bir hekim, apendektomi planlayarak girdiği ameliyatta hastanın over kistinin patlatması ve bunu için ameliyat öncesinde onam almadığı için dava edilmiş, yüksek mahkeme olayda hekimin yapması gereken gerekli müdahaleyi yaptığı için hekimin herhangi bir sorumluluğun olmadığına karar vermiştir[1417]. Yine tıbbi müdahalenin genişletilmesi, ilk planlamaya göre önemsiz ya da daha önemli olması ile ölüm tehlikesi dışında önemli bir organın alınmaması halinde zorunluluk olarak kabul edilip hukuka uygundur. Bu itibarla, tıbbi müdahalenin geciktirilmesi ya da kesilmesi durumunda hastanın yaşamını tehdit eden bir zararın doğması söz konusu değilse onamın alınmadan hastaya tıbbi müdahalede bulunmak hukuka aykırı hale gelecektir[1418]. Hekim böyle bir durumda hukuka uygunluk halini gerekçe gösterip sorumluluktan kurtulamayacağı gibi kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyan bir tıbbî müdahalede bulunduğundan, uğranılan zararlardan sorumlu olacaktır (MK. m.23). Hastanın yaşamını tehdit edebilecek zararlara uğrayıp uğrayamayacağı konusuna ilişkin değerlendirme, tıbbi müdahale sırasında hekim tarafından gerekli özen gösterilerek verilmelidir[1419]. Bununla birlikte sırf hekimin aydınlatılmış onama ilişkin

[1414] Çeker, ss. 7-8; Reisoğlu, s. 7.
[1415] Erman, s. 151; Boran, Aydınlatılmış, s. 95.
[1416] Boran, Aydınlatılmış, s. 95.
[1417] Öztürkler, s. 69.
[1418] Reisoğlu, s. 7; Boran, Aydınlatılmış, s. 96.
[1419] Çeker, ss. 7-8.

yükümlülüğünü tam olarak yerine getirilmemesi, tıbbi müdahalenin çok küçük bir bölümünde onam dışı müdahalede bulunması, nedeniyle varsayılan rızanın kabul edilmeyeceğini göstermez[1420].

Eğer müdahalenin genişlemesi hayati bir tedaviyi amaçlamıyor ve beraberinde önemli riskler, tehlikeler getiriyorsa hastanın rızasını almak için ameliyat kesilmelidir. Ancak burada ameliyatın kesilmesi hasta için bir zarar taşımamalıdır. Buna karşılık müdahalenin genişlemesinin tehlikeli olmadığı ve ek bir aydınlatmaya ihtiyaç duyulmadan onay verebileceği ya da ameliyatın kesilmesinin tıbbi açıdan kontra endike olduğu yani müdahale sürdürülse de aynı tehlikenin devam edeceği hallerde onaya ihtiyaç yoktur, ameliyata devam edilir. Böyle durumlarda hastanın objektif menfaatine üstünlük tanınmalıdır. Burada kullanılacak irade ölçütü, makul bir hastanın olası iradesidir[1421]. Hasta tarafından verilen onam ameliyatın genişletilmesi sonucunu doğuran riskli durumun dışında kalsa bile o konuyla yakından ilgiliyse iznin varlığı kabul edilmeli ve kapsam kapsamın aşılması sorumluluk doğurmamalıdır. Çünkü böyle bir durum önceden bilinseydi ve hasta aydınlatılmış olsaydı anlayışlı ve aklı başında bir hastanın vereceği karar ölçü alınmalıdır. Böyle bir karar verilirken riskli bir durumun kaçınılmaz ve duraksamaz oluşunun varlığı gereklidir. Aksi halde keyfi veya değerlendirme yapmaksızın verilen kararlarda sınırın aşıldığı kabul edilir. Buna örnek olarak kanserli bir organın alınması nedeniyle yapılan ameliyatta kanserin başka bir organa da yayılmış olması hali verilebilir[1422]. Ameliyat sırasında başlangıçta verilen rıza konusunun tamamen dışında kalan ve dolaylı da olsa konuyla ilgisi bulunmayan bir durum ortaya çıktığında müdahalenin konusu dışına çıkılmamalıdır. Örneğin, apendektomi ameliyatında diğer bir organın alınması gibi. Ancak böyle bir durumda dahi müdahaleye devam edilmemesi yarıda bırakılması açık ve kesin tehlikeyi içeriyorsa verilen iznin dışına çıkılabilecektir[1423]. Ameliyat sırasında önceden teorik ve bilimsel olanaklarla tanı konulamayacak riskli bir durumun ortaya çıkması halinde hastanın rızasının varlığı kuralını şart koşmak ya da katı bir şekilde uygulamak, hastanın yararına olmadığı gibi zararlı sonuçlara da neden olabilir. Böyle bir durum verilen

---

1420 Federal Alman Mahkemesi, aydınlatılmış onamın ameliyat öncesinde taksirle alınmaması durumunun varsayılan rızaya dayanılmasını önlemeyeceğini belirtmiştir (Erman, s. 151).

1421 Özsunay, Alman, s. 44.

1422 Aşçığlu, s. 39.

1423 Aşçığlu, s. 39.

onamın dışına çıkılarak ameliyatı yarıda kesmek tekrar bir ameliyatı gündeme getirecekse bu riskli bir durumdur. Böyle bir durumda hekim hastanın onayı olmadığı düşüncesiyle ameliyatı yarıda kesip ikinci bir ameliyata sebebiyet verdiği için kusurlu sayılacaktır [1424]. Hekim yaşam tehlikesinin bulunduğu ve ameliyat sırasında ortaya çıkan yeni bulgularda mutlak endikasyon hallerinde zorunluluk haline dayanarak ameliyatı genişletebilir Bu durumların dışında uygun durumlarda ameliyat durdurulmalı ve hastaya tehlikeler ve diğer alternatifler üzerinde karar verebilme olanağı tanınmalıdır[1425].

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 05. 03. 1971 tarihli kararı, konumuz bakımından ilgi çekicidir. Böbrek taşının alınması için hekime başvuran bir hastanın ameliyat sırasında böbreğinin iltihaplanmış olması sebebiyle alınmasının gerekmesi halinde, ameliyata son vererek yaranın kapatılması ve daha sonra hastadan rıza alınmasını beklemek kişiye yarardan çok zarar vereceğinden tıbbi zorunluluk gerekçesiyle ameliyat genişleyebilir [1426].

Konuyla ilgili son bir husus genişleyen ameliyat hekimin uzmanlık alanını aşıyorsa ilgili uzman hekim çağrılmalı ve ameliyatın genişleyen bölümü ilgili uzman tarafından yapılmalıdır.

c. Kamu Sağlığının Korunması

Hekim tarafından gerçekleştirilen müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ikinci durum, *kamu sağlığının korunması* gayesiyle müdahalede bulunulmasıdır; bu halde, hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbî müdahale, üstün kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun sayılmaktadır. Kamu sağlığını tehlikeye düşüren hastalık taşıyan bir kişinin karantinaya alınması hallerinde hekimden hastanın rızasını alması beklenemez. Söz konusu durumu Hıfsızsıha Kanunu'nun[1427] 70. maddesi şu şekilde belirtmiştir: "*Sâri ve salgın bir hastalıktan vefat eylediği zan ve şüphe edilen eşhas üzerinde, alakadar tabip tarafından lüzum gösterildiği takdirde, fethimeyit icra olunabilir.".*

1424 Aşçığlu, s. 39.
1425 Ayan, s. 80.
1426 Y. 4.HD. 05. 03. 1971 E.10853/K. 2906 (Cengiz Kaya, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Adalet Dergisi**, Eylül 2008, Yıl: 100, Sayı: 32, s. 101; Çeker, s. 7).
1427 RG. 06.05.1930, No.1489.

d. Hastanın Tedaviyi Reddetmesi

Rıza dışı hallere ilişkin bir diğer durum *hastanın tedaviyi reddetmesi* halidir. Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası müdahalenin hukuka uygunluğu açısından vazgeçilmez bir koşuldur. Hekimin tedavi yükümlülüğünün temel sınırı olan rızanın yokluğunun bir nedeni de hastanın tedaviyi ret hakkıdır. Tedaviyi ret hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur. Bu hak, kişinin yararına bile olsa tıbbi müdahaleye rızası bulunmayan veya sınırlı rızası bulunan kişiye müdahale yapmayı engelleyecektir[1428]. Diğer bir deyişle, hastanın tedaviyi reddetmesi, hekimin elini kolunu bağlayacak hekim kanuni olarak yetkilendirilmediği sürece hastanın özgür iradesi karşısında, yaşam tehlikesinin varlığı halinde bile, hiçbir tıbbi müdahalede bulunamayacaktır. Aksi durum hekimi cezai ve hukuki sorumluluğunu doğuracaktır[1429]. Burada hemen belirtmek gerekir ki yukarıda bahsi geçen Anayasa 17/2. maddesinde belirtilen tıbbi zorunluluk halinde bile hastanın tedaviyi ret hakkı vardır. Aslında burada tıbbi zorunluluklar nedeniyle yapılacak sınırlama, gerçekte rızanın bulunmaması ile ilişkili olup tedaviyi ret hakkını ilgilendirmeyen bir noktada bulunmaktadır[1430]. Tedaviyi ret hakkı mutlak bir hak olup bu hakkın kısıtlanması hukuka aykırıdır. Tedaviyi ret hakkının açık bir şekilde kullanılması halinde varsayılan rıza kavramından yararlanılamayacağından bu düşünce ile yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı kabul edilmelidir.

Tedaviyi ret hakkı, açık bir beyanla yapılmalıdır. Dolayısıyla bu konuda yapılacak irade beyanı örtülü olamaz[1431]. Bu beyanın örtülü yapılmasının kabulü, hekimin nasıl davranacağı konusunda hukuki güvenlik sorununa yol açacaktır[1432]. Tedaviyi ret hakkı bir irade açıklaması olduğundan ret ehliyetine sahip olan hastanın rıza göstermemesi durumunda hastanedeyse taburcu edilmesi gerekir. Reddin bağlayıcılığı yapılacak müdahalenin reddi halinde olabilecekler konusunda hastanın bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır[1433]. Özellikle hastanın ret kararı verilmeden önce

---

1428 Erman, s. 153.
1429 Hakeri, s. 228.
1430 Erman, s. 154; Hakeri, Tıp 2, s. 230.
1431 Hakeri, Tıp 2, s. 230.
1432 Erman, s. 155.
1433 Hakeri, Tıp 2, s. 230; Erman, ss. 155-156.

hekim tarafından yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığının[1434] iyice araştırılması gerekir. Yine tıbbi müdahalenin kapsamı dışında kalan ve varsayılan rıza ile hukuka uygun hale getirilemeyen durumlarda tedaviyi ret hakkı kendiliğinden kullanılmış olur.

Tedaviyi ret hakkı müdahale başlangıcında olabileceği gibi müdahale sırasında önceden verilen rızanın geri alınmasıyla da kullanılmış olacaktır. Ancak bu aşamada rızanın geri alınması, tıbbi yönden herhangi bir sakınca bulunmaması şartına bağlıdır (HHY md. 24/6).

Uygulamada tedaviyi ret açıklaması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Hasta kendisine hiçbir işlem yapılmamasını isteyebilir, önceden verdiği rızadan tamamen veya kısmen vazgeçebilir. Tedaviyi ret, tıbbi müdahalenin tümü veya bir kısmına ait olabileceği gibi müdahalenin sadece belirli bir şekilde yapılması şeklinde sınırlamaya da tabi tutulmuş olabilir[1435]. Bu sınırlama hekim bazında da olabilir. Örneğin, hasta ameliyatının belirli bir hekim tarafından yapılmasını isteyebilir. Bu durum diğer hekim açısından tedavinin reddi anlamına gelir. Hasta tedavinin zorunlu bir parçasını reddetmişse hekim, tıbbi endikasyonu bulunan müdahaleyi gerçekleştiremeyecektir[1436]. Tüm sayılan durumlar tedaviyi ret anlamına gelmekte olup hekimin müdahalede bulunmasını engellemektedir. Hastanın tüm ya da kısmi şekilde tedaviyi reddetmesine saygı duyulmalı ve herhangi bir müdahalede bulunulmamalıdır.

Hastanın tedaviyi reddetme hakkı bazı ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenmiştir[1437]. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma" başlıklı 25. maddesinde hastanın tedaviyi reddetme hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz*

1434 Hekim, hastasının onayını almadan önce tedavinin sonuçları hakkında hastaya tam bir bilgi vermelidir. Konu hakkında iki görüş ileri atılmıştır. Birincisi, sonuç ne kadar tehlikeli olursa olsun hastanın tedavinin sonucu hakkında herkesten önce karar verme hakkının var olduğu. Yargıtay bir kararında hastanın tehlikelere karşı karar verebileceği ve yapılacak tıbbi müdahale hastanın sağlık ve vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için kararı hekime değil hastaya ait olması gerektiği yönünde karar vermiştir (Y.4.HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541). İkincisi, Hastaya her şeyin açıklanmasının onu moral yönünden çökerteceği gerekçesiyle tehlikeli sonuçlardan bahsedilmemektir. Yargıtay diğer bir kararında hekimin böyle davranarak hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından yararlı olacağını genel olarak kabul etmiştir (Y.4.HD., E. 1964/6458, K. 4925). (Reisoğlu, s. 5).

1435 Erman, s. 155-156; Hakeri, Tıp 2, s. 230.

1436 Erman, s. 156.

1437 Nuhoğlu, s. 47.

sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir." Yönetmelikte rızanın geri alınmasının, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına geleceği belirtildikten sonra rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlanmıştır (md.24). Hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırını oluşturan hastanın tedaviyi reddetmesi Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli bildirgesinde temel bir hak olarak kabul edildikten sonra hekimin hastanın bu isteğine ölümüne sebep olsa dahi saygı duyması gerektiğini hüküm altına almıştır. Yine Dünya Sağlık Örgütü Amsterdam Bildirgesi'nde her hastanın tedaviyi reddetme ve sona erdirme hakkı olduğunu belirtilmiştir. Son olarak, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde hastanın tedaviyi ret hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

> *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."*

Bu düzenlemelerin hepsi hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının varlığına işaret eder.

Hastanın tedaviyi açıkça reddetmesine rağmen tıbbi müdahalede bulunan hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin öğretide tartışmalar mevcuttur. Bu görüşlerden birisi hastanın tedaviyi reddetmesi halinde hastanın yaşamını, sağlığını ciddi derecede tehdit eden yakın bir tehlikenin varlığı halinde hekimin müdahalede bulunmasının hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilebileceğidir. Ceninin kurtarılması için annenin feda edilmesi gibi. Bu görüşün savunucuları kişinin yaşamı üzerinde tasarruf hakkı olmadığı, dolayısıyla yaşamını tehdit eden bir tehlike karşısında müdahaleye izin vermemesinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunduğu anlamına geleceğini belirtmektedirler[1438].

Konuyla ilgili bir diğer görüş, hekimin hastanın istememesine rağmen müdahalede bulunmasının zorunluluk hali oluşturacağı yönündedir. Bu görüşün savunucuları kanunların vatandaşlara birbirine yardım görevini yüklediğini

[1438] Bayraktar, Hekimin, ss. 130-131.

belirtmişlerdir. Örneğin, ebeveyn inancı nedeniyle çocuğuna kan nakli yaptırmak istemezse ve kan nakli yapılmaması sonucunda çocuğun ölme riskinin yüksek olması nedeniyle kan veren hekim, zorunluluk hali durumundan yaralanacaktır[1439]. Yine hekimin Nüfus Planlaması Kanununda numerus clausus (sınırlı sayı ilkesi) ile belirtilen tıbbi tehlikelerin dışında ancak annenin yaşamını tehdit eden bir tehlike nedeniyle yasal süresi dolmuş bir gebeliği sonlandırması hali zorunluluk halinden yaralanabilmesini gerektirir[1440]. Örneğin, annenin gebeliğe bağlı intihar eğilimi nedeniyle hekimin kürtajı gerçekleştirmesi zorunluluk hali oluşturur.

Bu görüşlerden diğeri böyle bir durumda hekimin hastaya müdahale etmemesi gerektiği aksi halde müessir eylemden sorumlu tutulacağı yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlar[1441] kişinin geleceğini belirleme hakkının mutlak olduğunu ve bu nedenle bu hakka saygı gösterilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

Bizim de taraftarı olduğumuz bu yaklaşım, bazı durumlarda hekimleri verilmesi güç kararlarla karşı karşıya bırakabilmektedir. Tedaviyi ret kararının kişinin yaşamını yitirmesine neden olması sonucuna yol açacak bir hal alması, hekimin böyle bir kişiye müdahale edip etmemesi konusunda nasıl tavır takınacağı açısından hukuki ve vicdani bir problem oluşturmaktadır. Böyle bir hastaya müdahale etmeyen hekimin bu davranışı adam öldürme veya intihara yardım olarak nitelendirilebileceği gibi ötenazinin sınırlarına giren bir eylemin varlığını da tartışma konusu yapılabilir. Bu nedenle hekimin hangi hareketinin bahsi geçen suçlara vücut verdiği, hangi hareketinin tedavi ret hakkına saygı gösteren davranış olarak nitelendirileceği saptanmalıdır. Tedaviyi reddin ölümle sonuçlanabilecek hallerine ilişkin örnekler şu şekilde sıralanabilir: İntihar girişimleri, ilaç alımının reddi, ölümle sonuçlanabilecek ameliyatın reddedilmesi.

Burada pasif ötenazi olarak adlandırılan son dönem hastalarının tedaviyi ret etmesi durumundan bahsedilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki böyle bir durum hekimin tedavi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır. Hekimin tedaviyi ret hakkına saygı duyarak herhangi bir harekette (müdahalede) bulunmaması eylemi, objektif isnadiyeti ortadan kaldırdığı için, bahsi geçen suçlar açısından bir sorumluluğu

---

1439 Nuhoğlu, s. 50.

1440 Erdener Yurtcan, **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985, s. 82.

1441 Hakeri, ss. 219-240; Erman, ss. 153-171.

doğmayacaktır[1442]. Burada hekimin hastayı tedavinin ret edilmesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar hakkında aydınlatmak zorundadır[1443]. Aksi halde TCK 83. madde açısından sorumluluk doğabilecektir.

Konuyla ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus, tıbbi vasiyet olarak adlandırılan hastanın sağlığında, rıza ehliyetine sahip olduğu dönemde hekime ya da temsilcilerine açıkladığı iradenin uygulanması ile ilgili durumdur. Hasta, terminal dönemde yaşam desteğini kesilmesini veya herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmasını istemeyebilir. Örneğin, hasta, önceden özgür iradesi ile kalbinin durduğu durumda kendisine kalp masajı yapılmasını reddetmesi gibi. Geleceği belirleyen onam şeklinde de ifade edilen böyle durumda hastaya ileriki dönemde tıbbi müdahalenin ana hatlarını belirleme olanağı sunulmuştur. Özerkliğe saygı ilkesinin gereği düşünüldüğünde, bizce de hastanın önceden belirlediği bu isteğin yerine getirilmesi istenen bir davranıştır[1444]. Ancak hastanın bu isteminin yerine getirilmesi için hastanın buna ilişkin kararını kayıt altına almak hekimin sorumluluğunun önüne geçmek bakımından zorunlu görünmektedir.

Günümüzde ağırlıklı görüş, ölümle sonuçlansa bile hastanın tedaviyi ret hakkına geçerlilik tanınması yönündedir. Hastasının bu isteğine saygı duyan ve hiçbir girişimde bulunmayan hekim ölüm neticesinden sorumlu tutulmayacaktır. Zira garantör konumunda olan hekim, evrensel bir hukuk prensibi olan geleceğini belirleme hakkının varlığı nedeniyle ölmek isteyen bir kişiyi tedavi olmaya, hastaneye götürme ve tıbbi müdahalede bulunmaya zorlayamaz[1445]. Tedaviyi ret kararı bilimsel ve rasyonel verilere aykırı kabul edilse bile hastanın özgür iradesi varsa, hekim hastasının kararının tıbbi açıdan mantığa aykırı olduğunu ileri sürerek tıbbi müdahale yapamaz[1446]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus hastanın bilincinin açık olup olmadığının tespiti ve bilinci açık olmakla birlikte ret anındaki iradesinin sağlıklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğidir. Hekim, tedaviyi ret kararı veren hastasının içinde bulunduğu psikolojik durumu (özellikle intihar vakalarında) göz önünde bulundurarak, hastanın (açık iradesine rağmen)

1442 Erman, s. 165.
1443 Çelen, s. 63.
1444 Kök, İnsan, s. 121.
1445 Konuya ilişkin olarak intihar eden bir kişinin bilinci açıkken aile hekiminin yaşamı kurtarmak için yapmak istediği tıbbi müdahaleyi reddetmesi örneği verilebilir (Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara 2007, s. 51).
1446 Reisoğlu, s. 6.

ruhsal dengesinin sağlıklı karar verme yeteneğini ortadan kaldırdığını ileri sürerek müdahalede bulunabilecektir. Böyle bir durumda hastanın ayırtım gücünden yoksun olduğu dahi ileri sürülebilir[1447].

Tedaviyi ret hakkına ilişkin olarak bahsedeceğimiz son durum, 5275 sayılı Ceza İnfaz Kanun'un (CİK)[1448] 82/3. maddesidir. "*…bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır."* Söz konusu madde kurumdaki diğer kişiler açısından tehlike oluşturmayan[1449] ve açlık grevcisi olmayan, bir sağlık sorunu nedeniyle hükümlü veya tutuklunun zorla tedavi edilmesini düzenlemektedir. Bizce bu düzenleme tamamen yanlış ve Anayasa ile uluslararası antlaşma niteliğinde olan Biyotıp Sözleşmesine aykırı bir düzenlemedir. Öncelikle tedaviyi ret etme, Anayasa 17. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesi 5. maddesi gereği bir haktır. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında bilinci yerinde olan bir kişinin rızası dışında tedavi edilmesine olanak yoktur. Açlık grevcisi olmayan ve içinde yaşadığı infaz kurumunda sağlığı bir tehlike oluşturmayan hükümlü ya da tutuklunun sağlık sorunu olan özgürlüğü kısıtlanmamış diğer kişilerden herhangi bir farkı yoktur. Yine Anayasa 90/5. maddesi[1450] gereği İnfaz Kanunu 82/3. maddesi Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi ile çeliştiği için görmezden gelinmelidir. Öyleyse hekime böyle bir durumda bir yükümlülük yüklenmemeli, idarece emir verilmemelidir. Aksi halde zorla tedavi yapan hekim ve emri veren amir hukuka aykırı davranışından dolayı sorumlu olacaktır. Mevcut hali ile İnfaz Kanunu 82/3. maddesi Anayasa Mahkemesi iptal etmediği sürece

---

1447 Reisoğlu, s. 7.

1448 RG. 29.12.2004, No. 25685.

1449 Hükümlü veya tutuklunun yaşadığı sağlık sorunu, tedavi edilmediği takdirde kurumdaki diğer kişilerin yaşam ve sağlığı açısından tehdit oluşturuyorsa (örneğin, bulaşıcı hastalık), hükümlü tedavi olmayı reddetse bile zorla tedavi edilebilecektir.

1450 Anayasa 90/5. maddesi: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Ek cümle: 07.05.2004 - 5170 S.K./7. mad). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."*

yürürlüktedir ve hukuken bağlayıcıdır. Bu nedenle hekimlerin böyle durumlarda tıbbi müdahalede bulunması hukuka uygun olarak kabul edilmek zorundadır[1451].

Sonuç olarak, mevzuatımızda tedaviyi ret hakkı hasta tarafından şüpheye yer vermeyecek biçimde, açık ve özgür bir şekilde kullanılmışsa tıbbi müdahale hangi aşamada olursa olsun hangi sonuca yol açacak olursa olsun engelleyen bir hüküm yoktur.

e. Açlık Grevlerinde Yapılan Zorunlu Müdahaleler

Rıza dışı hallere ilişkin son hususu *açlık grevlerinde yapılan zorunlu müdahaleler* oluşturmaktadır. Açlık[1452] grevi, günümüz demokrasilerinde kişi hak ve özgürlüklerini korumak için başvurulan yollardan biridir. Hal böyle olsa da açlık grevi, insani, dini, ahlaki, idari, hukuki boyutu olan bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır[1453].

Açlık grevi[1454], "*belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntemdir"* [1455]. Açlık grevleri yemek yememek ve/veya sıvı almamak şeklinde gerçekleşir. Belli bir amaç için yapılır[1456]. Amaç, talep edilen konuda karar verme yetkisine sahip olan kişileri baskı altında tutmak, kamuoyunun nezdinde bu kişileri açlık grevcilerini ölümünden sorumlu tutma riskiyle karşı karşıya

---

1451 Metin Feyzioğlu, "Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Tedavi Edilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 148; Metin Feyzioğlu, "Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 315.

1452 Açlık, günlük faaliyetler, büyüme ve yara iyileşmesi için yeterli olmayan kalori, protein ve vitamin alımıdır (V. Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, Ankara 2007, s. 105).

1453 Doğan Soyaslan, "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Y. Temmuz 1990, Cilt: 16, Sayı: 3, s. 269.

1454 Açlık grevinden daha çok işkence edici ve şiddetli etki yapan susuzluk grevinin de bazı hükümlüler tarafından yapıldığı görülmektedir (Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, Ankara 2008, s. 184); Hakeri, Tıp 2, s. 181.

1455 Metin Feyzioğlu, "Açlık Grevi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1993, Cilt: 43, Sayı: 1, Ankara 1993, s. 157; Bedia Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", **Ankara Barosu Dergisi**, Yaz 2007, Yıl: 65, Sayı: 3, s. 96; Özbek, İnfaz, s. 106.

1456 Özbek, İnfaz, s. 106; Çakmut, s. 183.

bırakmaktır[1457]. Açlık grevlerinde amaç ölüm değildir. Ancak uzun süren süresiz açlık grevlerinde ölüm tehlikesi vardır[1458]. İnsan bedenin açlığa dayanma süresi 70 gün olarak belirlenmiştir[1459].

Ülkemizde de özellikle tutuklu ve hükümlüler ile bunların yakınları, tutukevleri ve cezaevlerindeki koşulların iyileştirilmesi, ziyaret imkânlarının arttırılması veya savundukları görüşleri topluma duyurarak taraftar toplayabilmek amacıyla zaman zaman açlık grevine başvurmaktadırlar [1460] . Açlık grevleri, grevcilerin belirli aralıklarla beslenmesi veya başkalarıyla yer değiştirmesi suretiyle olabildiği gibi (dönüşümlü), istekleri yerine getirilmediği sürece grevin de aynı kişilerce devam ettirilmesi şeklinde de (süresiz veya ölüm orucu) olabilmektedir[1461].

Açlık grevinin anayasal temelini 1982 Anayasası'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü oluşturur. Anayasamız herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu belirttikten sonra kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını ve düşünce kanaatleri sebebiyle kınanıp suçlanamayacağını açıkça ifade etmiştir (AY. md. 25). Anayasa düşünceyi açıklama ve yaymak için kullanılacak yöntem ve amaçlara herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü ve bu özgürlüğün sınırlama şekilde düzenlemiştir:

> *Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*

Yine söz konusu sınırlama, temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı

1457 Demirbaş, İnfaz, s. 184.
1458 Çakmut, s. 183.
1459 Cemal Bali Akal, "İspanyada Açlık Grevinin Doğurduğu Sonuçlar", Argumentum, Şubat 1992, Yıl: 2, Sayı: 19, s. 291 vd.
1460 Feyzioğlu, Açlık, s. 161; Çakmut, s. 184.
1461 Feyzioğlu, Açlık, s. 161.

olamaz (AY md. 13). Tüm bu açıklamalardan sonra açlık grevi, kişilerin düşüncelerini açıklama yollarından birisi olarak kabul edilebilir.

Burada yanıtlanması gereken soru, kişinin açlık grevi nedeniyle ölüme gitmesinin izlenmesi o kişinin yaşam hakkından vazgeçmesinin kabul edilmesi ya da ölme hakkının kabul edildiği anlamına geldiği midir? Kişinin sağlığı için ciddi tehlikeler doğurabilecek veya yaşamını sona erdirebilecek nitelikte olan açlık grevinin anayasada düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir aracı olarak kabul edilmesinin anayasal güvence altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği çözülmesi gereken bir problemdir. Açlık grevinin meşru olup olmadığı veya kişinin ölme hakkının bulunup bulunmadığının dolayısıyla böyle bir eylemin hukuka aykırı olup olmadığının tespiti için öncelikle Anayasaya bakmak gerekir. Anayasanın 12/1. maddesi *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"* şeklinde düzenlenmiştir. Öyleyse kişiliğe bağlı olan bu hakların devredilmesine veya onlardan vazgeçilmesine yönelik her türlü eylem ve işlem hukuken, gayrı meşrudur. Özellikle uzun süresiz ve ölüm orucu niteliğindeki açlık grevleri ölümle sonuçlanabildiğinden bu durum yaşam hakkından vazgeçmek anlamına gelecektir. Bu nedenle mevzuatımızda açlık grevi suç olarak düzenlenmese de böyle bir eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır[1462]. Yine Anayasanın 17/1. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin açlık grevi yaparak vücut bütünlüğüne kalıcı zararlar vererek maddî yarlığını zedelemesi, onu tehlikeye atması, Anayasaya aykırı olacaktır. Özellikle az önce değindiğimiz gibi açlık grevinin ölümle sonuçlanmadan önce kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa, açlık grevi bu andan itibaren meşruiyetini kaybedecektir. Bilindiği gibi, yaşam hakkı devredilemez, vazgeçilemez temel haklardandır. Yine kişinin vücudunda kalıcı zararların ortaya çıkmasına neden olan eylemler, kişinin maddi manevi varlığını geliştirme hakkının (AY md. 17/2) ihlali anlamına geleceğinden grevcilere[1463] müdahalede bulunmak hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Bu durum özgürlüğü kısıtlı olan veya olmayan kişiler açısından

---

1462 Feyzioğlu, Açlık, s. 163; Çakmut, s. 186.

1463 Açlık grevcisi, 1991 Malta Bildirgesi'nde "*zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesiyle karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir*." şeklinde tanımlanmıştır.

bir farklılık oluşturmaz. Yine Anayasa 17/3. maddesi kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulamayacağını belirtilmektedir. Kişinin kendi kendisine eziyet ve işkence yapması da bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Açlık grevi kişinin kendi kendisine işkence ve eziyet yapması olarak nitelendirilebilir ve bu düzenleme karşısında onay görmeyecek bir davranıştır. Çünkü kişinin vücut bütünlüğü üzerinde sübjektif bir hakkı yoktur[1464]. Görüldüğü gibi, Anayasamız açlık grevine siyasi bir davranış türü olarak cevaz verirken sağlığa ciddi zararlar vermesi anında cevaz vermemektedir.

Ceza hukuku da açlık grevi yapmak suretiyle kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne zarar vermesini onaylamamaktır. Ceza hukuku yapmış olduğu düzenlemelerle hem vücut bütünlüğü hakkını (adam yaralama) hem de yaşam hakkını (adam öldürme) korumaktadır. Ceza hukuku açısından kişinin vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkı ancak sağlığı korumak, iyileştirmek ve güzelleştirmek için kabul edilmektedir. Bu nedenle kişinin vücut tamlığını bozacak eylemler açlık grevi gibi) ceza hukuku açısından kabul görmeyecektir. Açlık grevi yapan kişinin yaşamı tehdit eder aşamaya geldiği zaman bu duruma müdahale eden hekimin hareketi ceza hukuku bakımından hukuka uygun olacaktır[1465].

Açlık grevinin söz konusu olmadığı durumlarda bir kişiyi beslemek ve ona tıbbi müdahalede bulunmak ancak kişinin rızasıyla olur. İşte Anayasanın ve ceza kanunun ilgili maddeleri kişilerin yaşamlarına son verme vücut bütünlüklerine zarar vermesini yasakladığı için onlara vücut bütünlükleri tehlikeye girdikten sonra, rızası olsun olmasın dışarıdan besleme ve tedavi uygulanmasına onay vermektedir. Kişi açlık grevi nedeniyle bilincini yitirip komaya girerse 1219 sayılı kanunun 70. maddesi gereği hekim böyle bir kişiye rızası olmadan müdahalede bulunabilecektir. Bazen kişinin bilinci kapanmadan açlık ve susuzluk nedeniyle yaşamı ve vücut bütünlüğü tehlikeye girebilir. Bu sınıra dayanan kişiler geriye dönüşsüz olarak sağlıklarını yitirebilirler. Böyle kişilerin rızası vücut bütünlükleri bu kanun hükmü gereği tehlike sınırına gelinceye kadar geçerli olup bu sınırdan sonra geçersiz kabul edilir[1466].

1464 Soyaslan, Açlık Grevi, s. 273.

1465 Soyaslan, Açlık Grevi, ss. 278-279; Çakmut, s. 187.

1466 Feyzioğlu, Açlık, s. 166; Çakmut, s. 188; Öğretide **Ünver,** zorla beslemede yaşamsal tehlikenin önemli olmadığını, açlık grevcisinin artık irade beyan edemeyecek bir aşamaya gelmesinin yani

Açlık grevine müdahale, grevcinin dışarıdan zorla beslenmesini ve açlığın neden olduğu zararların tedavi edilmesini içerir. Beslenme ve tıbbi müdahale hekim tarafından yapılmalı hekime ulaşılamayacak kadar acil bir durumla karşılaşıldığında hekim dışında diğer kişilerde bilgi ve becerileri oranında müdahalede bulunabilmelidir[1467].

Hukuki açıdan açlık greviyle bağlantılı en hassas konu, açlık grevi yapan kişilere zorunlu tıbbi müdahalede ve bu arada zorla beslemede bulunulup bulunulamayacağıdır. Açlık grevlerinde grevcilere yapılacak zorunlu tıbbi müdahalenin grevcilerin kendi geleceğini belirleme hakkını ne ölçüde kısıtlayabileceği tıp ve hukuk çevrelerince tartışılmaktadır. Bir görüş, açlık grevcilerine müdahale etmenin hukuka uygun olacağını savunurken diğer görüş müdahalede bulunmanın hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. İlk görüşü savunanlar açlık grevi yapanların ölümü bir baskı unsuru olarak kullandıklarını böylelikle ulaşılmasına izin verilmeyen bir hakkı elde etmeye çalıştıkları gerekçesiyle grevcinin eylemi tehdit niteliğinde olduğundan devletin zorunlu tıbbi müdahalede bulunabileceğini belirtmişlerdir[1468]. Anayasada bahsedilen geleceğini belirleme hakkının kişinin maddi ve manevi değerlerini yok etmek amacıyla koruyup geliştirmesi için tanınmıştır. Yine protesto amaçlı, belli bir süreyle veya davranışla sınırlı olan ve sağlığı yönelik ciddi bir tehlike doğurmayan açlık grevleri düşünceyi açıklama hakkı kapsamında değerlendirilmekte olup sağlığa zarar verdiği andan itibaren bu eylem daha üstün bir yararı koruyan yasa hükümlerine dayanılarak müdahalede bulunulabilecektir. Bu görüşü savunanlar açlık grevini kişinin kendi öz varlığını yok etmeyi amaçlan bir eylem olması nedeniyle açlık grevini intihar koşulları içinde değerlendirmektedir. Ancak burada intihar niteliğinde bulunan açlık grevine müdahalede bulunulmasının nedeni, tutuklu ya da hükümlünün kamusal bir koruma altında bulunması ve bu nedenle kendi geleceğini belirleme hakkının intiharı önlemeye yönelik kamusal hakka göre geri planda kalmasıdır. Diğer bir deyişle böyle kişilerin (cezaevinde ve dışarıda açlık grevi yapan kişiler) yaşamının kendisine ait olmayıp topluma ait olması nedeniyle böyle bir kişiye müdahalede bulunmak

bilincini yitirip yitirmediğinin ve isteğinin önemli olduğunu savunmaktadır (Ünver, Rıza, s. 283).

1467 Çakmut, s. 188; Feyzioğlu, Açlık, s. 164.

1468 Nuhoğlu, s. 61; Erman, s. 189.

zorda kalım ve üçüncü kişi lehine haklı savunma olarak kabul edilip hukuka uygun olacaktır[1469]. Yaşamı tehdit altına alan açlık grevleri aynı zamanda infazın amacını zedelemekte ve devletin bu duruma müdahalede bulunmasını haklı kılmaktadır.

İkinci görüşü savunanlar açlık grevine yapılacak müdahalenin yapılış amacını ön plana çıkarmıştır. Söz konusu müdahalenin acılı ve kaba olacağını ve bu durumun da kişilik haklarını ihlal edici nitelikte olduğundan hukuka uygun olmayacağını savunmaktadırlar[1470]. Yine bu görüşü savunanlar, kişinin geleceğini belirleme hakkının olduğunu buna saygı gösterilmesi gerektiğini, kişileri bu şekilde davranmaktan men eden herhangi bir hukuk kuralı bulunmadığı ve bu eylemlerin sivil itaatsizlik teşkil ettiğini savunmaktadır[1471]. İspanya'daki GRAPO eylemcilerinin açlık grevine ilişkin verilen mahkeme kararında, devletin grevcilerin kişiliğini ve onurunu koruma yükümlülüğünün öncelikli olduğu belirtilmiştir[1472].

Türk öğretisinde genel görüş, açlık grevinin az önce bahsedilen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün bir parçası olduğu, ancak kişilerin varlıklarına zarar verme hakkı bulunmadığı için yapılan grevin kişilerin vücuduna zarar vermeye başladığında hukuka aykırı kabul edilip hekimlerin bu kişilere müdahale edip zorla tedavi yapması halinde hukuka aykırı olmayacağı yönündedir.

Türk mevzuatına bakıldığında konuyla ilgili olarak iki ayrı kanunda benzer içerikli düzenlemeler yapıldığı görülmüştür. Açlık grevlerine müdahale, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 82. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin birinci fıkrası şu şekildedir:

> *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.*

1469 Erman, ss. 189-191.

1470 Nuhoğlu, ss. 61-62; Erman, s. 191.

1471 Murat Önok, "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2005, Cilt: 4, Sayı: 1-4, s. 179.

1472 Akal, s. 293.

Bu madde uyarınca açlık grevinde bulunan kişiler yiyecek ve içecekleri ret ederlerse önce grevden vazgeçmeleri için gerekli psikolojik destek sağlanır ve grevin kurum hekimince sağlık üzerindeki olumsuz etkileri hakkında bilgilendirilir. Sonuç alınamaması halinde hekim tarafından belirlenen rejime göre beslenmelerine başlanacaktır. Hükümlünün bilincinin kapanması halinde kapanırsa 5275 sayılı kanunun 82/2. fıkrası uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

> *Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.*

Açlık grevi yapan tutuklu ve hükümlülerle uygulanan tıbbi müdahaleler, 1721 Sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un[1473] 4. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

> *Hükümlü ve tutuklular, 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 veya tutukevi tabibince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum tabibince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.*
> *Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlü ve tutuklulardan, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu tabipçe belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.*
> *Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumu ve tutukevinde bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.*
> *Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum tabibinin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak kurum tabibinin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü ve tutuklu için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.*

[1473] RG. 26.06.1930, No: 1530.

Açlık grevi sırasında hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır (CİK md. 82/5). Zorunlu tedavi genel olarak onaylanmaktadır. Çünkü devlet hükümlü veya tutukluyu almakla onun fiziksel ve ruhsal ihtiyaçlarını temin etmek görevini de üzerine almıştır[1474].

Hekimin açlık grevinde grevcileri zorla beslemesi ve onlara tıbbi müdahalede bulunması, uluslararası bir belge niteliğinde olan Dünya Tabipler Birliği 1991 Malta Bildirgesinde tartışılmıştır [1475] . Açlık grevcisiyle karşı karşıya olan hekimler birbiriyle çelişen değerlerle karşı karşıya kalırlar. Bu çelişkiler ve çözüm yolları Malta Bildirgesinde şu şekilde belirtilmiştir

> *Yaşamın kutsallığına saygı gösterilmesi her insan için etik bir zorunluluktur. Hekimlik mesleğinde ise bu konu daha da önemlidir, hekim hastanın yaşamını sürdürmek ve onun yararı için sanatının bütün gereğini yerine getirmek durumundadır. Hastanın kendi aldığı karara saygı göstermek hekimin görevidir. Hekim, müdahale etmeden önce hastayı durumdan bilgilendirerek iznini alır, ancak acil durum ortaya çıktığında, hekim hasta için en iyi olanı yapmak zorundadır. Bu çelişki özellikle müdahaleyi reddettiği konusunda açık bir beyana sahip olan açlık grevcisi komaya girdiğinde ve ölmek üzereyken ortaya çıkar. Ahlaki yükümlülükleri açısından hekim hastanın iradesine aykırı da olsa hastayı yasama döndürmek zorundadır; mesleki sorumluluğu açısından ise sonuçta hastanın kendi iradesine saygı göstermek durumundadır. Müdahale etmek hastanın kendi iradesine aykırı bir durumu ortaya çıkarabilir. Müdahale etmeme durumunda ise hekim önlenebilir trajik bir ölümle karşılaşabilir. Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekim herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide olduğu gibi, uygulamasını öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir. Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durumda hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar, karşılıklı güven ve gizlilik de dâhil olmak üzere geçerlidir. Müdahale etmek ya da etmemek 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.*

1474 Soyaslan, Açlık Grevi, s. 279; Feyzioğlu, Açlık, s. 166; AİHM'in 21 07 2005 tarihli Rohde-Danimarka kararında açlık grevlerinde grevcilere saygı gösterilmesi gereken durumda bile devletin bu kişilere gerekli ve uygun sağlık hizmeti sunma yükümlülüğünün devam edeceğini bildirmiştir (Demirbaş, İnfaz, s. 185).

1475 Açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyon, Kasım 1991'de Malta'da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edildi, Eylül 1992'de ise İspanya'nın Marbella kentinde toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde düzeltildi.

Açlık grevcisi bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da komaya girdiğinde, hekim hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastasının tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbesttir. Eğer hastanın bilinci bulanır ya da komaya girip kendi basına karar alamayacak durumda olursa, hekim açlık grevi sırasında aldığı kararı her durumda dikkate alarak hastanın iyiliği için tedaviye devam edip etmeme kararı konusunda özgürdür.

Açlık grevlerinde hekimin müdahalesine ilişkin diğer uluslararası belge 29'uncu Dünya Hekimler Birliği Genel Kurulu'nda tartışılmış ve *Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları İçin Kılavuz (Ekim 1975, Tokyo-Japonya)* adı altında Tokyo Bildirgesi olarak benimsenmiştir. Söz konusu bildirgenin 5. maddesinde hekimin açlık grevcisinin beslenmeyi reddettiğinde izleyeceği prensipler şu şekilde belirtilmiştir:

Bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyecektir. Hükümlünün böyle bir yargıya varma yeteneği ile ilgili karar, en azından bir başka bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hekim tarafından hükümlüye anlatılması gerekir.

AİHM, açlık grevlerinde kişilerin zorla beslenmesine ilişkin önüne gelen davaları değerlendirirken, sözleşmede bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının varlığının doğrudan yer almaması nedeniyle, başvuruları sözleşmenin 3. maddesinde yer alan insanlık dışı ve küçültücü davranış yasağına dayandırmaktadır. AİHM, zorla beslemenin AİHS 3. maddesine aykırı olduğu iddialarına dayalı başvuruları kabul edilemez bulmuştur (24 09 1992 tarihli Herczagfalvy-Avusturya Davası) [1476]. Mahkemenin karşısına zorunlu tıbbi müdahalelere ilişkin olarak doğrudan bir şikâyet gelmemiştir. *R.S.A. and C.v. Portugal* davasında tıbbi gözetim ve yardımı reddeden açlık grevcilerin sağlıklarının bozulmasından kendilerini sorumlu tutmuş ve hükümet görevlilerinin gecikmesine ilişkin tazminat iddialarını temelsiz bulup kabul edilemezlik kararı verilmiştir[1477].

[1476] Demirbaş, İnfaz, s. 185; Boran, Açlık Grevi, s. 103.
[1477] Erman, s. 194.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya ilişkin kararında açlık grevi yapan bir hükümlünün sağlık durumunun zorla beslemeyi kaçınılmaz hale getirdiğinin doktor raporlarıyla açık bir şekilde ortaya konulması şartıyla zorla beslemenin bir yöntem olarak uygulanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, zorla besleme yönteminin adli makamların denetimine tabi tutulması gerektiğini (uygulamanın nasıl gerçekleştiğinin ve kullanılan yöntemlerin incelenmesi bakımından) ve zorla beslemenin onur ve sağlığına zarar vermemesi gerektiğini karar bağlamıştır[1478]. AİHM, açlık grevi yapan kişilere zorunlu müdahalede bulunabileceğini belirtirken bunun sınırlarının çok iyi çizilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre zorla besleme yapılabilme kriterleri şöyle sıralanabilir:

> a. *Tıbbi bir zaruret olmalı ve bu durum ikna edici ve kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde tıbbi raporlar ile açıkça ortaya konulmalıdır.*
> b. *Zorla besleme kararı yasal makamların denetimine tabi tutulmalıdır.*
> c. *Kararın alınması sırasında usulü garantilere (itiraz ve sair) uygun davranılmalıdır.*
> d. *Zorla besleme kararının uygulanma şekli (gerek kullanılan araçlar gerekse de uygulanma yöntemi) insan onuruna, vakarına aykırı olmamalıdır*[1479].

1478 Serkan Cengiz, "Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. Mayıs Haziran 2010, S. 88, ss. 426-427; Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Bakımından Ötenazi", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Y.2, Cilt: III, ss. 296-297.

1479 Cengiz, s. 426-428; Söz konusu mahkeme kararının ilgili metni şu şekildedir: *"Mahkeme tıbbın köklü prensiplerine göre terapötik (tedavi edici) bir zaruretten kaynaklı bir tedbirin prensip olarak insanlık dışı veya alçaltıcı olarak telakki edilemeyeceğini yinelemektedir. Aynı şey gıda almayı bilinçli olarak reddeden belirli bir mahpusun yaşamını korumayı amaçlayan zorla besleme içinde söylenebilir. Hal böyle olmakla birlikte Sözleşme organları tıbbı zaruretin ikna edici bir şekilde mevcut olduğu hususunda tatmin olmak zorundadır (bkz. Herczagfalvy/ Avusturya, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Series A no. 244, sayfa. 26, paragraf. 83). Ayrıca Mahkeme zorla beslemeye ilişkin alınan bir kararda usulü garantilere uyulduğunu araştırmak zorundadır. Dahası bir açlık grevi sırasında başvurucunun zorla beslemeye tabi tutulma biçimi Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesi altında belirlediği asgari şiddet barajını da aşmamalıdır. Mahkeme bu unsurları sırasıyla inceleyecektir. Mahkeme, yerel makamlarca başvurucunun zorla beslenmesine dair tespit edilmiş bir tıbbi zorunluluğun varlığının Hükümetçe ortaya konulamadığı sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme bu nedenle zorla beslemenin keyfi olduğu zannındadır. Başvurucunun bilinçli olarak gıda almayı reddetmesine rağmen, onun iradesine aykırı olarak zorunlu bir tedaviye tutulması sırasında usulü garantilere uygun davranılmamıştır. Dolayısıyla, yerel makamların başvurucunun zorla beslemeye tabi tutulması sırasında onun menfaatlerine en uygun şekilde hareket ettiği söylenemez. Başvurucunun beslenme biçimi açısından, Mahkeme tarafların sunumları ışığında, resmi makamların kararname ile emredilen zorla besleme biçimine uygun davrandıkları kanaatindedir (bakınız paragraf. 62). Hal böyle olmakla birlikte kullanımına başvurulan kelepçe, ağız açıcı, yemek borusuna sokulan özel kauçuk borunun karşı koyma durumunda ve zora başvurulması ile birlikte, şayet tıbbi bir gereklilik yok ise Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence anlamına gelebilir (yukarıda paragraf 63 - Avrupa Cezaevi Kurallarına uygun olarak kullanılan araçlar)."* (Cengiz, ss. 426-427).

Açlık grevlerinde hekimin grevcilere müdahale etmesi ya da etmemesinden doğan cezai sorumluluğu ceza hukuku açısından da değerlendirilmelidir. Hekimin açlık grevi yapan kişilere hangi aşamada tıbbi müdahalede bulunacağı yukarıda bahsedilmişti. Hekimin grevcinin rızası dışında ona tıbbi müdahalede bulunması öğretide tartışılmış ve hekimin sorumluluğuna ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bazı yazarlar böyle bir durumda hekimin grevcilere yaptığı müdahalenin TCK 98. maddesi gereği olduğunu veya bir hukuka uygunluk sebebi olan üçüncü kişi lehine meşru müdafaadan (TCK md. 25/1) yararlanması gerektiğini belirtmişlerdir[1480]. Böyle bir durumda failin tehlikeye sebebiyet vermemiş üçüncü kişiye zarar vermemesi nedeniyle zorunluluk halinin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür[1481]. Vücut bütünlüğüne dolayısıyla kişinin yaşamına zarar veren açlık grevine müdahale etmesi için emir alan hekimin durumu yetkili merciin emri hukuka uygunluk sebebine girecektir. Anayasanın kişinin kendisine zarar verme hakkı tanımayan hükmü gereğince bu emri yerine getiren ve zorla besleme ve tedavi uygulayan hekim hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır (TCK md. 24/2). Emri yerine getirmeyen yani açlık grevcisini beslemeyen ve tıbbi müdahalede bulunmayan hekim, cezaevi veya hastanede memur olarak hizmet veriyorsa görevi ihmal suçu işlemiş olacaktır (TCK md. 257).

Hekimin açlık grevi yapan kişilere müdahale etmemesi durumunu çeşitli açılardan değerlendirmek gerekmektedir. Öncelikle yaşamı tehdit altında bulunan grevciye rızasının olmamasını gerekçe göstererek müdahale etmeyen hekimin cezai sorumluluğu doğacaktır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 18. maddesi[1482] acil yardım ve resmi görevin ifası durumunda hekimin müdahale yükümlülüğünü düzenlemiştir. İnfaz Kanunu 82. maddesi de hekime açlık grevinde hekime tıbbi müdahale etme görevini yüklediğinden hekime verilen görev hukuken bağlayıcıdır. Az önce

---

1480 Soyaslan, Açlık Grevi, s. 279; Feyzioğlu, Açlık, s. 166; Metin Feyzioğlu, Beslenme, s. 146; Boran, Açlık Grevi, s. 102; Öğretide TCK 98. maddenin uygulanamayacağını yönünde görüş bildiren **Önok,** böyle bir durumda İnfaz Kanunun 82. maddesinin özel bir yükümlülük öngördüğünü bu nedenle TCK 98. maddesinin uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir (Önok, s.173).

1481 Çakmut, s. 189; Öğretide **Erman**, açlık grevlerine yapılan müdahalenin zorunluluk hali veya meşru müdafaa ile açıklanamayacağını, tutuklu veya hükümlü ile devlet arasında özel bir bakım ilişkisinin bu sonucu doğurabileceği belirtilmiştir (Erman, s. 199).

1482 "*Tabip ve diş tabibi, acil yardım, resmî veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, meslekî veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*"

belirttiğimiz gibi, hekim cezaevi veya hastanede memur olarak hizmet veriyorsa görevi ihmal suçu işlemiş olacaktır (TCK md. 257). Bu düzenlemeler olmasa dahi hekimin icra ettiği iş gereği grevciye müdahalede bulunması insani bir görev olarak kabul edilir. Açlık grevi, tehlike sınırına gelmişse tıbbi müdahale hekimlik mesleği gereği bir zorunluluktur[1483]. Hekimin grevcilere tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınması TCK 98. maddesi[1484] açısından da değerlendirilmelidir. Söz konusu maddede yer alan suçun mağduru, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimsedir. Burada önemli olan yardım ihtiyacının ortaya çıkmış olmasıdır. İhtiyacın nasıl ortaya çıktığı ve mağdurun bu durumu kendi oluşturmasının bir önemi yoktur[1485]. Bu koşullar açlık grevcisi açısından gerçekleşmiştir. Bu suçun faili herkes olabilir. Ancak garantör konumunda bulunan kişiler (hekim, hemşire, vs.) açısından görevi ihmal suçu düşünülmelidir. Diğer bir deyişle, yardımda bulunmak veya haber vermek hususunda belli bir görevin yüklenmemiş olması gereklidir. Bu nedenle hekimin buradaki sorumluluğu 98. madde kapsamında değil özel bir düzenleme olan İnfaz Kanunu 82. madde içerisinde değerlendirmek gerekir. Suçun hareketi seçimlik hareketli bir suçtur. Her iki hareket ihmali niteliktedir. Suçun manevi unsurunu genel kast oluşturur. Suçun nitelikli hali maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Kanun koyucu ölüm neticesinin meydana gelmesini nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Burada failin bu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için en az taksir seviyesinde kusuru olması gerekir (TCK md. 23) ve aynı zamanda fail neticeyi öngörebilecek durumda olmalıdır. Burada açlık grevcisine müdahale etmekten kaçınan hekimin sorumluluğu, az önce bahsettiğimiz Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 18. maddesi gereği, TCK 98/2 kapsamının ötesinde düşünmek gerekir[1486]. Buna göre açlık grevi yapan tutuklu ya da hükümlünün sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda müdahaleden kaçınan hekimi ihmal suretiyle icrai hareketine bağlı neticeden sorumlu tutmak gerekir. Çünkü hekim burada açlık grevcisinin karşı karşıya kalacağı

1483 Çakmut, s. 191.

1484 TCK Md. 98: *"Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hâl ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhâl ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.*
Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

1485 Feyzioğlu, Açlık, s. 164.

1486 Hakeri, İhmal, s. 157-158; Önok, ss. 174-178.

yaşamsal tehlikeleri önlemekle ve yaşam ve sağlığını korumakla yükümlüdür. Hekim burada garantör (koruma garantörlüğü) konumundadır ve böyle durumda bulunan kişilere tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü yukarıda bahsettiğimiz hukuki düzenlemelerden doğmaktadır. Bu yükümlülüğü ihmal eden hekim, kusuruna göre hareketsiz kalmasından dolayı yaralama veya öldürme hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır[1487]. Ceza kanunumuzda ihmali bir davranışla ölüm neticesine yol açan failin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir (TCK md. 83). Açlık grevi yapan bir kişinin ölebileceğini öngörmesine rağmen iradi olarak böyle bir kişiye tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınan hekimi, ihmali davranışıyla kasten adam öldürme suçundan sorumlu[1488] tutmak gerekecektir. Grevci ölmemişse sağlığı bozulmuş ve hekim yine müdahale etmemişse kasten adam yaralamadan sorumlu tutulacak ancak TCK 88/1. maddesi gereğince verilecek cezadan indirime gitmek gerekecektir. Buna karşılık hekimin açlık grevcisinin ölebileceğini ya da sağlığının bozulabileceğinin öngörülebilir olmasına rağmen bunu öngörememesi dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunmayarak zararlı neticeye yol açması halinde, taksir söz konusu olduğunda hekimi kamu görevlisi olup olmamasına göre TCK md. 257/2 veya md. 98/1 den sorumlu tutmak gerekecektir[1489]. Çünkü ceza kanunumuz taksirli suçlarda ihmali hareketi cezalandıran bir hükmü genel hükümler arasında düzenlememesi nedeniyle ve kanunilik ilkesi gereğince hekimi taksirle öldürme veya yaralama suçundan

---

1487 Önok, s. 174-178; Hakeri, İhmal, ss. 157-158.

1488 TCK 83. maddesi ihmali bir davranışla bir kişinin ölümüne yol açmanın koşullarını şu şekilde belirlemiştir: "*Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.*
İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;
a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,
b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.
Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir."

1489 Bu suçlar bakımından ihmali hareketin kasıtlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Tıbbi müdahalede bulunulmayan açlık grevcisinin ölümü halinde, hekimin ya en azından olası kastı ya da taksiri vardır. Olayda en azından hekimin olası kastı vardır, sorumluluk öldürme hükümlerine göre belirlenir. Hekimin taksiri varsa ihmali taksir cezalandırılmadığı için TCK 257/2 veya 98/1 hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Bu durumda genel kastın varlığı aranacaktır. Hekim bilerek ve isteyerek müdahalede gecikmişse, ihmal etmişse veya somut olaya bağlı olarak koşulların elverdiği ölçüde yardım etmemiştir. Hekimin yardım ve müdahale etmemede taksiri varsa ancak disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır (Önok, s. 177).

cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda hekim, varsa suç tipine ait özel düzenlemelerden sorumlu tutulacak ya da düzenleme olmaması nedeniyle ihmali hareketle böyle bir suçun işlenemeyeceği kabul edilip sorumlu tutulamayacaktır.

Yukarıda çeşitli açılardan incelediğimiz açlık grevlerinde tutuklu veya hükümlülere tıbbi müdahalede bulunulması ile ilgili olarak şu çıkarımlarda bulunabiliriz:

a- Söz konusu kişilere uygulanacak tıbbi müdahaleler devletin denetimi ve sorumluluğu altında yapılmalı[1490], tutuklu ve hükümlü olmayanlar, sanık sıfatına sahip olanlar dâhil, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan koşullar gözetilerek müdahalede bulunulmalıdır (AİHM'in yaklaşımı).

b- Yukarıda belirttiğimiz gibi, kamu otoritesinin sağlanması ve infazın gerektiği gibi yürütülebilmesi için devlet zorunlu tıbbi müdahale de dâhil olmak üzere bir takım önlemler alabilir. Açlık grevi yapan tutuklu ve hükümlülere müdahale edilirken yürütülen amaç açısından elverişli ve orantılı olmasına özen gösterilmelidir (CİK 82/5.maddesi ve1721 Sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 4/5. maddesi[1491]).

c- İlgili uluslararası sözleşme ve bildirgeler dikkate alınarak hükümlü ve hekim arasında hasta ve hekim arasında olması gereken ilişkinin oluşturulabileceği uygun ortam sağlanmalıdır. Hekimlerin özgür ortamda mesleklerini icra etmelerine olanak verilmelidir. Yine hekimler tıpkı diğer hastaları tedavi ederken gösterdiği gerekli tıbbi özeni göstermelidir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşuları burada da geçerli olmakla birlikte hükümlünün bilincini yitirmesi, sağlığının bozulması, yaşamının tehlikeye girmesi ve acil durumlarda hekimin zorunlu müdahale yetkisinin bulunduğunu kabul edilmelidir (Malta ve Tokyo Bildirgeleri ile CİK 82/2. maddesi).

d- Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmesi, hekime verilen tıbbi müdahale yetkisi bakımından kötüye kullanmaya elverişlidir. Hekim etik nedenlerle tıbbi müdahalede bulunmak istemeyebilir Bu

---

[1490] Açlık grevine müdahalede özgürlüğü kısıtlanmış olanlarla olmayanlar arasında bir fark yoktur. Ancak özgürlüğü kısıtlanmış olanlar devletin sorumluluğunda olduğu için ayrıca önemlidir. Bu nedenle böyle bir grevciye müdahalede bulunulması zorunluluk olarak karşımıza çıkar (Çakmut, s. 191).

[1491] Kanunun 4/5. maddesi: "*Bu madde uyarınca hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.*"

nedenle bir tutuklu veya hükümlüye yapılacak tıbbi müdahaleler hakkında karar verme yetkisi acil durumlar dışında kurulması planlanan infaz hâkimliğine bırakılmalıdır. Böylece bu tür uygulamalarda belli bir standart yakalanmış olacağından keyfi uygulamalar son bulur[1492].

f. Rıza Dışı Tıbbi Müdahalede Bulunan Hekimin Sorumluluğu

Rızası olmaksızın gerçekleştirilen tıbbi müdahale, teşhis ve tedavi amacına yönelik olup olmadığına ve hastanın iyileşip iyileşmediğine bakılmaksızın hukuka aykırıdır. Diğer bir deyişle, rıza alınmadan yapılan her türlü tıbbi müdahale ceza hukukunda müdahalenin sonucuna göre kasten yaralama veya öldürme suçunu oluşturacağını kabul edilmektedir[1493]. Burada ceza hukuku bakımından hekimin sorumluluğunu kaldıran tek neden hukuka uygunluk sebebinin maddi unsurlarında kaçınılmaz bir yanılgı halinin bulunmasıdır (TCK md. 30/3). Hekim yapacak olduğu tıbbi müdahale için rızanın alınmasını gerekli olduğunu düşünmeyebilir. Böyle bir durumda hekimin kastı bulunmadığından ceza hukuku bakımından sorumluluğuna gidilmez.

Bu görüşün her somut olayda kabul edilip rızaya (aydınlatılmış onam) ilişkin hataların varlığında hekimi kasten adam öldürmeden yargılama, bizce ceza hukukunun oranlılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Somut olayda hekimin aydınlatma konusunda ağır bir ihmali varsa bu durum ağır tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilebilir. Örneğin, tıbbi müdahalenin bekâr bir hastanın kızlık zarını bozulmasına yol açabileceğini belirtmeyen hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahale hukuka aykırıdır ve kasten yaralama suçunu oluşturur. Ancak aydınlatma sırasında yapılacak ve ağır ihmal olarak değerlendirilemeyen küçük ve önemsiz onam hatalarında hekimi kasten adam öldürmeden ya da yaralamadan sorumlu tutmak adalet duygusuyla bağdaşmayacaktır.

Öğretide konuyla ilgili bizim de taraf olduğumuz diğer bir görüş, tanı ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak bulunulan tıbbi müdahale, sadece kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilmiş olduğu için kasten yaralama veya

---

1492 Önok, s. 197.
1493 Erman, s. 30; Hakeri, Tıp 2, s. 143.

öldürme suçunun oluşumuna sebebiyet vermeyeceği yönündedir. Bu durumun gerekçesi olarak 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde yapılan düzenleme öne sürülmektedir [1494] . Söz konusu suç, ilgili maddede müstakil bir yaptırıma bağlanmaktadır. Ancak yeni 4.11.2004 tarihli 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun[1495] ile 1219 Sayılı Kanun'un 70. maddesindeki yaptırımın niteliği değişmiştir. Buna göre, madde metninde geçen hafif para cezası, idari para cezasına dönüştürülmüş ve bu idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır (5252 s.k. md. 7). Bilindiği gibi, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra kabahatler suç olmaktan çıkarılarak, ayrı bir haksızlık türüne dönüştürülmüş ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu[1496] içerisinde düzenlenmiştir. (5326 s.k. md. 2). 1219 s. Kanunun 70. maddesinde düzenlenen tanı ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, kişiye rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulması, suç değil, kabahat oluşturmaktadır. Bu nedenle 1219 s. Kanunun 70. maddesinde köklü bir değişiklik yapılarak; tanı ve tedavi amacıyla ve tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olmakla birlikte, kişiye rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulması, ayrı bir suç olarak tanımlanmalıdır. Böyle bir düzenlemeye gidilmesi uygulamada gerek hekime uygulanacak yaptırım açısından gerekse kişinin geleceğini belirleme hakkının güvence altına alınması bakımından yerinde olacaktır. Uygulamada bazen iş yükünün fazlalılığı veya ekonomik kaygılarla aydınlatma yükümlülüğü, eksik ya da hatalı olarak yerine getirilebilmektedir. Böyle bir durum hasta açısından bir haksızlık veya bir zarar oluşturmasa da hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Ağır aydınlatma hatası bulunmadığı sürece hekimi kasten adam öldürmeden sorumlu tutmak adalet duygusuyla bağdaşmayacaktır. Hiçbir yaptırımda bulunmamak da hastanın en temel kişilik haklarından biri olan geleceğini belirleme hakkının korunmasını engelleyecektir.

1494 "*Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.). Hilafında hareket edenlerden alakadarın şikâyetine bağlı olmak şartıyla on liradan iki yüz liraya kadar hafif cezai nakdi alınır.*"

1495 RG. 13.11.2004, No. 25642.

1496 RG. 31.03.2005, No. 25772 (Mükerrer).

6. Hekimin Hastasını Aydınlatamadığı Durumlar

Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın aydınlatılmış onamının alınmasıdır. Bu hekim için yükümlülüktür. Bazen hekim bu durumu bilse de bilinçli ya da bilinçsiz olarak hastasını aydınlatmaz/aydınlatamaz. Bu durum, çok çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir[1497]. Örneğin, hekimin aydınlatma görüşmesi hasta üzerinde olumsuz etki edecekse hekim hastadan onam almak zorunda değildir. Bu durumun kabul edilebilmesi hekimin hasta ile tıbbi müdahale hakkında görüşmesinin hasta üzerinde gerçekten kötü bir etki bırakmasına bağlıdır. Böyle bir görüşmeden sonra hasta müdahaleden korkup çekinecekse, yersiz tepkileri ile müdahaleyi ret edebilecekse hekimin bu yükümlülüğüne bir sınırlama getirilebilir. Örneğin, hastanın tıbbi müdahale sonucu bir organını kaybedeceğinin söylenmesi gibi[1498].

Konu Hasta Hakları Yönetmeliği *"Bilgi Verilmesi Caiz Olmayan ve Tedbir Alınması Gereken Haller"* başlığı altında 19. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

> *Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.*

Hekim, hastanın yaşamını kurtarmak için aydınlatılmış onam alınmama koşullarının gerçekleşmesi halinde hastayı aydınlatmamasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumu ceza hukuku bakımından 3. kişi lehine zorunluluk hali olarak değerlendirilip hekim, ilgili hüküm gereğince cezalandırılmaz.

7. Görevlerin Çatışması

Görevlerin çatışması, aynı anda yerine getirilmesi gereken hukuki yükümlülüklerden birisinin ihmal edilip diğerinin yapılması halidir. Böyle bir

---

1497 Bkz. §4/III/H başlığı altındaki açıklamalara.
1498 Nuhoğlu, s. 56.

durumda yerine getirilmesi gerekli iki görev vardır ve kişi bunlardan birini diğerine tercih etmektedir. Örneğin, acil bir tıbbi müdahale için hastaneye giden bir hekimin yolda trafik kazasını görüp yaralılara yardım etmesi sonucunda tıbbi müdahalenin gecikmesi nedeniyle sorumluluğu yoktur. Görüldüğü gibi burada daha az önemli görev geri çekilmektedir[1499].

Görevlerin çatışması hali iki eşit değerin korunması sırasında ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda bunlardan birini tercih etmek zorunda kalan kişi, mazeret sebebinin varlığı nedeniyle mazur görülür. Zira kişiden bir görevin yerine getirilmesinden daha fazlası beklenemez. Bu duruma iki kişinin yaralandığı bir kazada hekimin yaralılardan sadece birini yardım ederken diğerine yardım edememesi örnek olarak verilebilir[1500].

Görevlerin çatışması hali[1501], hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilse de bazı durumlarda zorunluluk hali olarak karşımıza çıkar ve kusurluluğu etkileyen bir faktör haline gelir. Bu durum, özellikle insan yaşamına bağlı görevlerin yerine getirilmesi ile ilgilidir. Örneğin, trafik kazası sonucunda ağır yaralanan iki kişiden sadece bir kişi için solunum cihazının bulunması ve hastanın bu cihaza bağlanması halinde, hekim diğer hastanın bu nedenle ölmesinden sorumlu tutulamaz. Çaresizlik nedeniyle bilinçli olarak, yasağın ihlal edilmesinin mazur görülüp, sorumluluğa yol açmamasının nedeni fiilin haksızlığının ve kusurunun kapsamının esaslı olarak azalmasıdır. Hekimin annesinin ani rahatsızlığı nedeniyle çağrılan otopsiye gidememesi üzerine gelişen bir olayda Yargıtay, hekimin görevi ihmal kastının bulunmadığı sonucuna varmış ve durumu zorunluluk hali kapsamında değerlendirmiştir[1502].

1499 Demirbaş, s. 289.

1500 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 327-328.

1501 Görevlerin çatışması, bağımsız bir hukuka uygunluk ya da mazeret sebebi olarak incelenmelidir. Ancak görevlerin çatışması zorunluluk haline benzer. Görevlerin çatışması genelde ihmal suretiyle işlenen suçlarda göz önünde bulundurulur. (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 325-326). Görevlerin çatışması, Hegel'in zorunluluk durumu öğretisine dayanmakta olup özellikle yaşam hakkına ilişkin çatışmalarda zorunluluk hali kabul edilmektedir (Kangal, s. 220).

1502 Demirbaş, ss. 289-290.

8. Ekonomik Nedenler

Hekimin tedavi yükümlülüğünün sınırlarından bir diğerini, ekonomik nedenler oluşturmaktadır. Bu ekonomik problemler, bazen zorunluluk hali oluşturabilir. Örneğin, bir hastalığın tedavisi için daha az riskli bir ilaç varken daha riskli bir ilacın kullanılması hukuka aykırıdır. Ancak söz konusu daha az riskli bir ilacın ekonomik nedenlerle (örneğin, devletin söz konusu ilacı karşılamaması durumu) elde edilemeyip risk oranı yüksek ilacın hastaya uygulanması sonucunda meydana gelen olumsuz sonuçtan TCK 25/2. maddesi gereğince hekimi sorumlu tutmak doğru olmayacaktır[1503].

III. TAKSİRİ ORTADAN KALDIRAN veya AZALTAN HATA HALİ

Hata (yanılma, yanılgı), bilmemek veya yanlış tasavvur etmek, istemeyerek anlamlarına gelmektedir[1504]. Hata halinde failin iradesi ile gerçek arasında fark vardır. Hata, hukuki ve fiili olmak üzere iki çeşittir.

Hukuki hata, kanun hükmünün varlığında veya yorumlanmasında düşülen hatadır[1505]. Diğer bir deyişle, yapılan davranışın hukuk kurallarınca yasaklandığının, yani kanunun bilinmemesidir[1506]. Olumlu ve olumsuz olmak üzere iki çeşittir. Olumlu hukuki hata, kişinin kanunda suç sayılmayan bir fiili, suç sayıldığı düşüncesiyle işlemesidir[1507]. Öğretide sözde suç, hayali suç, mefruz suç varsayılan suç olarak da adlandırıldığı görülmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden dolayı kimse cezalandırılamayacağından olumlu hukuki hataya düşen kişinin sorumluluğuna gidilemez. Olumsuz hukuki hata, kanunda suç olarak düzenlenen bir fiilin suç olmadığı düşünülerek işlenmesi durumudur[1508]. Ceza kanununu bilmemek

---

1503 Konuyla ilgili olarak Danıştay'ın önemli bir kararı mevcuttur. Danıştay, Devletin tazminat sorumluluğu bakımından sadece ekonomik kaygılar nedeniyle yüksek riskli ilacın kullanılması duruma haklılık kazandırmayacağını belirtmiştir (D.10.D., E. 1996/7534, K. 1996/7086).

1504 Dönmezer, s. 228; Demirbaş, s. 381; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 676; Centel/Zafer/Çakmut, 421; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 402; Öztürk/Erdem, s. 262; İçel/Evik, s. 218; Koca/Üzülmez, s. 224.

1505 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 402; Hakeri, Ceza, s. 216; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 677; İçel/Evik, s. 218.

1506 Centel/Zafer/Çakmut, s. 422; Demirbaş, s. 382.

1507 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 677; Demirbaş, s. 382.

1508 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 677.

mazeret sayılmayacağından (TCK md. 4) bu çeşit hatanın ceza sorumluluğuna etkisi olmaz. Örneğin, ameliyat sırasında yeni bir bulguya rastlayan hekim ameliyatı genişletme hakkının bulunduğunu düşünüyorsa hukuki hataya düşmüştür ve kasten hareket ediyordur. Ancak hatanın kaçınılmaz olması halinde ceza almaz. Ceza kanunu dışında kalan diğer kanunlarda hataya düşülmesi halinde, yani suçun unsurlarına ilişkin ceza hükmü içermeyen kanunları bilmeme halinde hata fiili olacağından kişi bu hatasından yararlanır. Fiili hata, bir durum hakkında yanlış değerlendirmede bulunmadır. Ceza hukukunda esaslı fiili hatanın kusurluluğu etkisi varken geçici fiili hatanın böyle bir etkisi olmayıp ancak cezayı etkileyici bir etkisi vardır[1509]. Esaslı fiili hata, fail yanılmamış olsaydı, fiil suç oluşturmayacaktı denilen durumlarda söz konusudur. Esaslı olmayan fiili hata, failin gerçekleştirmek istediği suçun farklı bir şekilde ortaya çıkması halidir. İrade ile gerçek arasındaki uyuşmazlık irade lehine çözümlenir ve fail ortaya çıkan suçtan değil gerçekleştirmek istediği suçtan sorumlu olur[1510].

Ceza kanunu hatayı 30. maddesinde dört fıkra halinde incelemiştir. Bunlar sırasıyla suçun maddi unsurlarında hata (kastı kaldıran hata)(TCK md. 30/1), suçun nitelikli unsurlarında hata (TCK md. 30/2) ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata (TCK md. 30/3) ile haksızlık yanılgısı (işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hata[1511]) (TCK md. 30/4) dır.

A. Suçun Maddi Unsurlarında Hata (Kastı Kaldıran Hata)

Ceza kanunu 30/1. maddesinde suçun maddi unsurlarında hata, *"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır."* şeklinde düzenlenmiştir. Suçun maddi unsurlarında hata, suçun konusunda hata ile nedensellik bağına ilişkin hatayı içermektedir.

1509 Centel/Zafer/Çakmut, s. 429; Demirbaş, s. 385.
1510 Demirbaş, s. 400.
1511 Kaçınılmaz hata, yeterli özen gösterildiği halde kaçınılamamış olan hatadır (Centel/Zafer/Çakmut, s. 421).

Suçun maddi unsurlarında hatanın kusurluluğa etkisi, işlenen suçun taksirli ve kasıtlı olup olmadığına göre değişir. Kastın unsurlarına ilişkin bilgisizlik (yanlış bilgi), maddi unsurlara ilişkin bir hatadır ve kastı ortadan kaldırır[1512]. Kast haksızlığın temel bir işleniş şekli olduğu için işlenen fiil kural olarak, cezalandırılamaz hale gelir. Söz konusu fiil kanunda taksirle işlenebileceği düzenlenmişse fail cezalandırılacaktır. Daha açık bir anlatımla, taksirle işlenen fiiller bakımından, unsurlara ilişkin hata taksirliyse ve fiil de taksirle icra takdirde cezalandırabilen bir eylemse, failin bilmemesi veya yanılması her zaman ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü tedbirli ve dikkatli bir kişi hataya düşmemek konusunda gerekli önlemleri almakla yükümlüdür[1513]. Örneğin, bir hekimin yeterli dikkat ve özeni göstermeden yanlış tedavi uygulaması sonucu hastanın ölmesi halinde hekimin yanılgısı kusursuz olmadığından taksirle adam öldürmeden sorumlu olacaktır. Bu nedenle taksirle işlenebilen suçlarda failin yanılgıya düşmesinde taksiri olup olmadığı araştırılmalıdır. Hastaya yanlış ilaç verip ölümüne yol açan bir hekimin bu hatası, taksirini ortadan kaldırmaz. Ancak failin yanılgıya düşmede taksir derecesinde dahi bir kusuru yoksa sorumluluğu söz konusu olmaz. Örneğin, mezardan çıkartılan bir ceset üzerine otopsi yapılırken adamın ölmemiş olduğu anlaşılması durumunda hekimin bu otopsisi yapılan kişinin ölüp ölmediği kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Böyle bir kişin otopsi sırasında ölmesi halinde hekim taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulmayacaktır[1514]. Yine eczacının şişe içinde hazırladığı ilacın hekim tarafından hastaya uygulanması sonucu hastanın ölmesi olayında hekimi taksirle öldürmeden sorumlu tutmanın imkânı yoktur. Bu tür hatada fiil taksirle işlendiği halde cezalandırılabilen bir suç değilse, fail hiçbir şekilde ceza almaz. Örneğin, hekimin döllenmeyi önleyici ilacı kadının gebe olmadığını düşünerek vermesi sonucunda çocuğun düşmesi halinde unsur yanılgısı vardır. Hekimin kastı ortadan kalktığı için cezalandırılmaz[1515].

1512 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 406; Gökpınar, s. 208.

1513 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 683; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Demirbaş, s. 387; Özgenç, s. 406; Hakeri, 218; Öztürk/Erdem, s. 263; İçel/Evik, s. 219; Gökpınar, s. 208.

1514 Demirbaş, s. 390.

1515 Hakeri Hakan, "Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 921.

B. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata

Suçun nitelikli unsurlarında hata, ceza kanunu 30/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*

İşlenen suçta cezayı ağırlaştıran nitelikli unsur, fail tarafından bilinmiyorsa cezanın artırılması mümkün değildir[1516]. Ancak netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından TCK 23. madde göz önünde bulundurulmalıdır. Cezayı artıran nitelikli unsurun olayda bulunmaması ve bu durumun failce bilinmemesi halinde sorun irade lehine çözümlenecektir[1517].

Cezanın hafifletilmesini gerektiren nitelikli unsurun varlığında, daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurun bulunmasına karşılık, meydana gelen olayda bu unsurun bulunmaması yani irade ile gerçek arasında aykırılık oluşması durumunda aykırılık, irade lehine çözülmelidir. Failin iradesine uygun biçimde daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurdan yararlanır[1518]. Buna karşılık, failin işlemek istediği suçta bulunmamasına rağmen gerçekleşen suçta daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur olabilir. Burada failin iradesine bakılmayıp meydana gelen neticeye göre sorumluluğu tespit edilmelidir[1519]. Bu tür bir hata hekimlik uygulamalarında pek rastlanmaz.

C. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

Ceza kanunun 30/3. maddesi "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde geçen *"Ceza*

1516 Özgenç, s. 406; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 408; Demirbaş, s. 392; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 686; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; İçel/Evik, s. 219; Koca/Üzülmez, s. 230.

1517 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 408; Hakeri, Ceza, s. 221; Öztürk/Erdem, s. 267; Koca/Üzülmez, s. 230.

1518 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 686; Demirbaş, s. 392; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 408; Hakeri, Ceza, s. 220; İçel/Evik, s. 220; Koca/Üzülmez, s. 230; Gökpınar, s. 209.

1519 Hakeri, Ceza, s. 220; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 686; Demirbaş, s. 392; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 408; Öztürk/Erdem, s. 267; Koca/Üzülmez, s. 230.

sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" ifadesi hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmalıdır. Çünkü ceza kanunu hukuka uygunluk nedenleriyle kusurluluğu etkileyen nedenlerini aynı başlık altında düzenlemiştir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kastı ortadan kaldırır. Hukuka uygunluk sebeplerinde maddi hata, hukuka uygunluk sebebinin varlığında ve koşullarında hata olmak üzere iki ayrı şekilde incelenebilir. Ortaya çıkabilecek ilk hata türü failin olayda var olan hukuka aykırılık sebebini bilmemesi halidir. Bu durumda fail bu hatasından yaralanacaktır[1520]. Hastanın rızası ile ameliyat yapan hekim böyle bir hakkının olmadığını düşünüp cezalandırılacağını düşünse bile hukuka uygunluk sebebinden yararlanır[1521]. Somut olayda var olan hukuka uygunluk sebebi failce biliniyorsa fail, hukuka uygunluk sebebinden yararlanır[1522]. Buna karşılık, somut olayda hukuka uygunluk sebebi yoktur ve bunu var zanneden bir kişi, içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olması halinde bu hatasından yararlanır ve cezalandırılmaz[1523]. Örneğin, yukarıda bahsettiğimiz olayın tam tersi durumunda yani hekimin hastanın rızası olduğunu zannedip aslında olmaması halinde durum böyledir. Somut olayda hekim kaçınılmaz bir hataya düşmüşse kendisine ceza verilmeyecektir. Ancak hataya düşmesinde kusuru varsa ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır[1524]. Hatanın kaçınılmazlığının tespitinde somut olayın özellikleri, kişinin bilgi düzeyi ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünü ihlal etmemek için gerekli bilgi edinme konusunda her hangi bir çaba gösterip göstermediği dikkate alınır. Bu değerlendirmeler sonucunda hatanın kaçınılmaz olduğu anlaşılırsa kişi bu hatasından yararlanır ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanır. Hata kaçınılabilir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış nedeniyle kanunda suçun taksirli şekli düzenlenmişse taksirli suçtan sorumluluğu doğacaktır[1525]. Aktif ötenazinin hukuka uygunluk koşullarından biri olduğunu zanneden bir hekimin hastanın bağlı olduğu yaşam destek makinesinden ayırması bu duruma örnek oluşturur. Hekimin

---

1520 Hakeri, Ceza, s. 222; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 409.
1521 Hakeri, Yanılgı, s. 922.
1522 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 691.
1523 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 410; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 691; Hakeri, Ceza, s. 223; Koca/Üzülmez, s. 253; Gökpınar, s. 210.
1524 Hakeri, Yanılgı, s. 922.
1525 Hakeri, Ceza, s. 223; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 691; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 410.

böyle bir durumda ceza almaması için hatanın kaçınılmaz olması gereklidir. Hukuka uygunluk sebebin koşullarında hata halinde ise fail hukuk uygunluk sebebinin mevcut olayda oluştuğunu düşünmektedir. TCK 30/3. maddesinde kast ve taksirli suç ayrımı yapılmaksızın böyle bir durumda failin kaçınılmaz hatasından yaralanacağını ve kusurunun ortadan kalkacağını belirtmiştir[1526].

Hukuka uygunluk sebebinin koşullarında hataya düşülmesi halinde kişinin bu fiile ilişkin kastının olmadığı gereğince sorumluluğu doğmaz[1527]. Örneğin, hukuken geçerli bir rızanın arandığı durumlarda rıza beyanında bulunan kişinin algılama yeteneğinin varlığında hataya düşülmesi halinde suç açısından kastın varlığından bahsedilemez. Bazen somut olayda hukuka uygunluk sebebinin koşulları objektif olarak gerçekleşmiş olmasına rağmen, fail bunun farkında olmayabilir. Öğretide bu gibi durumlarda failin işlediği fiilin ilişkin olduğu suça teşebbüsten sorumlu tutmak gerektiği belirtilmiştir[1528]. Yine hekimin tıbbi müdahalede bulunmak için hasta rızasının gerekli olmadığını ve hastaya hakkın icrası kapsamında tıbben gerekli müdahaleyi yapması gerektiğini düşünerek hastaya müdahalede bulunması halinde hekim, hukuka uygunluk sebebinin sınırında yanılmış olur. Hekim burada hastanın geleceğini belirleme hakkını ihlal etmiş olacağından sorumluluğu ortadan kalkmaz. Hekimin aydınlatılmış onam sırasında yapmış olduğu hatalar da hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında yapılan bir hatadır. Örneğin hastayı eksik ya da yanlış aydınlatma gibi. Yine olayda varsayılan rıza koşulları olmadığı halde varsayılan rıza varmış gibi hareket eden bir hekim hukuka uygunluk koşullarında yanılmış olur[1529].

1526 Öğretide **Özbek,** Kaçınılabilir hatanın özen yükümlülüğünün ihlali olarak düşünüldüğünde taksirin varlığına işaret etmekte ve hatanın özensiz bir davranış sonucunda kaçınılamadığı hallerde failin meydana gelen neticeden taksiri nedeniyle sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 411). Burada TCK 30/3.maddesinin gerekçesinde de "*Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."* belirtildiği gibi cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır.

1527 Özgenç, s. 410.

1528 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 691; Özgenç, s. 412.

1529 Özellikle ameliyatın genişletilmesinde hekimin hatası taksire dayanıyorsa taksirle adam öldürme suçunu işlemiş olur (Hakeri, Yanılgı, s. 926).

D. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Hata

TCK 30/3. maddesinde düzenlenen hata çeşitlerinden biri de kişinin fiili işlerken kusurluluğu etkileyen nedenlerin (ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler) maddi şartlarında yanılgıya düşmesidir. Böyle bir yanılgıya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Örneğin, zorunluluk halinin koşullarında (olayda zorunluluk halinin koşulları olmadığı halde kişinin var sayması) hataya düşen kişinin hatasının kaçınılmaz olması halinde işlediği fiil açısından kusuru yoktur. Hata kaçınılabilir ise kusurluluğu vardır[1530]. Fail özenli davransaydı zorunluluk halinin koşullarının oluşmadığını bilebilecekti deniliyorsa artık hata kaçınılabilirdir. Fail böyle bir durumda zorunluluk haline ait hükümden yararlanamaz. Bu gibi durumlarda failin cezasında alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir[1531]. Örneğin, hekimin annenin yaşamının tehlikede olduğunu düşünerek cenini almışsa zorunluluk halinin maddi koşullarında hata vardır. Kusurluluğa etkisi olan bu hatanın varlığında CMK 223/3-d gereğince ceza verilmeyecektir[1532].

E. Haksızlık Bilinci (Yasaklılık Yanılması)

Kişi işlediği fiilin maddi hukuka aykırılık oluşturduğunu bilmiyor olabilir. Eş deyişle işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olduğunu bilmek gerekmez. Bu gibi durumlarda haksızlık yanılgısı mevcuttur[1533]. Haksızlık yanılgısı, ceza kanunumuzda *"İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."* Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, kişinin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu meşru olmadığı hususunda hataya düşmesi halinde haksızlık yanılgısı söz konusu olup kasta etkili değildir. Çünkü haksızlık yanılgısı kusurluluğun unsurlarından olan algılama yeteneği[1534] ile ilgilidir.

1530 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 692; Özgenç, s. 414; Hakeri, Ceza, s. 225; Öztürk/Erdem, s. 268; Koca/Üzülmez, s. 254.

1531 Öztürk/Erdem, s. 268; Özgenç, s. 414.

1532 Hakeri, Yanılgı, s. 929.

1533 Özgenç, s. 415.

1534 Haksızlık yanılgısının kanun metninde geçen bir sözcüğün yanlış görülmesi gibi algılama hatasından kaynaklanması da mümkündür (Devrim Güngör, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak- Şubat 2007, Y. 19, S. 63, s. 136).

Haksızlık yanılgısının bilme ile alakası yoktur[1535]. Kısaca, haksızlık yanılgısı, bir *değerlendirme yanılgısıdır* ve kasta etki etmez[1536]. Hareketinin toplum nazarında bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olan kişinin bunun herhangi bir kanun metninde cezalandırılabilir bir eylem olarak düzenlendiğini bilmesi gerekli değildir. Kişi burada gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenine ve davranış kurallarına uygun olduğunu tasavvur etmektedir. Somut olayda[1537] hatanın kaçınılabilir olmadığının tespitinde kişinin eğitim düzeyi, sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur[1538]. Kişinin cezalandırılabilmesi için işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu aktüel olarak bilmesi gerekmez. Ancak az önce bahsettiğimiz gibi kişinin şahsi özellikleri fiilin haksızlık oluşturduğunu kavrayabilecek düzeyde ve yetenekteyse o zaman haksızlık yanılgısından bahsedilemez[1539]. Bu bağlamda özellikle meslek evresi ve mesleki deneyimler göz önünde bulundurulmalıdır[1540]. Hatanın kaçınılabilir sayılması için, failin kendi davranışının haksızlık oluşturduğunu düşünmesini sağlayacak bir belirti ile karşılaşması halinde fiilin hukuka aykırı olup olmadığını düşünmeli, araştırmalı ve konu açıklığa ulaşmadan fiili işlememelidir. Yükümlülüğe uyarak yetkili merci ve uzmana başvuran ve aldığı hatalı yanıtlar karşısında fiilinin haksızlık oluşturmadığı kanısına varan kimsenin haksızlık bilincinin ortadan kalktığı, yani kaçınılmaz hataya düştüğü kabul edilir[1541]. Böyle durumlarda failin iradesine üstünlük tanınır. Gerçekleştirmek istediği suç gibi ceza alır[1542]. Ceza kanunumuz haksızlık yanılgısının kaçınılabilir olması halini düzenlemiş değildir. Öğretide **Öztürk/Erdem,** böyle bir durumda kanunda bir ceza indirim nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur. Yine böyle bir düzenlemenin olmadığından cezanın alt ve üst sınırları arasında belirlenmesinde göz önüne alınması gerektiği kanaatindedir[1543]. Örneğin, hastanın rızasının önemli olmadığını düşünen veya bulaşıcı hastalığı olan herkesi

---

1535 Demirbaş, s. 388; Artuk/Gökçen/Yenidünya, ss. 695-696; Öztürk/Erdem, s. 269.
1536 Özgenç, s. 409.
1537 Soyut olarak haksızlık yanılgısından söz edilemez. Ancak belli bir fiilin yani kişinin işlediği somut fiilin hukuka aykırı olduğunun bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmaması gereklidir (Özgenç, s. 415).
1538 Artuk/Gökçen/Yenidünya, ss. 695-696; Demirbaş, s. 388; Özgenç, s. 416. Öztürk/Erdem, s. 269, Güngör, s. 159.
1539 Özgenç, s. 417.
1540 Öztürk/Erdem, s. 270.
1541 Demirbaş, s. 389; Karşı görüş için bkz. Güngör, s. 158.
1542 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 416.
1543 Öztürk/Erdem, s. 270; Aynı yönde görüş için bkz. Güngör, s. 159.

zorla tedavi edebileceğini zanneden hekimin durumu böyledir[1544]. Öğretide TCK'nun bu maddesinin uygulamada ne gibi sonuçlar doğuracağını bilmenin mümkün olmaması nedeni ile ancak sınırlı şekilde uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir[1545].

[1544] Hakeri, Yanılgı, s. 921.
[1545] Gökpınar, s. 211.

ALTINCI BÖLÜM
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. TEŞEBBÜS

İcra hareketlerine başlanmakla birlikte failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanmayan suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denir[1546].

Bu suça teşebbüs mümkün değildir. Zira TCK md.35 teşebbüs bakımından "işlemeyi kastettiği" bir suçtan söz ettiğine göre *taksirle işlenen suçlara* teşebbüs mümkün değildir. Kaldı ki, taksirli suçlarda cezalandırılan meydana gelen netice olduğuna göre taksirli suçlar netice meydana gelmediği sürece cezalandırılamaz. Bu nedenle yalnızca kasıtlı suçlara teşebbüs olur. Taksirde sorumluluğu netice belirlediğinden teşebbüs kurumu taksirli suç ile bağdaşmaz. Bu nedenlerle taksirle öldürme suçuna teşebbüs olmaz[1547]. Yargıtay da aynı görüştedir[1548].

II. İŞTİRAK

Kanunen tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun birden fazla failin öncede işbirliği yapmaları sonucunda gerçekleştirilmesine iştirak denir[1549].

Taksirli suç netice ile belirlenir. İştirakin koşullarından birisi de iştirak iradesinin varlığıdır. Bu irade belli bir suçun işlenmesine yöneliktir. Taksirli suçlarda başlangıçta bir suç işlemek iradesi bulunmaz. Zira netice öngörülmüş değildir. Netice olmasaydı faili taksirden sorumlu tutmayacaktık. O halde taksirli suçlar iştirake elverişli olmadığından taksirle öldürme suçuna iştirak de mümkün değildir[1550].

1546 Apaydın, s. 97; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 435; Öztürk/Erdem, s. 279; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 720; İçel/Evik, s. 236; Hakeri, Ceza, s. 279; Demirbaş, s. 413; Centel/Zafer/Çakmut, s. 445.

1547 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 239; Artuç, s. 243; Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 107; Kaymaz/Gökcan, s. 159; Apaydın, s. 98.

1548 Y.CGK., E. 5-314, K. 1989/399 (Kaymaz/Gökcan, s. 159).

1549 Mahmutoğlu, Kusurluluk, s. 57; Centel/Zafer/Çakmut, ss. 496-497; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 481; Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 754; İçel/Evik, s. 263; Demirbaş, s. 448; Kaymaz/Gökcan, s. 161; Apaydın, s. 98; İlhan Üzülmez, "Dolaylı Faillik (TCK. M. 37/2)", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kayseri 2006, Cilt: I, Sayı: 2, s. 79.

1550 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 239; Yargıtay da bu görüştedir (Artuç, s. 243); Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 108; Kaymaz/Gökcan, s. 161; Apaydın, s. 98.

Taksirli öldürme birkaç kişinin hareketinin birleşmesi sonucu meydana gelebilir. Böyle durumda hâkim zararlı neticeye katkısı olan herkesi sorumlu tutar[1551]. Kusurlarına göre alt ve üst cezayı belirler. Kanunda belirtilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla zararlı neticeye en çok katkısı olana fazla, az olana az ceza verir[1552]. Nitekim TCK md.22/5 "*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir*" düzenlemesini getirmek suretiyle bu hususu vurgulamaktadır**.** Kanundaki bu düzenlemeye göre, taksirli suçu gerçekleştirenlerden her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır[1553]. Birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın hatalı yapılması sonucu ölümle son bulması halinde ameliyata katılan kişiler, taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Böyle durumda meydana gelen netice bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir**.**

III. İÇTİMA

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda "*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır"* kuralı geçerlidir. Bunun anlamı, suçların içtiması durumlarının dışında her bir suç ayrı ayrı cezalandırılacağıdır[1554]. Suçların içtimasında birden çok suç işlenmesine rağmen, çeşitli sebeplerle fail tek ceza ile cezalandırılmaktadır.

İşlenen suçta tek eylemle birden fazla hukuki yararın ya da farklı eylemlerle aynı hukuki yararın ihlal edilmiş olması suçlarda içtima olarak tanımlanır[1555]. Bununla birlikte, birden fazla eylemle birden fazla hukuki yararın ihlali durumunda ortada birden fazla suç bulunduğundan gerçek içtimadan (cezaların içtiması) söz edilir[1556].

Ceza kanunumuzda suçların içtiması için özel hükümler getirilmiştir. Bu hükümler aynı zamanda gerçek içtima kuralının istisnalarını oluşturmaktadır. Bunlar:

1551 Soyaslan, Ceza Özel, s. 148; Artuç, s. 243; Kaymaz/Gökcan, s. 161; Apaydın, s. 99.
1552 Soyaslan, Ceza Özel, s. 148.
1553 Apaydın, s. 99.
1554 Koca/Üzülmez, s. 399; Demirbaş, s. 484; Öztürk/Erdem, s. 304; Özgenç, s. 497; Toroslu, Genel, s. 310; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 791; Hakeri, Ceza, 343; Apaydın, s. 100.
1555 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 513.
1556 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 513.

bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimadır. Bileşik suç (mürekkep suç), bir suçun diğer bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebi olması durumudur[1557]. Bileşik suçta her bir bağımsız suçları oluşturan fiillerin unsur olarak bir araya getirilip yeni bir suç oluşturması durumu vardır. TCK 42. maddesinde "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz."*şeklinde tanımı yapılmıştır. Bu suça verilecek en güzel örnek yağma suçudur.

Zincirleme suç, bir suç işleme kararıyla değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden çok işlenmesidir[1558]. TCK 43. maddesinde "*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durum unda da, birinci fıkra hükmü uygulanır. Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, ... Ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz."* Şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere zincirleme suçun oluşabilmesi için aynı suçun değişik zamanlarda birden çok işlenmesi, yani birden fazla suçun bulunması, bir suç işleme kararının bulunması, bir kişiye karşı suçun işlenmesi gerekmektedir. Aynı suç işleme kararı arandığı için taksirli suçların zincirleme şeklinde işlenmesi mümkün değildir. Fikri içtima, TCK 44. maddesinde "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, fikri içtima, tek bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmesidir. Fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Fikri içtimada tek bir fiil vardır ve birden fazla suçun oluşması gerekir. Burada suçların farklı ya da aynı kanun içerisinde düzenlenmiş olmasının bir önemi yoktur[1559]. Buradaki suçların farklı olması halinde farklı neviden

---

1557 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 513; Centel/Zafer/Çakmut, s. 495; Öztürk/Erdem, s. 310; Özgenç, s. 502; Toroslu, s. 311; Hakeri, Ceza, s. 344.

1558 Koca/Üzülmez, s. 407; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 514; Centel/Zafer/Çakmut, s. 489; Özgenç, s. 505.

1559 Kanunda suç terimi kullanıldığından fiillerden birinin disiplin suçu oluşturması bu madde kapsamına girmez (Centel/Zafer/Çakmut, s. 482; İçel/Evik, s. 296).

fikri içtima TCK md. 44), aynı olması halinde aynı neviden fikri içtima (TCK md.43/2) vardır[1560]. Aynı neviden fikri içtimada bir fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmiş olur. Böyle bir durumda faile tek ceza verilir fakat bu ceza artırılır. Kanun koyucu cezada yapılacak artırım oranını esas alarak zincirleme suç hükmüne atıfta bulunmuştur. Farklı neviden fikri içtimada ise yine bir fiil vardır. Birden farklı suç işlenmektedir. Fail en ağır ceza öngören suçtan cezalandırılır[1561]. Ortada birden fazla suç bulunması halinde faile tek ceza verilmesinin nedeni, failin hukuk düzenine karşı gelmek, sosyal barışı bozmak konusundaki iradesinin tek olmasıdır[1562].

B. Hekimin Hatalı Müdahalesinden Doğan Adam Öldürme Suçunda İçtima

Kanunda taksirle ölüme sebebiyet verme açısından özel bir içtima hali düzenlenmiştir. TCK m.85/2 maddesi *"Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* şeklinde *düzenlenmiştir*. Fiilin kanun hükmünü birden fazla ihlal edebileceği gibi (birden fazla kişinin ölümü), kanunun değişik hükümlerini de ihlal edebilir (yaralama). Öte yandan ölüm yanında yaralama neticesinin de meydana gelmiş olması durumunda yaralamanın niteliği önemli değildir. Yaralamanın basit şekli ile nitelikli şekli arasında ceza miktarı bakımından bir fark oluşturulmamıştır[1563]. Ancak hâkim cezayı alt ve üst sınırlar arasında belirlerken TCK md.61'deki kriterleri[1564] esas alacağından kanımızca yaralamanın niteliği, ceza miktarının belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulacaktır[1565]. Kanun koyucu, olayda birden fazla kişinin ölmesi ve yaralanması halinde cezanın alt sınırını

1560 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, ss. 525, 528; Koca/Üzülmez, ss. 414, 420; Demirbaş, ss. 499-500; Farklı neviden fikri içtima durumlarında görünüşte içtima halleri ayrıca değerlendirilmelidir.

1561 Özgenç, ss. 522, 525; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 801; Hakeri, Ceza, s. 354.

1562 Toroslu, s. 319.

1563 Centel/Zafer/Çakmut, s. 107; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 239.

1564 TCK m.61/1 şu şekildedir: "*Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler".*

1565 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 240.

arttırmazken üst sınırını arttırmıştır. Böylelikle ceza erteleme kapsamına dâhil edilmiştir[1566].

Hekimin tıbbi müdahalesinden doğan taksirle öldürme suçunun hekim tarafından işlenebilecek diğer bazı suçlarla içtima ilişkisini incelemek gerekir. Tüm bu suçlar bakımından sadece fikri içtimaının mümkün olduğu söylenmelidir. Burada sorun oluşturabilecek mesele, taksirle işlenen bir suçun kasten işlenebilen bir suçla fikri içtima ilişkisi içinde bulunabilip bulunamayacağıdır. Fikri içtima kurumunu düzenleyen TCK md.44'ün gerekçesinde "*bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir*." dendiğine göre kasıtlı ve taksirli suçlar arasında fikri içtima mümkündür[1567]. Yargıtay, diplomasız hasta tedavi eden kişinin ölüme sebebiyet verdiği olayda ortada her biri bağımsız olan iki suç bulunduğunu (1219 s.k. 25. maddesi ve 765 s.k. 459. maddesi) bu nedenle cezaların içtimaı (gerçek içtima) kurallarının uygulanacağını belirtmiştir[1568]. Aynı olayda sahte diploma ile hekimlik yapan kişinin hatalı tedavi

---

1566 Üst sınırın 15 yıla kadar çıkabilmesi cezaların belirliliği (kanunilik) ilkesi ile çok uyumlu değildir (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 240).

1567 Yargıtay içtihatlarında da kabul edilmektedir (Keskin, s. 303).

1568 Y.CGK., E. 9-99, K. 1982/167. (Keskin, s. 308); Yargıtay, şu diğer iki kararında farklı yönde karar vermiş ve böyle durumlarda tek suçun oluştuğuna kanaat getirmiştir. "*…İncelenen dosyaya göre; Çözümlenecek sorun; diploması olmadığı halde mağdurun kırılan kolunu sarıp tedaviye girişen ancak yanlış tedavi sonucu kolun kangren olup kesilmesine sebebiyet veren sanığın eyleminin 1219 Sayılı Yasanın 25.maddesi delaletiyle TCK.nun 456/3 ve 459/2. maddelerini ihlal eder nitelikte iki ayrı suç mu yoksa 459/2.maddeye uyan tek suç mu oluşturacağının belirlenmesidir. 1219 Sayılı Yasanın 25.maddesinde diploması olmadığı halde menfaat için olmasa dahi herhangi suretle olursa olsun hasta tedavi etmek ve tabip ünvanını takınmak suç sayılmış ve bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile ait cezanın verileceği öngörülmüştür. Y. tedavi sırasında hasta ölmüş veya sağlık bakımından bir zarar görmüş ise sanığa 1219 Sayılı Yasa değil TCK.nun ilgili maddesi uygulanacaktır. Maddi olayda sanığın diploması olmadığı halde tedavi amacıyla mağdurun kırılan kolunu sardığı ancak yanlış tedavi sonucu kangren olan kolun kesilmesine sebebiyet verdiği saptandığına göre ağır olan bu eylemden sorumlu olacağı açıktır. İki ayrı suçtan sözedebilmek için ortada hukuki konuları ayrı iki eylem ve iki sonuç veya ihlal olması gerekir. İncelenen somut olayda sanığın eylemi ve sonuç tek olduğuna göre suçta tekdir öyle ise itiraz bu yönüyle yerindedir. Sanığın tek olan bu suçunun niteliğine ilişkin itiraz nedenlerine gelince, Sanığın mağdurun kırılan kolunun kangren olup kesileceğini bilerek ve isteyerek tedaviye giriştiğine dair dosyada hiç bir delil yoktur. Esasen tedavi kasti bir eylem de değildir. Öte yandan fenni ve bilimsel olmadığı halde sınıkçılık toplumumuzun benimseyip kabul ettiği bir kurumdur. Bu nedenle sanığın eylemi toplumun değer yargıları gözetilerek değerlendirilmelidir. Bir diğer hususta hiç bir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir. Bu itibarla sanığın kasıt unsurunu içermeyen mağduru tedaviye yönelik eyleminin 1219 Sayılı Yasanın 25.maddesi delaletiyle TCK.nun 459/2.maddesine uyan nitelikte "tek suç" oluşturacağının kabulü gerekir. O halde sanığın TCK.nun 459/2.maddesi yerine kasti suçtan TCK.nun 456/3.maddesiyle cezalandırılması yasaya aykırı olduğundan açıklanan bu nedenlerle Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan*

uygulamasından dolayı hastanın ölümüne yol açması durumunda, kişi hem resmi belgede sahtecilik (TCK md. 204, md. 208 ve md. 210) hem de taksirle adam öldürmeden ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Bir önceki olayda olduğu gibi burada da iki ayrı suç bulunduğundan gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Suçların çokluğu bakımından düşünülmesi gereken diğer bir durum, taksirli birden fazla ihmali ve icrai hareketlerin yan yana, eş zamanlı olarak bulunması ve bunların eşit değerde olması halidir. Burada da iki ya da daha fazla suç bir arada bulunabilir. Örneğin bir hekimin hastaları karıştırıp sağlıklı hastaya ilaç vermesi ya da tıbbi müdahalede bulunması halinde hasta olan kişiye karşı ihmal suretiyle etkili eylem, sağlam olan kişiye karşı da icra suretiyle etkili eylem suçu işlemiş olur. Aynı durum hastaya yanlış tedavi uygulanması sonucunda hastanın ölmesi sonucu için de geçerlidir. Burada tek bir fiil olup iki ayrı kişiye karşı işlemiş iki suç vardır. Farklı neviden fikri içtima olarak da adlandırılan böyle durumda TCK 43/2. maddesinin yollamasıyla TCK 43/1. maddesi uygulanacak olup verilecek dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Hekimin doğru ilacı vermemesi ayrı bir ihmali hareket olarak değerlendirilmez. Hekimin hasta olan organ yerine sağlam organı alması ya da ameliyat etmesi durumunda da yaptığımız hareketler geçerlidir[1569].

Bazen ihmali ve icrai hareketler eş zamanlı olmayıp birbirini takip edebilir. Örneğin failin bir tehlike kaynağı açması sonra da bu tehlikeyi giderici önlemler almaması onu yok etmemesi durumunda önceki icrai hareketi ihmali hareketin takip etmesi halinde suçlar içtima edilecek midir? Yoksa tek suç mu kabul edilecektir?

---

iki kurul üyesi Özel Daire kararının haklı nedenlere dayandığını iki üye ise eylemin TCK.nun 456/3 ve 458 maddelerinde öngörülen suçları oluşturduğunu belirterek itirazın reddi yönünde oy kullanmışlardır." (YCGK., 1994/7-370, K. 1995/12, kazancı.com, 12.07.2012); *"Sanık hakkında diplomasız olduğu halde iğne yaparak hasta tedavi etmekten dava açılmış ise de; 1219 sayılı yasanın 25.maddesinin son cümlesine göre ...Bu surette icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verileceği ve enjeksiyon yaparak tedavi etmeye çalıştığı şahsın ölümünden dolayı sanık bakımından ayrıca TCK.nun 455/1.maddesi uyarınca dava açıldığı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.2.1995 gün ve 7-370/12 sayılı kararında da açıklandığı üzere, sanığın öldürme kastı içermeyen öleni tedaviye yönelik eyleminin 1219 sayılı yasanın 25/son maddesi delaletiyle TCK.nun 455/1 maddesine uyan nitelikte tek suçu oluşturacağı gözetilerek, davaların birleştirilmesi ile delillerin birlikte değerlendirilip hasıl olacak sonuca nazaran sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve soruşturmayla yazılı şekilde hüküm tesisi,*" 8.Y.7CD., E. 2002/3679, K. 2002/3972, www.hukuktürk.com, erişim tarihi: 20.07.2012).

[1569] Hakeri, bu durumda icrai hareket karşısında ihmali hareket geriye çekilip ve cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Bunun nedeni olarak hareketin haksızlık değerinin icrai harekette ihmali harekete oranla yüksek olmasını gerekçe göstermiştir. Tüm bu durumlarda hareketler iki tane olsa da tek fiil olarak kabul edileceğinden suçların içtimaı uygulanmayacağını belirtmiştir (Hakeri, İhmal, 304).

Burada hem icrai hem ihmali iki hareket vardır. Eğer bu iki taksirli hareket tek başına suç niteliği taşıyorsa ve haksızlık ve kusur içerikleri birbiriyle uyumlu ise sadece taksirli icrai hareket göz önüne alınır. Sonraki ihmali hareket cezalandırılmayan sonraki fiil olarak kalır. Bunun nedeni, bir hukuki değer ihlalinin aynı faile ancak bir kez yüklenebilecek olmasıdır. Yani fail neticeyi önlemeye yönelik hareketleri yapmamasından dolayı cezalandırılmaz. Kaldı ki burada yapılan ihmali hareket herhangi bir hukuki değere zarar vermemektedir[1570]. Sonuç olarak, icrai hareketi takip eden ihmali hareketlerin meydana getirdiği suçlar içtima edemezler.

Taksirli ihmali bir hareketi taksirli icrai bir hareketin takip etmesi durumunda ise sadece taksirli sonraki taksirli icrai suçtan dolayı ceza verilir. Fail neticeye göre ya taksirle öldürmeden ya da taksirle yaralamadan cezalandırılır. Burada ihmali hareketin icrai harekette tükeneceği kabul edilir. Örneğin, ameliyat sırasında hijyen kurallarına yeterince uyulmaması sonucunda yara yeri enfeksiyonu olan hastaya gerekli ve yeterli antibiyotik tedavisi yerine yanlış tedavinin başlanması sonucunda sepsis nedeniyle hastanın ölmesi bu duruma örnek verilebilir. Burada aynı kişiye karşı tek bir hareketin varlığı kabul edildiğinden tek suç vardır. Dolayısıyla suçların içtimaı uygulanmaz.

Konuyla ilgili olarak son değineceğimiz husus TCK 175. maddesinin TCK 85. maddesiyle içtimaının olup olamayacağıdır. Ceza kanunun 175. maddesi "*Akıl Hastası Üzerindeki Bakım Ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlâli"* başlığı altında "*Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır."* Şeklindedir. Burada somut tehlike suçu söz konusudur. Maddedeki koşulların oluşmuş olması sonucunda tehlikenin ortaya çıkması, olayda kişi ya da kişilerin ölümüne yol açması halinde TCK 85. maddesi uygulanacaktır. Olayda hem maddede belirtilen tehlike hem de adam öldürme mevcuttur. Dolayısıyla tek bir hareket iki suç oluşmuştur (farklı neviden fikri içtima). Fikri içtimaı düzenleyen 44. madde uygulanır. Kişi sebebiyet verdiği suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza alır.

[1570] Hakeri, İhmal, 305-306.

YEDİNCİ BÖLÜM
YAPTIRIM VE MUHAKEME

I. YAPTIRIM

A. Genel Olarak Ceza Hukukunda Yer Alan Yaptırım Türleri

Yaptırım, hukuk düzenin hukuka aykırı fiillere karşı gösterdiği zorunlu bir tepki, bir karşılıktır[1571]. Ceza hukukumuz iki şeritli bir yaptırım sistemine[1572] sahiptir. Bunlar: *ceza* ve *güvenlik tedbirleri*dir. Bu yaptırımlar ceza kanunun üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde cezalara ikinci bölümünde ise güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Ceza kanunumuz cezaları "Cezalar" başlığı altında 45. maddesinde, hapis" ve "adlî para cezası" ismi ile düzenlemiştir. Öyleyse, ceza hukuku düzeninde, cezalar, hapis cezası ve adlî para cezasıdır. Hapis cezası, kişin özgürlüğünün kısıtlanması biçiminde yerine getirilen bir cezadır. Kural olarak, cezaevinde çektirilir. Ancak başka yerde çektirilmesi de olanaklıdır[1573]. Hapis cezaları, Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, Müebbet hapis cezası, Süreli hapis cezasıdır (TCK md. 46). Ceza kanunumuza göre ağırlatılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder. Süreli hapis cezası ise süreli ve kısa süreli hapis cezası olarak ikiye ayrılmaktadır (TCK md. 49). Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır. Kısa süreli hapis cezasının özelliği, kanunun 50. maddesinde öngörülen müeyyide tedbirlerine çevrilebilmesidir[1574]. Ceza kanunun öngördüğü hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenekli cezalar, adlî para cezası, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, bir eğitim kurumuna devam ettirilme, belirli yerlere gitmenin veya belirli etkinlikleri yapmanın yasaklanması, ehliyet veya ruhsatın geri

---

1571 Mahmut Koca, "Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 159.

1572 Bu sistem, ceza veya güvenlik tedbirlerinden birinin seçilmesine ya da her ikisinin birden uygulanmasına olanak tanıyan bir sistemdir. Genellikle önce ceza ve sonra güvenlik tedbiri infaz edilir (Centel/Zafer/Çakmut, s. 725).

1573 Ali Rıza Çınar, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, 34.

1574 Kısa süreli hapis cezasının başka yaptırıma çevrilmesi, kanunca öngörülen durumlarda kendiliğinden ya da hâkimin ölçümü ile çeşit değiştirmesidir (Çınar, s. 35).

alınması veya belli bir meslek ve sanatın yapılmasının yasaklanması, kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezalarıdır (TCK md. 50).

Ceza kanunda düzenlenen bir diğer yaptırım türü güvenlik tedbirleridir. Güvenlik tedbiri, fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi olan, failin eğitilmesi, tedavi edilmesi veya koruma altına alınması amacıyla yapılan müdahalelerdir[1575]. Güvenlik tedbirleri, kanunda öngörülen savunma araçlarıdır. Toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra fail hakkında hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır[1576]. Kanun ve tanımlar göz önüne alındığında güvenlik tedbirinin uygulanması için dört şartın gerçekleşmesi gerekir:

a- Suç toplum için tehlikeli bir hal oluşturmalı,

b- Güvenlik tedbirine suçun işlenmesinden sonra hükmedilmeli,

c- Güvenlik tedbiri kanun tarafından öngörülmelidir,

d- Güvenlik tedbirine hâkim tarafından hükmedilmelidir.

Ceza kanunumuz güvenlik tedbirlerini, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısım, "Güvenlik tedbirleri" başlığını taşıyan İkinci Bölümde düzenlemiştir. Ceza kanunun 53. maddesinde belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirleri, hükümlü kişinin, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak, özel veya kamusal bazı hakları kullanmaktan yoksun kılınması olarak belirlenmiştir. Kanun bunu "*Bir kamu görevinin üstlenilmesinden, atanma veya seçilme tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten mahrum edilmek"* şeklinde düzenlemiştir (TCK md. 53/1, a). Kanunumuz "*seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan"* mahrum edilmeyi diğer bir güvenlik tedbiri saymıştır (TCK md. 53/b). Velayet hakkından, vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan mahrum bırakılma (TCK md. 53/c), tüzel kişilerin yöneticisi veya denetçisi olamamak (TCK md. 53/d) ve izne bağlı bir meslek veya sanatı icra edememek (TCK md. 53/e) kanunun düzenlediği diğer hak yoksunluklarıdır.

[1575] Demirbaş, s. 582; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 566; Koca/Üzülmez, s. 470; Hakeri, Ceza, s. 394; Özgenç, 663, Koca, s. 174.

[1576] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 999.

B. Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

1. Genel Olarak

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ceza hukukunun önemli bir uğraşı alanı olup belirli esaslar çerçevesinde yapılır. Yine bireyselleştirme, cezanın kişiler üzerinde meydana getirdiği acı, ızdırap ve ağırlığın kişinin sosyal, ekonomik ve karakterine göre farklılık göstermesi sebebiyle önemli bir işlemdir[1577]. İşlenen suç için kanunda öngörülen soyut cezanın, somut olayın, failin ve fiilin özelliklerine göre, hâkim tarafından hüküm verilirken somutlaştırılmasına cezanın belirlenmesi denilmektedir[1578]. Cezanın belirlenmesini cezanın kanunda belirlenen sınırlar ve kriterler doğrultusunda somut olayda farklı şekilde ortaya çıkan suça ve suçlunun kişiliğine uydurmak olarak da tanımlanabiliriz.

Cezanın belirlenmesi soyut ve somut olmak üzere iki türdür[1579]. Soyut belirleme, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılır. Soyut genel belirleme, kanun koyucu tarafından yapılan ve cezaların türlerine ilişkin belirleme olup kanun metinlerinde cezaların alt ve üst sınırlarının gösterilmesi şeklinde belirir[1580]. Soyut özel belirleme, kanunun her suç karşılığında öngördüğü cezalardır[1581]. Örneğin, taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişinin iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması gibi. Somut belirleme, hâkimin kanundaki genel sınırları ve ilgili suçun düzenlendiği kanun maddesinde yer alan cezaya göre yaptırımı tespit etmesidir. Hâkim burada kanun maddesinde yazılan genel cezayı somut olaydaki fail bakımından kanuni gerekçelere dayanarak bireyselleştirmektedir[1582].

Somut cezanın belirlenmesi kanunda belirtilen şekilde ve belirli bir sırayla olmak zorundadır (TCK md. 61). Bir aşama bitmeden diğerine geçilmesi mümkün

---

1577 Centel/Zafer/Çakmut, s. 567.

1578 İlhan Üzülmez, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2006, Cilt: X, Sayı: 3-4, s. 204; Demirbaş, s. 609; Öztürk/Erdem, s. 414; Centel/Zafer/Çakmut, s. 567.

1579 Demirbaş, s. 609; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 600; Centel/Zafer/Çakmut, s. 564.

1580 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 600; Demirbaş, s. 609; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 967.

1581 Demirbaş, s. 609; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 967; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 600; Üzülmez, Ceza, s. 203.

1582 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 600; Demirbaş, s. 609; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 967; Üzülmez, Ceza, s. 203.

değildir. Bu durumda yapılacak ilk iş ceza türünün saptanması olacaktır. Bunu kanunda belirtilen suça ait alt ve üst sınırlar arasın da kalan temel cezanın tespiti izler (TCK md. 61/1). Ancak kanunda ilgili suça ilişkin ceza sabit ise bu esas alınacaktır. Bu işlemden sonra bu ceza üzerinden somut olayda varsa olası kast varsa cezanın indirilmesi bilinçli taksir varsa cezanın artırılması yapılır (TCK md. 61/2). Daha sonra suçun nitelikli halleri uygulanır ve son olarak, sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç[1583], haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir (TCK md. 61/5).

Fail birden çok suç işlemişse, TCK 61. madde her suç için ayrı ayrı dikkate alınarak cezalar belirlenir. Yine CGTİHK hükümlerine göre ayrı ayrı infaz edilir.

Faile verilecek ceza belirlenirken önce ceza türünün saptanması gerekir. Somut ceza belirlenirken, kanunda tek bir ceza öngörülmüşse bu, seçimlik ceza öngörülmüşse bunlarda birisi esas alınır. Suç seçimlik değilse her iki ceza türü birlikte uygulanır. Adli para cezasının seçildiği durumlarda adli para cezası belirlenirken ilgili suç tipine ait hapis cezasının alt ve üst sınırları arasında gün birimini belirlemek gerekir (TCK md. 61/9).

Temel ceza belirlenirken kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında kalan ceza miktarı belirlenir. Basamaklı cezaların varlığı halinde iki sınır arasında kalan cezayı belirleme yetkisi hâkimin takdirindedir. Hâkim, somut olayın özelliklerine gerekçe göstererek somut cezayı belirleyecektir[1584]. Söz konusu sınırları aşılması mümkün değildir (TCK md. 61/9).

Ceza hukukunda cezanın belirlenmesinde kullanılacak kriterlerden bahsetmeden önce çifte değerlendirme yasağından bahsedilmelidir. TCK 61/3. maddesinde "*Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hâllerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz."* şeklinde düzenleme getirilerek çifte değerlendirme yasağından bahsedilmiştir. Bunun anlamı, temel cezanın belirlenmesinde kriter alınan durumların ilgili suç tipinde

---

1583 Kanun koyucu yalnızca zincirleme suç ifadesini kullanmıştır. Bunun nedeni TCK'nın genel hükümler kısmındaki düzenlemeler gereği cezanın belirlenmesinde sadece zincirleme suça ilişkin hükmün (TCK md. 43) artırmaya yönelik olmasıdır. Farklı nevinden içtima halinde herhangi bir artırım öngörülmemiş kişi en ağır suçtan dolayı cezalandırılacaktır (Özgenç, s. 722).

1584 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 600; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 967; Üzülmez, Ceza, s. 206; Centel/Zafer/Çakmut, s. 568.

suçun unsuru olarak ortaya çıkması durumunda ayrıca değerlendirilemeyeceğidir. Başka bir anlatımla, daha az veya daha çok cezayı gerektiren hallerin söz konusu suç tipinin bir unsuru olmaması gerekir[1585]. Örneğin, kasten adam öldürme suçunun suçun nitelikli hali olan töre saiki ile işlenmesi halinde, bu durum faile verilecek cezanın belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmaz. Aksi halde failin cezası artmış olur.

Temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak esaslar TCK 61. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki. Söz konusu kriterler objektif ve sübjektif ölçülere dayanmaktadır. Hakim temel cezayı belirlerken söz konusu objektif ve sübjektif ölçüleri esas alarak takdir yetkisini gerekçeli bir şekilde belirtmelidir. Hâkime tanınan takdir yetkisi amacına uygun bir şekilde uygulanmalıdır[1586]. Yargıtay, söz konusu kriterlerin doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını incelemektedir[1587].

2. Taksirle Öldürme Suçunda Cezanın Belirlenmesi

Taksirli öldürme suçlarında alt ve üst sınır arasında bir ceza belirlenmesi gerektiğinde; göz önünde bulundurulması gereken kriterler TCK'nın 61/1. maddesinde düzenlenen kriterlerdir. Bilindiği üzere, 61/1. maddedeki kriterler genel nitelikli olup; bunların her biri, her suça uymayabileceğinden, her suç için tüm kriterler değil, sadece ilgili suça uyan kısımların dikkate alınması gerekir. Örneğin, taksirli suçlar açısından 61/1. maddenin (g) bendinde yer alan "failin güttüğü amaç ve saik" kriterinin uygulanamayacağı gibi. Bu nedenle bu tür suçlarda öncelikle 61/1. maddede yer alan kriterlerden hangilerinin somut olay açısından uygulanabilir olduğuna bakılmalıdır.

Ancak taksirle işlenen suçlar açısından kanun koyucu 22/4. maddesine bir kriter daha eklemiştir. Buna göre TCK 22/4. maddesi taksirle işlenen suçtan dolayı

1585 Üzülmez, Ceza, s. 217; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 603; Hakeri, s. 408.

1586 Öztürk/Erdem, s. 416; Centel/Zafer/Çakmut, s. 571.

1587 *"…Yerel mahkemece gösterilen bu gerekçe, TCY'nın 61/1. maddesinde gösterilen hususlara uygun ve yeterlidir*." (YCGK., E. 2008/8-263, K. 2009/142, http://www.kararara.com/yargitay/cgk/k4779.htm, erişim tarihi: 31.07.2012).

verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. Bu durumda, alt ve üst sınır arasında belirlenmesi gereken cezanın taksirli bir suça ait olması durumunda bunun kanunun 61/1 ve 22/4. maddelerinde yer alan ölçütlere göre yapılması gerekmektedir.

Taksirli suçlarda kusurun yoğunluğu TCK 61/1-f maddesine göre değerlendirilir[1588]. Buna göre hâkim taksire dayalı kusurunun ağırlığını göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezayı alt ve üst sınırlar arasında olmak kaydıyla temel olarak belirler. Taksirle işlenen suçlarda temel cezanın failin kusuru oranında indirilmesi mümkün değildir. Fail kusursuz ise beraat edebilir. Ancak suçun oluşmasında ne kadar kusuru varsa ilgili maddede öngörülen alt sınırdan kusur ile orantılı olacak biçimde uzaklaşılmak suretiyle failin cezasının belirlenmesi söz konusu olacaktır[1589].

Taksirli suçlarda taksirin yoğunluğunun derecelendirilmesinde dikkate alınacak husus, failin göstermesi gereken objektif özen yükümlülüğün ağırlığıdır. Somut olayda gösterilmesi ihlal edilen özen yükümlülüğü ne kadar ağır ise taksirde o derece ağır olacaktır. Burada taksirin ağırlığından anlaşılması gereken olası kast ya da bilinçli taksir değildir. TCK 61/2. maddesinde düzenlenen olası kast ve bilinçli taksir temel cezanın belirlenmesinde değil, sonuç cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlardır[1590]. Çünkü TCK 61/2, 21 ve 22 maddeleri olası kast ve bilinçli taksirinin varlığı halinde cezanın ne şekilde düzenleneceğini göstermiştir. Çifte değerlendirme yasağı gereği söz konusu hallerin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir[1591].

Taksire dayalı kusurun ağırlığı, yani taksirin derecesi de, gerçekleştirilen davranışla, somut olaya uygulanabilir olan önleyici davranış kuralı arasındaki farka ve söz konusu davranış kuralının objektif önemine göre belirlenir. Taksirli suçlarda özen yükümlülüğüne aykırılık kurucu bir unsurdur. Kusur ise, tamamen farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu nedenle neticeden kaçınmak için fail kişisel olarak hangi durumda olduğu (sübjektif) değerlendirilmelidir. Burada değerlendirilmesi gerekli olan neticenin kolaylıkla öngörülebilir olup olmadığının

---

1588 Y.2.CD. E. 2002/19237, K. 2003/16321, (www.kazancı.com, erişim tarihi: 22.07.2012).

1589 Necati Meran, "Yeni Türk Ceza Kanunda Cezanın Belirlenmesi", **Adalet Dergisi**, Ocak 2006, Yıl: 97, Sayı: 24, s. 81; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 240; Artuç, s. 245.

1590 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 980; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 606.

1591 Özgenç, s. 713.

değerlendirilmesidir[1592]. Bu doğrultuda failin kendisinden öngörmesi ve önlemesi beklenen neticelerin öngörülebilmesi ve önlenebilmesi ne kadar kolay ise taksire dayalı kusurunun ağırlığı o kadar fazla olacaktır. O halde taksire dayanan kusur açısından bakılması gereken, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinden kaçınabilip kaçınamayacağıdır. Burada fail *bireysel olarak* ele alınmakta ve kişisel bilgi ve yeteneklerine, yaşam deneyimlerine ve eğitim durumuna ve somut olayın özelliklerine göre (heyecan, şok, korku) objektif özen yükümlülüğünden kaçınıp kaçınamayacağı incelenmektedir. Başka bir anlatımla burada bireysel olarak ele alınan faile, haksızlığın isnad edilip edilemeyeceği araştırılır.

TCK 22/4. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, kusurluluğun değerlendirilmesi hâkim tarafından normatif yöntemle yapılacaktır. Sanığın kusurunun bulunması halinde kusurun ağırlığı ve diğer sebepler göz önünde bulundurularak suçun kanunda belirtilen cezasının alt ve üst sınırı arasında bir ceza verilecektir. Bu madde 61/1-f maddesinin uygulanmasından sonra yani temel ceza ve son ceza belirlendikten sonra faile uygulanacak yaptırımı düzenlemek açısından gerekli olan bir maddedir. Örneğin faile verilecek ceza belirlendikten sonra seçenek yaptırımlara çevirmede ya da hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasında esas alınması gerekli bir hükümdür.

3. Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Varlığı Halinde Cezanın Belirlenmesi

Temel cezanın belirlenmesinin ardından hâkim, öncelikle olayda koşullarının varlığı halinde olası kast ve bilinçli taksir hükümlerine göre temel cezada indirim veya artırım yapacaktır (TCK md. 61/2). Kanunun 61/2. maddesi gereği olası kast ve bilinçli taksirin varlığı halinde bunlara ilişkin artırım veya indirim temel ceza üzerinden yapılır.

Bu kurumlar aslında, kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütü dâhilinde (TCK 61/2), temel ceza belirlenirken değerlendirilebilecek kurumlar olmalarına karşın, kanun koyucu olası kastı genel hafifletici, bilinçli taksiri de bir genel ağırlaştırıcı neden olarak öngörmüştür. Bu nedenle söz konusu kurumlara

[1592] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 980.

ilişkin işlemler, temel cezanın belirlenmesinin hemen ardından sonuç cezanın belirlenmesi aşamasında yapılacaktır.

Olası kastın varlığında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir (21/2). Bilinçli taksirin varlığında ise taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK md. 22/3). Madde metninde belirtilen artırım ve indirimler temel ceza belirlendikten sonra elde edilen ceza üzerinden yapılacaktır.

4. Nitelikli Hallerin Varlığı Halinde Cezanın Belirlenmesi

Temel ceza belirlendikten sonra suçun nitelikli halleri temel cezaya uygulanır. Suçun nitelikli unsurları bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektiren hallerdir[1593]. Buna göre suçun nitelikli halleri daha fazla veya daha az daha az ceza verilmesini gerektiren haller olarak ikiye ayrılır. Kanun koyucu nitelikli hallerin varlığında cezanın belirlenmesine ilişkin düzenlemeyi net bir şekilde (iki kat artırılır) veya oranlı bir şekilde (üçte bir artırılır) yapmıştır. Hâkim somut olayın özelliğini dikkate alarak ve gerekçesini göstererek cezayı belirleyecektir. Cezanın artırılması konusundaki bu yaklaşım, cezanın indirilmesi oranları konusunda da mevcuttur. Kanun, bazı hallerde cezayı indiren nedenlerden dolayı faile verilecek cezayı belli ölçülere göre azaltmak yerine, cezayı artıran nedenlerde olduğu gibi, suçun basit şekli için öngörülen alt ve üst sınırdan ayrı bir alt ve üst sınır öngörmüştür. Bu gibi durumlarda yine temel ceza suçun hafifletilmiş şeklini için öngörülen sınırlar arasında, 61. maddenin birinci fıkrasındaki ölçütler nazara alınarak belirlenecektir.

Suçun temel biçimine göre daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli halin gerçekleşmesi durumunda temel cezada önce arttırma sonra indirme yapılır (TCK md. 61/4).

Eğer bir olayda birden fazla ağırlatıcı neden ve birden fazla hafifletici neden varsa önce birinci neden uygulanır. Ortaya çıkan miktar üzerinden ikinci ağırlatıcı

[1593] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 982.

neden uygulanır. Hafifletici nedenler bakımından da aynı yol izlenir. Eğer ağırlatıcı veya hafifletici nedenler yönünden farklılık varsa, fail lehine olan sıra esas alınır[1594]. Yargıtay, bir kararında bu durumu açıkça belirtmiştir[1595].

Daha önce de belirttiğimiz üzere, TCK'da suça etki eden nedenlerin varlığı halinde buların suçun cezasını nasıl etkileyeceği konusunda tek tip bir düzenleme yer almamaktadır. Bazı durumlarda suçun basit şekli için öngörülen alt ve üst sınırdan ayrı bir alt ve üst sınır öngörülmüştür. Bu gibi durumlarda özel-genel norm ilişkisi dolayısıyla temel ceza, suçun basit şeklini öngören hükümdeki sınırlar arasında değil, 61. maddenin birinci fıkrasındaki esaslara göre özel norm durumunda olan suçun ağırlaştırılmış şeklini öngören hükümdeki sınırlar arasında belirlenecektir. Yani böyle bir durumda verilecek ceza suçun temel şekline ilişkin olarak belirlenen cezanın belli bir oranda artırılması şeklinde değil suçun temel şekliymiş gibi madde metninde alt ve üst sınır gösterilerek ceza belirlendiğinden TCK 61/4. maddesinin ayrıca uygulanmasına gerek yoktur. Burada yapılacak olan kişi hakkında işlediği suçla ilgili olarak temel cezanın belirlenmesinde suçun hem temel şekline ilişkin hem de nitelikli şekline ilişkin unsurlar birlikte değerlendirilerek temel ceza belirlenir[1596].

Taksirle adam öldürme suçu bakımından nitelikli hallerin varlığında faile verilecek cezanın belirlenmesinde yukarıda bahsedilen kurallar geçerlidir. Suç bakımından TCK da düzenlenen nitelikli hal, birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunmasıdır. Böyle durumda hâkim, temel cezayı suçun ağırlaştırılmış şeklini öngören hükme göre tayin edecektir.

Son olarak, cezanın belirlenmesinde takdiri indirim nedenlerinden bahsetmek gerekir. TCK'nın "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" bölümünün

---

1594 Demirbaş, s. 617.

1595 *"Izrar suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; 5.10.1938 tarih ve 1938/4-16 sayılı iBK.da da belirtildiği üzere, cezanın belirlenmesinde, fiile bağlı arttırıcı nedenlerin, şahsa bağlı arttırıcı nedenlerden önce uygulanması gerektiği gözetilmeksizin, TCK.nun 51. maddesinin, 522. maddesinden önce uygulanması yerinde değil ise de; TCK.nun 522. maddesi önce uygulansa dahi hesap edilecek ceza değişmemekte olup; bu husus, cezayı arttırıcı ve eksiltici nedenlerin, kendi içerisinde sanığın en çok lehine sonuç verecek biçimde uygulanması gerektiği ilkesini benimseyen, 14.12.1955 tarih ve 1955/19-28 sayılı İBK ile birlikte değerlendirildiğinde, sonuç ceza yönünden, sanığın en lehine olan uygulamanın yapılmış olması karşısında, sonuca etkili görülmediğinden, bozma nedeni yapılmamıştır."* (Y.10.CD, E: 2002/22954, K: 2002/22952, http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_10_Ceza_Dairesi_2002-22954.php, erişim tarihi: 27.07.2012).

1596 Özgenç, s. 294.

içerisinde yer alan ve "Takdiri indirim nedenleri" madde başlığı altında düzenlenen 62. maddesi

> *Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulur. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir*

biçimindedir.

Maddeden anlaşılacağı gibi hâkimin takdiri indirim nedenlerinin varlığı halinde cezada belli oranda indirim yapabileceği düzenlenmiş, ancak takdiri indirim nedenlerinin sınırlı olarak sayılması yerine "gibi" ibaresi kullanılarak örnekleme yoluyla bazı takdiri indirim nedeni olabilecek hallerden bahsedilmekle yetinilmiştir. Öyleyse belirtilen bu şartlara uygun düşmek kaydıyla suçun işlenmesine eşlik eden (gençlik heyecanı), suçun işlenmesinden önce var olan (failin önemli bir hastalığının bulunması) ve suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan (failin zararı karşılaması) haller takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecektir[1597]. Yine madde metninde açıkça düzenlendiği gibi takdiri indirim nedenleri kararda gösterilmelidir. Bu durum, bu kurumun hâkimlerce keyfi bir şekilde kullanımını önlemek için oluşturulmuştur. Yargıtay, takdiri indirim sebeplerinin mahkemelerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir[1598].

C. Taksirle Öldürme Suçunda Yaptırım

Ceza kanunumuzda taksirli suçlar bakımından öngörülen yaptırım kasıtlı suçlara göre daha azdır. Kasten adam öldürmeyi düzenleyen TCK 81. maddesiyle

---

1597 Üzülmez, Ceza, s. 228.

1598 *"…Bu durumda, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurularak 62. madde uyarınca indirim yapılıp yapılmayacağının hakim tarafından serbestçe takdir edileceğinde kuşku bulunmamakta ise de; bu ifadenin, indirim yapılmasına veya yapılmamasına esas alınan nedenlerin temyiz merciince denetlenemeyeceği şeklinde anlaşılmaması gerekir. Nitekim maddenin son cümlesi, "Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir" şeklinde olup; bu cümle ile 62. maddenin uygulanması veya uygulanmaması açısından yargıca tanınan takdir hakkının "dayanılan nedenler itibarıyla denetlenebilir nitelikte bir takdir hakkı" olduğu anlatılmak istenmiştir."* YCGK., E. 2009/9-62, K. 2009/191, www.kararara.com, erişim tarihi: 31.07.2012).

taksirle adam öldürmenin basit halini düzenleyen TCK 85. madde arasında cezalandırma bakımından farklılıklar vardır. Ceza kanunu öğretide ayrımı yapılan hafif ve ağır taksir ayırımını[1599] benimsememiştir. Kanunumuza göre taksirli suçlarda hâkim failin kusuruna göre cezayı belirleyecektir.

Yine birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir (TCK md. 22/5). Bu maddenin anlamı, daha önce de bahsedildiği gibi, taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı yönündedir.

Bilinçli taksirde ceza o suçun taksirli haline ilişkin ceza üçte birden yarına kadar artırılacaktır. Bilinçli taksir halinde taksirli suçtaki cezasızlık hali suçun cezasına ilişkin yarıdan altıda birine kadar indirimli olarak uygulanır. Yine TCK 50/4. maddesinde taksirli suçların koşulların oluşması halinde para cezasına çevrileceği ancak; bilinçli taksir halinde, bir yıla kadar hapis cezası dışında, bunun mümkün olamayacağı düzenlenmiştir. Bilinçli taksir hakkında böyle bir düzenlemeye gidilmiş olmasının nedeni neticenin öngörülmesi halinin öngörülmeme halinden daha tehlikeli olması ve bilinçli taksir ile bilinçsiz taksir arasında ceza adaletinin sağlanmasıdır.

Taksirli suçlarda, TCK 53/6. maddesi gereğince, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, yine güvenlik tedbiri olarak, belli bir süre için bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilecektir. Söz konusu düzenleme, özellikle dikkat ve özen ödevi yüklenen meslek ve faaliyetler için oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. Böylelikle taksirli suçların tekrarlanmasının önüne geçilebilecektir. Örneğin, dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmede kusur işleyen bir hekim o suçtan dolayı cezalandırmış olursa bile mesleğini devam

[1599] Ağır taksir, işlene fiilden doğan zararın herkes tarafından tahmin edilmesi halidir. Hafif taksir, fiilden meydana gelen zararın ancak dikkatli kimseler tarafından tahmin edilmesinin mümkün olması halidir. Pek hafif taksir ise gerçekleşen fiilden doğan zararın ancak istisnai ve olağanüstü bir dikkat ve basiret neticesinde tahmin edilmesi halidir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519). **Özbek** ve arkadaşları ceza hukukunda taksirin böyle bir derecelendirmeye tabi tutulmasını kabul etmemektedir. Somut cezanın belirlenmesi bakımından önemli sayılabileceğini ifade etmektedir (Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 464).

ettirirken bu gibi olayların tekrarından endişe duyulması normal bir düşüncedir[1600]. Bu nedenle 53/6. maddede düzenlenen tedbirler yerindedir.

Taksirli hareket sonucunda failin yakınları zarar görmüşse failin cezalandırılmayacağı TCK 22/6. maddesinde açıkça şu şekilde ifade edilmiştir:

> *Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.*

Bazen öyle durumlar olur ki fail sebep olduğu suçtan, zarar gören konumuna düşebilir. Örneğin, bir anne yemek yaparken ocakta kaynayan suyun çocuğun üzerine dökülüp ölmesi halinde duyduğu acı yıkıma yol açar. Eski kanun döneminde uygulamada mahkemeler böyle durumlarda cezayı alt sınırdan verip paraya çevirip erteliyor hatta adil bir karar vermek ceza kanunun dışına çıkıp failleri cezasız bırak için çaba harcıyorlardı. Yeni kanun döneminde böyle bir düzenleme yapılması yerinde olmuş eski kanun dönemindeki tartışmalar sona ermiştir[1601].

Kanun maddesinin uygulanabilmesi için şartlar şöyle sıralanabilir:

a- İşlenen suç taksirli olmalıdır.

b- Netice münhasıran failin kişisel ve ailevi durumuna ilişkin olmalıdır. Hükmün anlamı, failin yakın akraba ilişkisi içinde bulunduğu ve neticenin kişisel ve ailevi durumu üzerinde doğrudan ve sıkı sıkıya etki doğurmasıdır. Örneğin, çok sıkı arkadaş olma durumu halinde meydana gelen netice kişisel olsa da ailevi durum üzerinde etkili değildir.

c- Söz konusu etki artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak şekilde mağduriyete yol açmalıdır. Söz konusu mağduriyet somut olayda hakim tarafından belirlenecektir[1602].

Söz konusu düzenleme öğretide bazı tartışmalar yol açmıştır. Kanun metninde kişisel veya aile durumundan bahsetmiştir. Burada failin kişisel durumuna, yakın arkadaşın girip giremeyeceği tartışılmıştır. Yine trafik kazası sonucu failin eşinin yanında yayanın da ölmesi durumunda fail, bu maddeden yararlanabilecek

---

1600 İçel, Taksir, s. 237.
1601 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 515; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 466.
1602 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 466.

midir? Öğretide her iki durumda failin böyle bir hükümden yaralanamayacağı belirtilmiştir [1603] . Çünkü madde metninde geçen kişisel durum, kişinin bizzat kendisinin zarar görmesi olarak yorumlanmıştır[1604]. Yine yayanın ölümü halinde ise kanun "*münhasıran"* sözcüğünü kullandığı için failin sorumsuzluğu düşünülemez. Yargıtay'ın bu konu hakkındaki görüşü öğretinin görüşü ile paralellik arz etmektedir [1605] . Yargıtay, söz konusu maddenin uygulanması konusunda mahkemelerin doğrudan ceza verilmesine yer olmadığı şeklinde karar vermesi gerektiğini, önce ceza verilip ardından ceza verilmesine yer olmadığı şeklinde verilen karaların kanuna aykırı olduğunu belirtmiştir [1606]. Burada hâkime takdir yetkisinin verilmesi daha doğru olacaktır. Çünkü söz konusu madde "*ceza verilmez"* şeklinde düzenlendiğinden zorunluluk hali mevcuttur. Düzenleme kötüye kullanıma açıktır. Bir akrabasını miras için öldürmek isteyen kişi cezasız kalmak için böyle bir yönteme başvurabilir[1607].

D. Hekim Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar

Öncelikle ceza kanunumuzda belli bir meslek grubuna ilişkin uygulanacak yaptırımların ayrı ayrı düzenlenmediğini belirtmek isteriz. TCK'da bahsi geçen yaptırımlar suç işleyen herkese, dolayısıyla hekimlere de uygulanacaktır. Biz bu başlık altında hekimlik mesleğinin icrası sırasında hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanan taksirle öldürme suçuna ilişkin hekimler hakkında uygulanacak yaptırımlardan bahsedeceğiz.

Herkes gibi hekimler hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesinin ön koşulu, hekimin taksirle adam öldürmeye sebebiyet vermiş olmasıdır. Hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden kaynaklanan ölüm hallerinde TCK

1603 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 517.

1604 Madde gerekçesinde de durum değerlendirilmişi ve şu sonuca varılmıştır: "…*bu fıkranın uygulanabilmesi için fiilden dolayı münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu itibarıyla zararlı netice meydana gelmiş bulunmalıdır; böyle bir netice ile birlikte söz konusu durumlara ilişkin bulunmayan başka bir netice de meydana gelmişse fıkra uygulanmayacaktır".*

1605 Yargıtay, *"sanığın eşiyle birlikte yayanın da öldüğü olayda maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir. Yine sanığın eniştesinin ölümü halinde sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı görüşündedir"* (Y.9.CD., E. 2007/4178, K. 2007/4851, Hakeri, Ceza, s. 180).

1606 Y.9.CD., K. 2007/1526 (Hakeri, Ceza, s. 181).

1607 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 466.

85. maddesinde yer alan hapis cezası (iki yıldan altı yıla kadar) ile cezalandırılacaktır. Bu ceza, birden fazla ölüme sebebiyet veren hekim açısından artırılarak uygulanır (iki yıldan onbeş yıla kadar).

Hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden doğan ölüm neticesinde hekime verilecek cezanın alt sınırı iki yıl olduğundan, cezanın kanunun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesine olanak yoktur[1608].

Yukarıda tanımını yaptığımız ve uygulanma koşullarını anlattığımız güvenlik tedbirleri, tehlikelilik esasına dayanır. Güvenlik tedbirlerinin uygulama alanı yalnızca kusur yeteneği olmayan ve toplum barışı için tehlikeli olan faille sınırlı olmayıp, işlediği suç nedeniyle kusurlu bulunan kişilere de, cezanın yanı sıra veya cezanın yerine bir güvenlik tedbiri hükmedilebilir[1609]. Hekimlerin mesleklerinin icrası sırasında işledikleri taksirli suçlar nedeniyle karşılaşabilecekleri tek güvenlik tedbiri, *meslekten yasaklanma* tedbiridir[1610]. Çünkü TCK 53. maddesindeki diğer tedbirler kasten işlenen suçlar için geçerlidir.

Kanun, 53/6. maddesinde, taksirli suçlarda belli haklardan yoksun kılmayı düzenlemiştir. Elbette, *"taksirli suça mahkûmiyetten"* söz edildiğinden, *"...kasten işlemiş olduğu suçtan..."* söz eden 53/1.hükmünün burada uygulanma olanağı yoktur. Kanun, 53. maddenin 6. fıkrası, *"bir meslek veya sanatın yahut trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirli suçtan mahkûm olma halinde, hükümlünün, ayrıca yaptığı bu meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm "verilebilir" derken, ceza yanında, ayrıca güvenlik tedbirinin verilmesini, zorunluluk haline getirmemiş, hâkimin takdirine bırakmıştır. Mahkemenin hükmünde ayrıca belirtilmesi gereklidir. Tedbir süresi mahkûmiyetin süresinden bağımsız olarak belirlenmektedir[1611]. Taksirli suçlarda maddede geçen hak yoksunluklarından başka bir hak yoksunluğuna karar verilmesi mümkün değildir.

1608 TCK 50. maddesi kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilebileceğini düzenlemiştir. Kısa süreli hapis cezası hükmedilen bir yıl ve daha az hapis cezasıdır (TCK md. 49/2).

1609 Demirbaş, s. 583; Koca, s. 174.

1610 Y.2.CD., E. 2002/18229, K. 2003/16386, www.kazancı.com, erişim tarihi: 12.07.2012.

1611 Koca/Üzülmez, s. 481.

Kanunda her türlü taksirli hareket için güvenlik tedbirinin uygulanması kabul edilmeyip işlenen taksirli suçun bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen ödevine aykırılıktan kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi, taksirli suçlardan dolayı hak yoksunluğuna hükmedilebilmesi için işlenen suç ile hükmedilecek hak yoksunluğu arasında bir ilişkinin varlığı aranmıştır[1612]. Çünkü bu tür taksirli hareketler diğer taksirli hareketlere oranla daha fazla zarara yol açabilmektedir. Özellikle böyle suçlarda güvenlik tedbirlerinin yaptırımına başvurmak, söz konusu suçların tekrarlanmasını önlemek bakımından etkili olacaktır. Görevinin anlam ve önemini kavrayamayan, meslek kurallarını bilmeyen meslek adamının taksirli hareketi ile meydana getirdiği zararların tekrarlanmasını sadece ceza yaptırımı engelleyemez. Örneğin, tıp biliminin verilerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmayan hekim, ceza yaptırımına tabi tutulsa da mesleki faaliyetlerin devamı sırasında bu gibi olayların tekrarından endişe edilmelidir[1613].

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu (yanlış tedavi uygulaması, hatalı cerrahi müdahalede bulunması gibi) bir kişinin ölümüne yol açması ve mahkûm olması halinde (TCK md. 85) üç ay ile üç sene arasında meslek ve sanatın icrasından yasaklanabilir. Örneğin, taksirle adam öldüren bir hekim, iki yıl hapis cezasına çarptırılıp bu cezayı tamamen çektikten sonra üç ay ile üç yıl arasında bir süre ile hekimlik mesleğini yapmaktan men edilebilir. Yasaklama veya geri alma süresi üç aydan az ve üç yıldan fazla olamaz. Hâkim bu takdir hakkını kullanırken, taksirin türünü, hükümlünün kusurunun ağırlığını göz önüne almak zorundadır[1614]. Yine hâkim bu kişinin mesleğini icra ederken başka zararlı sonuçlara yol açma tehlikesinin olup olmadığını ayrıca değerlendirmelidir[1615].

Yasaklama veya geri alma kararı, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar (TCK 53/6.maddenin son cümlesi). Bunun anlamı, meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin karar hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın infazından itibaren işlemeye başlar. Öyleyse sürenin başlaması için,

---

1612 Koca/Üzülmez, s. 481.
1613 Koca, s. 181; Apaydın, s. 107.
1614 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 576; Öztürk/Erdem, s. 389.
1615 Koca, s. 182.

mahkûm olunan hapis cezası veya adlî para cezası, tümden yerine getirilmiş olmalıdır. Taksirli suçtan alınan hapis cezasının ertelenmesi durumunda bu güvenlik tedbirinin hükmedilmesine engel teşkil etmeyecektir. Örneğin, taksirle hastasının ölümüne sebebiyet veren hekimin iki yıllık cezasının ertelenmesi durumunda bu cezaya ek olarak meslek veya sanatını yapması yasaklanabilir. Hâkim yasaklamaya ayrıca karar vermelidir. Taksirli suçlarda hak yoksunlukları cezanın otomatik bir sonucu değildir. Hâkimin takdirindedir. Hâkim, cezanın ertelenmesine karar vermiş fakat hak yoksunluğuna karar vermemiş ise erteleme hak yoksunluğunu sonuçlamayacaktır[1616]. Ancak güvenlik tedbirinin süresi, ancak cezanın infazıyla başlayacaktır. Bilindiği üzere, hapis cezasının ertelenmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılmaz. Ceza, denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halle geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır. Taksirli suçlarda, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak, bir tedbir öngörmediğine göre; bu suçlarda, cezası ertelendiğinde, denetim süresi içinde, kanunen hükümlünün yasaklı olması mümkün olmadığından, hakkı kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, ancak ceza infaz edilmiş sayıldıktan sonra infaz edilebilecektir. Aynı durum koşullu salıverme için de geçerlidir. Koşullu salıvermede denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmiş olması ile tedbir yürürlüğe girer[1617].

Tedbirin yerine getirilmesi sırasında 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu [1618] ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu Hakkında Tüzük[1619] kurallarına göre hareket edilir. 5402 sayılı kanunun 14/1-c maddesinde ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma biçiminde seçenek yaptırımların gerektiğinde kolluk ve ilgili diğer makamlarla işbirliği içinde kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanacağı düzenlenmiştir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu Hakkında Tüzük 57. maddesinde tedbirin ne şekilde yerine getirileceği detaylıca gösterilmiştir. Buna göre, Mahkemece Cumhuriyet başsavcılığına gönderilen ilâm, infaz defterine kaydedilerek infaza başlama ve bitiş tarihleri yazılır. Ancak bu tedbirlerin infazına,

---

1616 Koca, s. 183.
1617 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 576.
1618 RG. 20.07.2005, No. 25881.
1619 RG. 06.04.2006, No. 26131.

mahkûmiyetin kanunî sonucu olarak hapis cezasının infazına başlama tarihi ile birlikte başlanır. Cumhuriyet başsavcılığınca, hapis cezasının infazına başlanacağı tarih de dikkate alınarak, bu tedbiri içeren ilâmın içeriği, tedbirin konusu ve niteliğine göre ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluğa bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığınca, ayrıca infaza başlama ve bitiş tarihleri de bildirilir. Tedbirin infazının tamamlanmasından sonra hükümlünün bu faaliyet ve görevlerde bulunabilmesi için 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu[1620] hükümlerine göre temin edeceği adlî sicil kaydının ilgili yere ibrazı ile mümkündür. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 104 üncü maddesine göre, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da büroları tarafından yerine getirilir (CGTİHK md. 57/2 ve 3).

E. Zamanaşımı

Suçun işlenip bittiği tarihten itibaren kanun tarafından belirlenen sürelerin geçmesi davanın açılamamasını veya açıldıktan sonra da devam edilememesini sonuçlayan duruma dava zamanaşımı denir[1621]. Dava zamanaşımı, ilişkin bulunduğu suçta dava açılmasına veya açılan davanın devamına engel olan bir haldir. Suçlara uygulanacak dava zamanaşımı süreleri TCK 66. maddesinde düzenlenmiştir. Bu süreler geçtikten sonra suç işlediği iddia edilen kişi hakkında dava açılamayacağı gibi açılmış olan davaya da devam edilemeyecektir. Zamanaşımı, devletin yargılama hakkının sona ermesini sonuçladığından niteliği gereği re'sen göz önünde bulundurulur[1622]. Hâkim zamanaşımı süresinin dolduğunu anlar anlamaz, davanın düşmesine karar vermek zorundadır. Ancak beraat kararı verilecekse düşme kararı verilmez. Beraat kararı, düşme kararına oranla sanığın daha lehinedir[1623].

Kural olarak tüm suçlar dava zamanaşımına tabidir. Ancak ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya on yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçların yurt dışında

---

1620 RG. 01.06.2005, No. 25832.

1621 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 652; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1081; Hakeri, Ceza, s. 421; Demirbaş, s. 682; Özbek/Erdem, s. 437; Centel/Zafer/Çakmut, s. 623; Özgenç, s. 731; Koca/Üzülmez, s. 547.

1622 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1069; Hakeri, Ceza, s. 421; Demirbaş, s. 697; Öztürk/Erdem, s. 444.

1623 Centel/Zafer/Çakmut, s. 634.

işlenmesi halinde dava zamanaşımı süresi uygulanmaz (TCK md. 66/7). Bu suçların yurt içinde işlenmesi halinde zamanaşımı süresinin uygulanacağı açıktır.

Kanunlar, zamanaşımı sürelerini üç ölçütle belirler: Soyut ceza sistemi, somut ceza sistemi ve karma sistem. Soyut ceza sisteminde kanunda öngörülen temel cezanın üst sınırı ne ise ona göre zamanaşımı hesaplanır. Somut ceza sisteminde ise, o cezanın hafifletici ve ağırlatıcı halleri ile kişiye ilişkin indirim ve artırım sebepleri hesaba katılmak suretiyle süre belirlenir. Karma sistem, fiile ilişkin ağırlatıcı ve hafifletici sebepler ile kişisel diğer nitelikli haller göz önünde bulundurularak süre hesaplanmaktadır[1624]. Öğretide bu ayrımın yapılmasına rağmen zamanaşımı süresinin belirlenmesi bakımından ceza kanunumuz 66/4. maddesinde "*Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur"* demek suretiyle soyut ceza sistemini benimsemiş görünmekle birlikte bizce karma sistemi benimsemektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 66/3. maddesinde ise *"dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri de göz önünde bulundurulur."* denilmek suretiyle karma bir sistem belirlenmiştir. Cezanın üst sınırının belirli olmadığı durumlarda öncelikle TCK 49. maddesinden yararlanmak suretiyle üst sınır belirlendikten sonra, dava zamanaşımı tespit edilecektir[1625]. Ceza kanunumuza baktığımızda sürelerin belirlenmesinde suçların cezalarına göre, ağırlıkları ile süreler arasında bir doğru orantı benimsenmiştir. Buna göre kanunda öngörülen suçun cezası ne kadar ağırsa zamanaşımı süresi de uzamaktadır. TCK 66/1. maddesi

---

1624 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1088; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 657; Demirbaş, s. 683-684; Centel/Zafer/Çakmut, s. 625; Koca/Üzülmez, ss. 549-550.

1625 Konuya ilişkin Yargıtay kararı şöyledir: *"Sanığa yüklenen suçun kanıtlanması halinde uygulanması gereken 1475 sayılı Yasanın 105/2'nci maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırının belirlenmemesi, alt sınırın ise 5 seneden aşağı olması ve TCK'nın 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinde, yasada tasrih edilmeyen hallerde hapis cezasının üst sınırının 5 sene olduğunun açıklanması karşısında müsnet suç ile ilgili kamu davasının TCK'nın 102/4 ve 104/2'nci maddelerinde belirlenen 7 sene 6 aylık zamanaşımına tabi olduğu ve mahkemenin kararında yasaya ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.03.1983 gün, 8/524-99 sayılı kararına aykırı bir yön bulunmadığı cihetle yazılı emre atfen düzenlenen tebliğ namedeki bozma isteğinin reddine karar verildi."* (Y.9.CD., E. 1992/8807, K. 1992/7282 (http://www.yeniforumuz.biz/showthread.php?401437-T%C3%BCrk-ceza-hukukunda-zamana%C5%9Fimi), (Erişim Tarihi: 28.12. 2011).

Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası;
a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl,
c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer.

Demek suretiyle zamanaşımı sürelerini bu şekilde belirlemiştir. Madde metnine göre taksirle ölüme sebebiyeti düzenleyen TCK 85/1. ve 2. maddeleri açısından dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren onbeş yıldır.

Zamanaşımı süresinin başlaması tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden başlar (TCK md. 66/6). Suç eğer, neticesi hareketten ayrılabilen nitelikte ve taksirle işlenen bir suç ise zamanaşımı süresi neticenin meydana geldiği günden itibaren başlayacaktır. Çünkü bazen Suç oluşturan fiil, bazı durumlarda, uzun yıllar sonra yargılamayı ve cezalandırmayı gerektirebilir. Yine hareket ile neticenin meydana gelmesi arasında süre çok uzun olabilir. Örneğin, hekimin hatalı müdahalesi nedeniyle doğumdan 3 yıl sonra bebeğin ölmesi durumunda zamanaşımı, doğumun gerçekleştiği gün değil ölüm neticesinin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlar. Bu düşüncenin aksinin kabulü yani, süreyi hareketin yapıldığı andan başlatmak belki de daha netice meydana gelmeden zamanaşımının dolmasına neden olacağından kabul edilemez[1626]. Konuyla ilgili Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 16.06.2003 gün E.2002/1826-K.2003/5970 sayılı bozma kararında bu durumu açıkça belirtmiştir[1627]. Garantörsel ihmali suçlarda da (ihmal suretiyle icra) zamanaşımı süresi, ihmal nedeniyle meydana gelen neticeden itibaren başlayacaktır. Örneğin, hekimin hemen ameliyata alması gerekli kanamalı bir hastayı ameliyata almayarak ölümüne sebebiyet vermesi halinde zamanaşımı süresi, ameliyatın gecikmeli olarak yapıldığı günden değil ölüm neticesinin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlar.

1626 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1093; Öztürk/Erdem, s. 440.

1627 *"sanıkların eylemlerinin sübutu halinde 765 sayılı TCK 383/2.maddesindeki suçu oluşturacağı, suç tarihinin de depremin meydana geldiği 17.08.1999 tarihi olup, anılan yasanın 102/4. ve 104/2. maddelerinde belirlenen zamanaşımının gerçekleşmediği gözetilip yargılamaya devamla sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülerek kamu davasının zamanaşımı nedeniyle kaldırılmasına karar verilmesi kanuna aykırıdır"* (Kaymaz/Gökçan, s. 419).

Bazen yargılama süreci içerisinde davanın uzamasına neden olabilecek durumlar ortaya çıkar. Böyle durumlarda davanın zamanaşımına uğramasının önüne geçmek için zamanaşımın durması gerekir. Dava zamanaşımının durması, kanunda düzenlenen nedenlerle bir engel ortaya çıkması halinde bu engel ortadan kalkıncaya kadar dava zamanaşımının işlememesidir[1628]. Yani durmaya neden olan engel ortadan kalkıncaya kadar dava zamanaşımı durmaya devam eder. Engel ortadan kalktıktan sonra süre kaldığı yerden işlemeye başlar. TCK' nın 67/1. maddesinde izin alınıncaya kadar zamanaşımı süresinin duracağı belirtilmiştir. Bu durum özellikle kamuda çalışan hekimler hakkında açılacak davalar için önemlidir. 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun [1629] kapsamında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı haklarında dava açılabilmesi için izin alınması gereklidir. Soruşturma ve kovuşturma şartlarının var olduğu suçlarda devletin ceza verme hakkı doğmuş olduğundan, suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlayan süre, izin alınması için yetkili makama[1630] başvurulduğu günden itibaren durur; yetkili merciin adli soruşturmaya devam engelini ortadan kaldırdığı kararı aldığı gün kaldığı yerden devam eder. İzin kabul edilirse, zamanaşımı süresini durduran bir etkiye sahip olunur. İznin reddi halinde arada geçen süre bakımından zamanaşımı süresi durmamış kabul edilir[1631]. Fikri içtima halinde zamanaşımı süresi, içtimaa dâhil olan her suçun neticesinin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlar[1632]. Birden fazla suç işleyen kişilerin cezaları içtima ettirildiğinde (gerçek içtima), zamanaşımı her bir ceza için ayrı ayrı tespit edilecektir. Daha önce vermiş olduğumuz diplomasız hekimlik yapan bir kişinin hastanın ölümüne sebebiyet vermesi örneğinde zamanaşımı 1219 s.k. 25. maddesinde ve TCK 85. maddesinde düzenlenen iki ayrı suç için belirlenecektir[1633].

1628 Centel/Zafer/Çakmut, s. 627; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 665.

1629 RG. 04.12.1999, No. 23896.

1630 Yetkili olmayan bir makama başvurulduğunda verilen izin kanuni dayanaktan yoksun olduğundan hukuki sonuç doğurmayacaktır. Böyle bir izin zamanaşımı süresini durdurucu bir etkiye sahip olamayacaktır (Hakeri, Ceza, s. 424); Hukuka aykırı şekilde verilen izin durumu da zamanaşımı süresini durdurmaz (Öztürk/Erdem, s. 443).

1631 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 666; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1099; Hakeri, Ceza, s. 424; Demirbaş, s. 690; Koca/Üzülmez, s. 557.

1632 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1096; Öztürk/Erdem, s. 439.

1633 Yargıtay da aynı görüştedir (YCGK, E. 1940/125, K. 1940/128), (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 1113).

Son olarak, ceza zamanaşımının kesilmesinden bahsedilmelidir. TCK 67/2. maddesi kesilme hallerini şu şekilde belirtmiştir: a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi, c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesidir. Zamanaşımının kesilmesi halinde kesen neden ortadan kalktığında, zamanaşımı süresi, baştan ve yeniden işlemeye başlar (TCK md. 67/3).

II. MUHAKEME

A. Tıbbi Hatanın Tespiti ve İspatı

1. Genel Olarak

Bir davada gerçeğin ortaya çıkarılması çabası sırasında bazen çözülmesi gereken sorunlarla karşılaşılabilir. Bunların çözümü özel ve teknik bilgiyi bilimsel bir çalışmayı gerektirebilir. Böyle durumlarda hâkim, mahkeme veya kanunun izin verdiği hallerde Cumhuriyet Savcısı kendilerine yardımcı olması için uzman kişilere başvurmaktadır. Özellikle teknik bilgi gerektiren, uzmanlık alanlarında konuyu aydınlatmak ve açıklığa kavuşturmak amacıyla donanımlı kişilere başvurulmaktadır[1634].

Bir davada çözümü mahkemenin uzmanlığı dışında özel bir uzmanlığı gerektiren bir sorunun bulunması durumunda hükmü verecek olan mahkeme bu konuda bilgiye sahip olsa da konunun uzmanı olan bilirkişiye başvurmalıdır. Bir hâkimin kural olarak uzmanlık alanında olmayan ve bilgisiyle çözemeyeceği ispata ilişkin bir sorunla karşılaştığında bu konuda kanuni bir zorunluluk olmasa da bilirkişiye başvurmalıdır. Mahkeme, sorunun özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği konusunda takdir hakkına sahiptir. Mahkemenin çözümü özel bir

[1634] Buna "*hâkimin teknik konudaki şahsi bilgisini kullanamaması prensibi*" denilmektedir (Feridun Yenisey, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu,** 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 310).

uzmanlık bilgisini gerektiren bir konuda bilirkişiye başvurmaması temyiz nedenidir[1635].

Bilirkişi, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda[1636] oy ve görüşlerini almak üzere, kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından re'sen ya da kanunda gösterilmiş kişilerin (soruşturma evresinde savcı) istemi üzerine atanan, tarafsız kimsedir[1637]. Bu tanıma göre bilirkişinin üç temel özelliği bulunur: Başvurulacak konuda uzman veya teknik bilgiye sahip olmalı[1638], hakim veya savcı tarafından görevlendirilmiş olmalı ve tarafsız olmalıdır. Bilirkişi, sahip olduğu teknik ve özel bilgisi ile belirti ve delillere ulaşan ve bunları değerlendiren kişidir[1639].

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 67/6. maddesi "uzman" adı altında tarafların seçtiği bilirkişileri de düzenlemiştir. Bu haliyle, Ceza Muhakemesi Kanunu hakim, mahkeme ve savcı tarafından karşılaşılan ve özel teknik bilgiyi gerektiren sorunların çözümü için başvurulan uzman kişi "bilirkişi", hazırladığı rapor " bilirkişi mütalaası" olarak; diğer muhakeme süjelerinin aynı özelliklere sahip sorunların çözümü için başvurdukları kişi "uzman" [1640], hazırladığı rapor "uzman mütalaası"

1635 Ayrıca bkz. Y.10.CD., E. 2002/17573, K. 2002/18556 (Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: X, Sayı: 3-4, Ankara 2006, s. 284); Centel/Zafer, s. 225; Yenisey, Tıbbi Deliller, s. 311.

1636 Hâkim, hukuki sorunlar için bilirkişiye başvuramayacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu 63/1. maddesi konuyu "*Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafiinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez."* şeklinde açıkça düzenlemiştir.

1637 Özbek, Tıbbi, s. 384; Özlem Yenerer Çakmut, "Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik" **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 1136; Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 2005, s. 223; İbrahim Dülger, "Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesi", **Yard. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 661; Öztürk/Erdem, s. 469, Yıldız, s. 274; Kızılyel, s. 216; Burcu Dönmez, "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", **Dokuz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Yıl: 2007, Cilt: 9, s. 1145.

1638 Yargıtay pek çok kararında bilirkişinin bu özelliğini "ihtisas sahibi", "uzman bilirkişi" (Y.CGK., E. 2005/7144, K. 2005/150, Dönmez, Bilirkişi, s. 1151).

1639 Hamide Zafer, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı ile İlgili Düzenlemeler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 202.

1640 Kanun teknik müşaviri uzman bilirkişi adı altında düzenlemiştir (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul 2008, s. 641.

olarak adlandırmıştır [1641] . Söz konusu uzman mütalaası, bilirkişi raporlarını değerlendirmek üzere alınması haline bilirkişinin bilirkişi gibi bir duruma yol açabileceğinden eleştirilmiştir[1642].

Bilirkişiye başvurulduğunda bilirkişi mahkemelere şu üç hususta yardımcı olur: Genel deneyim kurallarını bildirerek, özel ve teknik bilgi sahibi olan bir kimsenin gözlemleyip algılayabileceği olguları belirleyerek ve özel ve teknik eğitimle öğrenilebilecek bilgilere bilimsel kuralları uygulayıp sonuç çıkartarak[1643]. Bilirkişi, yargılama prosedürü içinde hâkimin ihtiyaç duyduğu konuda başvurduğu bir yardımcı olan kişidir [1644] . Bilirkişiler hakime bu konularda yardımcı olması hakimlerin hüküm kurarken bilirkişi raporlarında ortaya koydukları sonuçla bağlı olması tehlikesini beraberinde getirmektedir [1645]. Yargıtay, bilirkişi raporlarına daha çok maddi gerçeğin ortaya çıkması yönünden olup, dosyadaki tüm bilgi ve belgeleri birlikte değerlendirmektedir[1646].

Mahkemeler, hukuksal sorunların çözümüne ilişkin sorunun çözümünde bilirkişiye başvuramayacaktır. Hâkim özel ve teknik bilgiyi gerektiren her konuda bilirkişiye başvurmak zorunda değildir. Hâkimin bu konuda tam bir yetkisi vardır[1647]. Diğer bir deyişle, Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama süreci içinde hâkimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmıştır. Bazı konularda resmi bilirkişiye başvurma zorunluluğu vardır (CMK md. 63/1). Bilirkişiye başvurma hâkim veya mahkeme tarafından kullanılır (CMK md. 63/2). Cumhuriyet savcısı da soruşturma evresinde bu yetkiyi kullanabilecektir (CMK md. 63/3). Ceza Muhakemesi Kanunu 63/1. maddesinde katılan veya onun vekili, şüpheli, sanık, onların müdafii veya kanuni temsilcileri de bilirkişiye başvurulmasını isteyebileceklerdir. Bilirkişi sayısı, kanunda sayı konusunda zorunluluk bildirilmedikçe, hakim veya mahkeme tarafından belirlenir. Birden fazla bilirkişi atanması talebinin reddedilmesi

---

1641 Çakmut, Bilirkişi, s. 1136; Uzman bilirkişi bilimsel nitelikli olması gerekli değildir. Örneğin, makine tamiri ile uğraşan kişiler de bilirkişilik yapabilirler (Yıldız, s. 275); Yine özel ve teknik bilgi, herkesçe bilinmeyen ve özel bir uzmanlığı gerektiren bilgidir (Yıldız, s. 283). Bu kişiler de tıpkı bilirkişi gibi aynı görev ve yetkilere sahiptirler (Dülger, s. 673).

1642 Özbek, Tıbbi, s. 394.

1643 Çakmut, Bilirkişi, ss. 1137-1138; Yıldız, s. 276; Dönmez, Bilirkişi, s. 1150.

1644 Battal Yılmaz, "Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı,** 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 400.

1645 Çakmut, Bilirkişi, ss. 1137-1138.

1646 Yılmaz, s. 402.

1647 Özbek, Tıbbi, s. 385; Karşı görüş için bkz. Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 471.

durumunda kararın gerekçesi bildirilir (CMK md. 63/2). CMK bilirkişi sayısında üst bir sayı belirlememiştir. Ancak mümkün olduğunca birden fazla sayı belirlenmemelidir. Çünkü sayı arttıkça kurumun amacına ulaşılmasından sapılmaktadır [1648] . Birden fazla bilirkişinin atandığı durumlarda gerekçesini göstermek suretiyle mahkemenin azınlık oyunu hükmüne esas alması da mümkündür. Bu nedenle bilirkişi sayısının tek sayılı olması gerekli değildir[1649].

CMK 65. maddesinde bilirkişiliği kabul yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ile CMK 64. maddesinde belirtilen listede yer alanlar, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişiliği kabule zorunludurlar. Kamu görevlileri bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar (CMK md. 64/3). Örneğin, A Tıp Fakültesi Hastanesinde yapıldığı iddia edilen tıbbi hataya ilişkin bir davada aynı hastaneden bir öğretim üyesi bilirkişi olarak atanamayacaktır.

Bilirkişi raporu hakim tarafından yeterli görülmez, istenilen hususları kapsamıyorsa ve çelişkiler içeriyorsa hakim aynı bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi yeni bir bilirkişiye de başvurabilir[1650].

Bilirkişinin görevi mahkemece incelenmesi istenen konularda gerekli özeni göstererek gerekçeleriyle birlikte sonuca neden ve nasıl ulaştığını gösteren bir rapor hazırlamaktır. Rapor maddi olaya doğrudan temas etmelidir[1651]. Bilirkişi, raporunda hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunamaz (CMK md. 67/3). Yani bilirkişi hakimin yerine geçerek tüm dosya hakkında görüş ileri süremez. Uygulamada hakim ve savcılar bilirkişiden suçun oluşup oluşmadığına ilişkin görüş isteyebilmektedirler[1652]. Bilirkişi raporu bir delil değerlendirme aracıdır. Delil değildir. Delil, bilirkişinin incelediği şey olabilir. Hakim de bilirkişi raporunu delil gibi değerlendirip hükme aynen esas almaktan çekinmelidir. [1653]. Bu husus

---

1648 Özbek, Tıbbi, s. 387.

1649 Yıldız, s. 311; Karşı görüş için bkz. Centel/Zafer, s. 224.

1650 Çakmut, Bilirkişi, s. 1151; Yıldız, İspat, s. 423.

1651 Çakmut, Bilirkişi, s. 1151.

1652 Özbek, Tıbbi, s. 393.

1653 Özbek, Tıbbi, s. 393; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 642; Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 476; Yargıtay, bir kararında bu konuyu açıkça belirtmiştir: *"Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla, delililerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan şeydir. Hâkim bilirkişi düşüncesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi teknik ve bilimsel alanda hâkimi aydınlatmaktır. Çünkü hakim, kendi teknik*

Yargıtay denetimine tabidir[1654]. Delil yasaklarının bilirkişinin eylem ve işlemleri için de geçerli olduğunu belirtmek gerekecektir[1655]. Bilirkişiler hukuki nitelikleri itibariyle hâkim ve savcının yardımcısıdır[1656].

Mahkeme, bilirkişinin mahkemede dinlenmesine her zaman karar verebileceği gibi ilgililerden birinin istemesi halinde de bilirkişi duruşmaya çağrılabilir (CMK md. 68/3). Özellikle duruşma aşamasında, sözlülük kuralı olduğundan rapor vermiş olan bilirkişinin dinlenmesi gerekir. Ancak dinlenilmeye ihtiyaç yoksa raporun okunmasıyla yetinilebilir[1657]. Uygulamada CMK 201. maddesinde de ifade edilen ve doğrudan soru sorma hakkını düzenleyen ve adil yargılanma hakkının bir gereği olan düzenlenme emredici olmasına rağmen çeşitli bahanelerle uygulanmamakta dolayısıyla bilirkişi duruşmada gerçeğe aykırı beyan vermesi engellenebilmektedir[1658]. Bilirkişinin sanık tarafından duruşmaya getirilmesi ve dinletilmesi CMK 178. maddesi ile önemli bir savunma hakkı haline getirilmiştir. Burada mahkeme başkanının veya hakimin bunu kabul veya ret etmesinin önemi yoktur[1659].

Bilirkişinin raporunu hazırlaması için işin niteliğine göre belli bir süre verilir. Bu süre bilirkişinin istemi mahkemenin gerekçeli kararıyla en çok üç ay uzatılabilir. Süresinde raporu hazırlamayan bilirkişi değiştirilebilir[1660].

5237 Sayılı Ceza Kanunu taksirli suçlarda verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceği (TCK md. 22/4) ve birden fazla kişinin taksirle işlemiş olduğu suçlarda herkesin kusurundan dolayı sorumlu olup her fail için ayrı kusur tespiti yapılacağı (TCK md. 22/5) düzenlendiğinden eski kanun dönemindeki kusur tespiti için esas alınan sekizli ölçü kriteri ortadan kaldırılmıştır. Uzman bilirkişiler somut olayı inceledikten sonra değerlendirme sonucunu yazacak, fakat kusur oranını

---

bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemez" (Y.1.CD., E. 1991/391, K. 1991/559, Dönmez, Bilirkişi, s. 1148, Dpn. 18); Mehmet Demir, "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda Bilirkişi", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 46; Zafer, s. 203.

1654 Centel/Zafer, s. 230.

1655 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 476.

1656 Yıldız, s. 276; Centel/Zafer, s. 224; Dülger, s. 672; Yenisey, Tıbbi Deliller, s. 310.

1657 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 651; Centel/Zafer, s. 229.

1658 Öztürk/Erdem, Muhakeme, ss. 470-471.

1659 Dülger, s.676.

1660 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 471.

matematiksel olarak ortaya koyamayacaktır[1661]. Kusur oranını takdir etmek hakimin sorumluluğundadır. Bunu yaparken uzman kişinin raporundan faydalanacaktır[1662]. Ancak uygulamada halen eski alışkanlığın devamı olarak mahkemeler tarafından görevlendirilen bilirkişilerden sanığın kusurlu olup olmadığı ve birkaç sanığın olduğu olaylarda sanıkların kusur oranının belirlenmesi istendiği gözlenmektedir[1663].

Bazen bilirkişi, yapacağı saptamalar ve analizler açısından uzmanlık alanının dışında bir sorunla karşılaşırsa sorunun çözümüne ilişkin olarak uzmana başvurabilir. Bu konuda kendisini bilirkişi atayan mahkemeden izin almalıdır. Mahkeme böyle bir istemle karşılaştığında böyle bir isteminin gerekli olup olmadığını değerlendirecektir (CMK md. 66/4). Takdir yetkisi keyfi olmayıp uzman raporunun gerekli olduğu hallerde bilirkişinin isteği kabul edilmelidir[1664]. Bilirkişi, raporunu hazırlamak için gerekli görürse ve mahkemece kabul edilirse tanık dinleyebilir, sanığı sorguya çekebilir, kısmen veya tamamen dosyayı inceleyebilir[1665]. Bilirkişi mahkeme veya savcının izniyle şüpheli veya sanığa soru yöneltebilecektir (CMK md. 66/6).

Bilirkişi, kamu görevlisidir. Bilirkişi üstlendiği görevi tarafsız olarak ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde yapmakla yükümlüdür[1666]. Kasten gerçeğe aykırı rapor düzenleyen bilirkişiler hakkında TCK'nin ilgili maddelerine (md. 276, 252/2, 257, 285) göre cezalandırılır[1667]. Bilirkişi üstlendiği işi yerine getiremeyeceğini veya objektif olamayacağını anlarsa görevinden çekilebilir(CMK md. 45).

1661 5237 Sayılı kanunda kusurluluk, 30. ve 31. maddelerin gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, gerçek kişilere özgü ve ancak hakim tarafından yapılabilecek değerlendirme ile tespit edilebilecek hukuki bir olgu veya hukuki fenomendir (Özgenç, Tıbbi, s. 2199).

1662 Çakmut, Bilirkişi, s. 1158.

1663 Özgenç, Tıbbi, s. 2199; Yargıtay, bir kararında bu hususu açıkça belirtmiştir: *"Kusur, bir hukuk sorunudur. Kusurun belirlenmesinde, kanıtların değerlendirilmesi, olguların saptanması, kusurun olup olmadığı ve derecesinin tespiti hukuki nitelendirmeyi gerektirir ve hakimin görevidir. Hakim somut olayın özelliklerini hakkaniyet ölçüleri içinde yoğurarak toplum vicdanını rahatsız etmeyecek bir karar vermelidir."* (Y.9.CD., E. 2006/4123, K. 2006/6229, Ahmet Toker, "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda Ceza Yargısı", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 63, Dpn. 13).

1664 Yıldız, s. 319; Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 474.

1665 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 473.

1666 Çakmut, Bilirkişi, s. 1151; Yargıtay bir kararında *"İdarenin taraf olduğu bir davada, bitaraf mercilere veya uzman bilirkişilere resen başvurmak işin mahiyeti icabı zorunludur. Bu itibarla, davada taraf olan Orman İdaresinin cevabi yazısını dayanak yaparak eksik inceleme sonucu kurulan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir."* Demek suretiyle bilirkişini tarafsızlığını vurgulamıştır (Y.CGK., E. 1997/3-16, K. 1997/11, Dönmez, Bilirkişi, s. 1151).

1667 Çakmut, Bilirkişi, s. 1151.

2. Tıbbi Davalarda Bilirkişilik

Tıbbi hatalar da çözümü teknik bilgi ve uzmanlık isteyen mahkemelerce bilirkişi incelemesini gerektiren konulardandır. Bilirkişi incelemesi, tıbbi müdahalelerde hekimlerin kusurlu olup olmadıklarını tespit etmede ve cezalarının belirlenmesinde büyük öneme sahiptir. Tıp alanında faaliyet gösteren kişiler yapmış oldukları tıbbi müdahaleler sırasında bazı hataların oluşmasına neden olmuş olabilirler. Böyle durumlarda meydana gelen sorunların çözümü için tıp biliminin verilerini kullanarak titiz bir inceleme yapılması gerekir.

Uygulamada tıbbi hata davalarında en fazla karşılaşılan dava sebepleri, tıbbi müdahalede ihmal ya da gerekli tedavinin yapılmamasıdır. Bu noktada tıbbi bilirkişiler, hastalar üzerinde meydana gelen travmaları ve ailelerinin iddialarını mahkemelerde anlaşılabilir şikâyetlere çevirme görevini ifa etmektedirler[1668]. Tıbbi bilirkişi raporları başlıca şu dört unsuru içermelidir: Tamamlık, benimsenebilirlik, inandırıcılık ve çözülmesi gereken özel ve teknik sorunlar dışında kalan hukuksal sorunların yanıtlanmaması[1669].

Tıbbi müdahalelerden doğan yaralama veya ölüm olaylarında bilirkişiden istenen görüşler şu şekilde sıralanabilir[1670]:

a- Somut olayın özelliği göz önünde bulundurulmak suretiyle meydana gelen olumsuz neticede tıbbi hatanın bulunup bulunmadığının tespiti, Bu itibarla, somut olayda tıp biliminin gereklerine aykırı bir uygulamanın var olup olmadığının tespiti[1671],

b- Tıbbi hata varsa hatayı yapanın tespiti, Özellikle ekiple gerçekleştirilen tıbbi müdahalede müdahaleyi gerçekleştiren sağlık görevlilerinden kimin sorumlu tutulabileceğinin tespiti[1672],

---

1668 Çoşkun Yorulmaz, Ziya Kır ve Çetin Ketenci, "Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz, Gürsel Çetin), 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 56.

1669 Demir, Bilirkişi, s. 48.

1670 Yargıtay bir kararında bilirkişiden istenen bu hususları belirtmiştir. (Y.4.HD., E. 1993/8557, K. 1994/2138, Savaş, Tıbbi Hata, s. 125).

1671 Özgenç, Tıbbi, s. 2198; *"SSK hastanesi hekimi olan sanığın doğum tarihini tamamlayan bebeği zamanında almayarak ölü doğuma yol açıp açmadığı hususundaki kusurunun bulunup bulunmadığının YSŞ'dan görüş alınarak araştırılması gerekir."* (Y.4.CD., E. 2003/9165, K. 2004/7226, Sevindik, s. 63); Demir, Bilirkişi, s. 48.

1672 Özgenç, Tıbbi, s. 2198; Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 59; Savaş, Tıbbi Hata, s. 125.

c- Gerçekleşen neticeye mağdurun katkısının olup olmadığının tespiti,

d- Tıbbi müdahalenin başarısızlığı ile hastanın yaralanması veya ölmesi arasındaki nedensellik bağının tespiti[1673],

e- Cezai ve medeni yargılamada hekimin yapacağı tıbbi müdahale hakkında hastayı aydınlatma (aydınlatılmış onam) hatalarının tespiti,

f- Tıbbi müdahaleyi yapan hekimin söz konusu müdahaleyi resmi olarak yapmaya yetkili ve görevli olup olmadığının tespiti[1674],

g- Tıbbi müdahale sonucu meydana gelen zarara ilişkin (işgücü kaybı oranı) tespiti[1675],

h- Tıbbi standardın tespiti,

i- Tıbbi hata komplikasyon ayrımının yapılması[1676].

Mahkemeler bilirkişilik kurumlardan hekimin hangi durumda hangi hareketi yapması veya yapmamasının uygun bir davranış olacağı ve bu davranışının güncel tıbbın gerektirdiği bir işlem olup olmadığının tespitini ister. Diğer bir deyişle, bilirkişilik kurumları, "*olayla ilgili olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ne olması gerektiği ve sağlık personelinin hangi noktada bu yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya çıkarmaktadır."*[1677]. Tıbbi müdahale nedeniyle açılan kamu davasında yapılan tıbbi müdahalenin tıp bilimi verilerine uygun gerçekleşip gerçekleşmediği ve müdahaleye katılan sağlık ekibinin olumsuz neticeden kimin ne kadar sorumlu tutulacağı hususlarının tespiti belirtilmesi gerekir[1678]. Mahkemeler, YSŞ'dan hekimin

---

1673 Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 59; Demir, Bilirkişi, s. 48; *"...sanık hekimin seçtiği müdahale biçimi, dışında bir müdahale yönteminin sonucu değiştirip değiştiremeyeceği, özetle meydana gelen sonuçla sanığın müdahale biçimi açısından doğrudan nedensellik bağı kurulup kurulamayacağı saptandıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır."*(Y.4.CD., E. 1993/649, K. 1993/2611, Sümer, s. 7).

1674 Savaş, Tıbbi Hata, s. 125; *"...sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri, oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle YSŞ'dan rapor alınması suretiyle belirlenmesi..."* (Y.2.CD., E. 1996/4493, K. 1996/4682, Sümer, s. 6).

1675 Ayrıca bakınız Y.4.HD., E. 1993/8557, K. 1994/2138 (Çakmut, Bilirkişi, ss. 1157-1158); Savaş, Tıbbi Hata, s. 125.

1676 Yargıtay, bir kararında komplikasyonun varlığına ilişkin raporun neleri içermesi gerektiğini açıkça belirtmiştir: *"Anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz."* (Y.13.HD., E. 2007/2916, K. 2007/8485, Gökcan, Tıbbi, s. 57).

1677 Bilgen, Adli, s. 39.

1678 Özgenç, Tıbbi, s. 2201.

yapmış olduğu tıbbi müdahalenin hastanın ölüm veya yaralanmasına sebebiyet veren bir hareket olup olmadığını incelemesini ister. Burada önemli olan, hekimin somut durum karşısında tıbbi standardı uygulayıp uygulamadığı, yapılması gereken işlemlerde ihmal dikkat ve özen eksikliğinin olup olmadığı ve meslekte acemilik yetersizlik sayılan bir durumun olup olmadığının tespitidir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişiye başvurulmalıdır. Yine somut olayda hastaya uygulanan tıp bilimince kabul gören müdahalelerin sonucunda meydana gelebilecek istenmeyen sonuçların neler olduğunun (komplikasyon) tespiti de YSŞ'dan istenen bilgiler arasındadır[1679]. Bilirkişinin yaptığı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olup bunun dışında bilirkişi münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme de bulunamaz. Aksi halde bilirkişilik sınırları aşılmış olur[1680].

Tıbbi hatalara ilişkin davalarda bilirkişi seçiminde çok dikkatli davranılması gereklidir. Tıbbi alanda görüşüne başvurulan bilirkişiler mutlaka uzman hekim olmalıdır. Bu konuda pratisyen hekimlerin bilirkişiliği CMK 63/1 Maddesi gereğince kabul edilmemelidir[1681]. Çünkü burada önemli olan konusunda uzman işinin ehli olan bilirkişilerin vereceği doyurucu rapordur[1682].

Mahkemeler, tıbbi davalarda bilirkişilerden komplikasyon ile tıbbi hata ayrımını yapmalarını beklemektedirler. Bu konuda verilen bilirkişi raporları çok önemlidir. Bu tür tespitlerin yapılabilmesi için hasta kayıtlarının eksiksiz tutulması ve ölüm varsa otopsinin yapılmış olması gerekir. Yargıtay, trafik kazası sonucu acil servise getirilen hastanın gerekli tıbbi müdahalenin yapılmaması sonucu yaşamını yitirmesi olayında sadece hastanın yaralanmasına sebebiyet veren kişinin değil hastaya müdahale eden hekimin de ölüm neticesine katkısının araştırılması gerektiğine karar vermiştir[1683].

1679 Sinan Yol, "Şura'dan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, ss. 356-357. YSŞ, hekimlerin kusur ve durumlarını belirlemekle yetkilidir. Mağdurdaki arazın çehrede sabit eser veya uzuv tatili niteliğinde olup olmadığını belirleme yetkisi Adli Tıp Kurumu'ndadır.

1680 Bilgen, Adli, s. 41.

1681 Öztürk/Erdem, s. 472.

1682 B. Yılmaz, s. 401.

1683 Ünver, Tıbbi, s. 110.

Uygulamada mahkemeler olayların özelliğine uymayan[1684] ve dayanakları gösterilmeyen gereksiz ya da yetersiz gerekçe[1685] içeren bilirkişi düşüncesiyle bağlı olmayıp hâkim tarafından dikkate alınmaz. Örneğin, ameliyat sırasında batında cerrahi alet unutan hekim hakkında 15 saat süren ameliyatta hekimin aşırı yorgunluğunu gerekçe gösterip herhangi bir kusurunun olmadığını gösteren bir rapora mahkemenin itibar etmesinin olanağı yoktur[1686].

3. Tıbbi Hatalarda Başvurulan Bilirkişilik Kurumları

Mahkemeler tıbbi hataya ilişkin bir dava ile karşılaştıklarında Yüksek Sağlık Şurası[1687], Adli Tıp Kurumu[1688] ve Yüksek Öğretim Kurumları'ndan[1689] bilirkişilik

---

1684 *"Dosyadaki olgulara uygun düşmeyen Adli Tıp Kurumu raporundaki görüş HUMK 275. maddesi hükmünde aykırı olarak benimsenip davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."* Y.13.HD., E. 2000/8590, K. 200/9569, Savaş, Tıbbi Hata, s. 123).

1685 *"Somut olayda, normal doğum için bekletme ve sonrasında yapılan sezaryenle sanıkların herhangi bir ilişkisinin açıklanmadığı YSŞ raporundaki maddi öğeye uymayan değerlendirme esas alınarak hüküm verilemeyeceği"* (Y.6.CD., E. 2002/24001, K. 2004/1381, Savaş, Tıbbi Hata, s. 122).

1686 B. Yılmaz, s. 403.

1687 1930 yılında yürürlüğe giren Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile de bu yükümlüğü yerine getirecek bir yapılanma, yani Yüksek Sağlık Şurası oluşturulmuştur. Kurulun ve çalışma esasları ise 1984 tarihinde yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 210 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 31. maddesine göre yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Yüksek Sağlık Şurası *"önemli sağlık konuları hakkında ve tıbbi uygulamalar sonrası oluşan adli nitelik kazanmış olaylarda"* görüş bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Yüksek Sağlık Şurası'nda dosyalar üzerinde inceleme yapılarak mahkemelere görüş bildirilmektedir. Şura'nın vermiş olduğu görüşler mahkeme tarafından değerlendirilip olay hakkında yeterli kanaat verici nitelikte bulunmazsa, diğer bilirkişilerin vermiş oldukları görüşler doğrultusunda da hüküm kurulabilir. Yüksek Sağlık Şurası; Bakanlık Müsteşarı, Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu Başkanı, Temel ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürleri, Birinci Hukuk Müşaviri gibi doğal üyeler ile ülkede hizmetleri ve eserleri ile tanınmış Sağlık Bakanınca seçilen 11 üyeden oluşur. Görev süreleri 1 yıldır. Yılda en az bir kez toplanma şartı getirilmiş olup, bakanlığın gerekli görmesi halinde olağanüstü toplantılar da yapılabilmektedir (Umumi Hıfsızsıha Kanunu Md. 11-13).

1688 20.04.1982 tarih ve 17670 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, 2659 nolu Kurum Kanunu'na göre; Adli Tıp Kurumu, adalet işlerinde bilirkişilik (Ek ibare: 19.2.2003-4810/1 md.) yapmakla görevlendirilmiştir. Kurum, başkanlık, başkanlık kurulu, ihtisas daireleri ve kurulları ile şube müdürlüklerinden oluşmaktadır.

1689 Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun "Diğer Adli Ekspertiz Kurumları" başlığı altında "Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir" denilmiştir. Yine Yüksek Öğretim Kanunu'nun 37.maddesinde mahkemelerin teknik ve uzmanlık isteyen her konuda üniversite ve bağlı birimlerinden yararlanabileceğini, bilirkişi olarak görüş isteyebileceğini belirtmiştir. Aynı kanunun 38/2. maddesinde Yüksek Öğrenim Kurulu'nun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yüksek öğrenim kurumları ya da birimleri, ilgili adli

talebinde bulunur. Mahkemelerin bu tür davalarda bilirkişi kurumlarına başvurmaması bozmayı gerektirir[1690]. Tıbbi uygulamalar sonrası oluşan durumların adli nitelik kazanması durumunda açılan ceza davalarında, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu 75. maddesiyle Yüksek Sağlık Şurası'na tıbbi olaylarda bilirkişilik görevini yüklemiştir. Bu durum, mahkemelerin başka bilirkişilere başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması zorunluluğu**, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla kaldırılmıştır** [1691] . YSŞ'na tüm mahkemeler başvurabilmektedir [1692] . YSŞ'nın bilirkişilik alanı, 1593 sayılı kanunu tarafından sadece tıp sanatının yerine getirilmesinden kaynaklanan adli uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapacak şekilde sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme YSŞ sadece hekim hatalarını belirleyecek bunun dışında kalan alanlarda bilirkişilik Adli Tıp Kurumunca yapılacağı anlamına gelmektedir (2559 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu md. 23/c-3) [1693]. Danıştay, tıbbi hatalar konusunda bilirkişilik yapan resmi kurumlara başvurma konusunda bir zorunluluk olmamasına rağmen bu yerlerden görüş alınmadan diğer bilirkişilere başvurulamayacağını kararları ile sabit hale getirmiştir[1694].

Mahkemelerin tıbbi standardın belirlenmesinde ve hekimin tıbbi hatasının olup olmadığının tespiti konusunda bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası'na ya da

---

makamların talepleri ile adli tıp mevzuatı kapsamında adli tıp ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri belirtilmiştir.

1690 *"Sanıkların tıbbi hatada bulunduğu gerekçesi ile meslekten alıkoyma cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği nazara alınarak bir kezde Adli Tıp Kurumundan sanıkların kusurlu olup olmayacakları, kusurlu olmaları halinde kusur oranının ne olacağı hususunda rapor alınıp sonucuna göre karar verilmelidir."* (Y.2.CD., E. 2002/18229, K. 2003/16386, Kararevi.com. Erişim tarihi: 06.07.2012).

1691 *"Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSŞ'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren YSŞ'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir."* (Anayasa Mahkemesi'nin 3.6.2010 tarih, E. 2009/69, K. 2010/79, R.G. Tarih-Sayı: 22.10.2010-27737 kararı).

1692 D.2.D., E. 1993/2401, K. 1994/2200 (Çakmut, Bilirkişi, s. 1161, dpn. 80).

1693 RG. 20.04.1982, No.17670, "*Adli Tıp Genel Kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz. Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 10 ncu maddesinin hükümleri saklıdır."*

1694 Kızılyel, s. 216.

diğer bilirkişilik kurumlarına başvursa da bilirkişinin görüşleriyle bağlı değildir[1695]. Hiçbir denetim yapmadan bilirkişi raporları hükme yansıtılamaz[1696]. Öyleyse hâkim, bilirkişi raporunu dikkate alacak değerlendirecek, raporda ortaya konulan bilgileri hiç denetlemeden hükme esas alamaz. Yargıtay da bir kararında bu hususa değinmiştir[1697]. Resmi bilirkişi kurum raporları usulüne göre hazırlandıktan sonra sadece söz konusu kurum için kesindir. Dolayısıyla bilirkişi görüşüne başvuran adli makamlar için kesin değildir[1698].

Mahkemeler, YSŞ' ye ait raporları yeterli[1699] ve çelişkisiz[1700] ise ve olayın çözümüne elverişli görürse dikkate alabilir[1701]. Raporun eksik olması nedeniyle YSŞ'nın raporuna itiraz halinde veya bilirkişilik kurumuna ait raporların çelişkili olması halinde mahkemeler diğer kurumlardan görüş isteyebilmektedirler[1702]. Yine

---

1695 Hakeri, Tıp, s. 383; Çakmut, Bilirkişi, s. 1159; S. Erman, s. 152; Kaneti, s. 535; Demir, Bilirkişi, s. 46; Akgül, s. 77.

1696 Yenisey, Tıbbi Deliller, s. 318.

1697 Y.4.HD., E. 1973/2684, K. 1973/2978 (Hakeri, Tıp, s. 383).

1698 Çakmut, Bilirkişi, s. 1159.

1699 *"Mahkemece, idari soruşturma sırasında alınan bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalıların eylemi ile ölüm arasında nedensellik bağı bulunmadığından davanın reddine karar verilmiştir. Ancak dosyada mevcut bilirkişi raporu karar vermeye yeterli bulunmamaktadır. Bu konuda yetkili olan Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı biçimde davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından, kararın bozulması gerekmiştir."* (Y.4.HD., E. 2003/4924, K. 2003/10461, kararevi.com, erişim tarihi: 06.07.2012).

1700 Yargıtay, bir kararında *"dosya içerisinde bulunan adli tıp raporlarının birbiri ile çelişkili olup hüküm kurmaya elverişli, inandırıcı ve tatminkâr olmaktan uzaktır. Öyle olunca çelişkili rapora itibar edilip, hüküm kurulamaz. O halde mahkemece yapılacak iş, üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bir kurul aracılığı ile ....*şeklinde belirtmek suretiyle bilirkişi raporlarını çelişkili olması halinde üniversitelerden rapor istenebileceğini belirtmiştir (Y.13.HD., E. 2006/6143, K. 2006/11224, Savaş, Tıbbi Hata, s. 100).

1701 Ünver, Tıbbi, s. 110.

1702 *"YSŞ'nın raporlarında meydan gelen olayla sanıkların eylemleri arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilerek kusur izafe edildiği halde Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun raporunda ise sanıkların olayda kusurlarının bulunmadığının belirtilmesi karşısında kurumların verdiği rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkilerin giderilmesi için bir kez de Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken…"* (Y.9.CD., E. 2007/5472, K. 2007/4866; Y.2.CD., E. 2004/21965, K. 2005/6580, Sümer, ss. 3-4). "*Hastanede yapılan ameliyatta bir gözün yitirilmesi halinde, yüksek sağlık şurasınca verilen kararın idarenin hizmet kusurunu saptamak yönünden yetersiz olması durumunda, konunun adli tıp kurumuna intikal ettirilmesi gerekir."* (D.10.D., E. 1994/1725, K. 1995/4827, Kararevi. com, erişim tarihi: 06.07.2012); *"...dava konusu olay etraflıca incelenerek davalının kusurlu olup olmadığı kesin olarak belirlenmeli, bunun için, somut olayın özelliği itibariyle davalının tıp biliminin gerektirdiği konularda gerekli özeni gösterip göstermediği, diğer bir anlatımla, somut olaya göre bilimin öngördüğü biçimde hareket edip etmediği saptanmalıdır. O halde, dosyadaki tüm veriler gönderilip bunlar değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Kurumundan, gerekirse Üst Kuruldan doyurucu bir rapor alınmalıdır. Mahkemece, anılan yönler gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir."* (Y.4.HD., E. 2003/307, K. 2003/5910, karaevi.com, erişim tarihi, 06.07.2012).

tıbbi hatanın tespiti için Adli Tıp Kurumu'nun ilgili ihtisas dallarından ve üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından mahkemeler görüş isteyebilmektedirler[1703]. Bu bilirkişilik kurumlarından Adli Tıp Kurumu [1704] hem ceza hem hukuk mahkemelerine görüş bildirirken Yüksek Sağlık Şurası sadece ceza mahkemelerine görüş bildirmektedir. Adli Tıp Kurumu'na tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili olarak gönderilen dosyalar Adli Tıp 3. ihtisas kurulunca incelenmektedir. Karara itiraz halinde Adli Tıp Genel Kurulu'ndan görüş istenmektedir. Yargıtay kararlarında YSŞ'na ait bir rapordan şüphe duyulması halinde Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi raporu alınmasına karar vermiştir[1705]. YSŞ raporu ile Adli Tıp raporu arasında çelişki olursa Adli Tıp Genel Kurulu'ndan görüş alınmaktadır. YSŞ'nın vermiş olduğu mahkeme tarafından değerlendirilip olay hakkında yeterli kanaat verici nitelikte bulunmazsa, diğer bilirkişilere inceleme yaptırabilir ve onların vermiş oldukları görüşler doğrultusunda hüküm kurulabilir [1706]. Uygulamada Adli Tıp Kurumu, konusunda çok iyi derecede uzmanlaşmış bir kurum olarak görülmekte ve isabetli bilirkişi raporları vermektedir. Bu nedenle hakimler genellikle bu kurumu tercih etmektedirler[1707].

Tıbbi uygulama hatalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemeler, YSŞ ve Adli Tıp Kurumu dışında üniversitelerin tıp fakültelerine ve uzmanlık derneklerine başvurabilmektedirler. Adli Tıp Kanunu 31. maddesi yükseköğretim kurumları veya birimlerinin adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda CMK'ya göre resmi bilirkişi sayılacağını belirtmiştir. Bunun dışında mevzuatımızda konuyla ilgili olarak, bazı hekimlerin de (serbest çalışan

---

1703 Y.6.CD., E. 2002/24001, K. 2004/1381 (Çakmut, Bilirkişi., s. 1159), Hakeri, Tıp, s. 388; Y.1.CD., 12.12.1967 (Hancı, Malpraktis, s. 22); Budak, s. 337; Demir, Bilirkişi, s. 50; "Raporlar arasında husule gelen çelişkinin giderilmesi yönünden Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan görüş alınarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." (Y.2.CD., E. 2004/21965, K. 2005/6580, Savaş, Tıbbi Hata, s. 214).

1704 Adli Tıp Kurumu tıbbi uygulama hatalarını tespit dışında yargılama makamlarına ölüm, yaralama, genetik inceleme, yaş tayini, sanığa ya da mağdura ait kıl, sperm, tırnak ve diğer dokuların incelenmesi, suça karışan çocukların algılama yeteneklerinin tespiti, cinsel suçların aydınlatılmasında gerekli olan vücut muayenelerinin yapılması gibi işlemeleri de yapmaktadır (ÇAKMUT, Bilirkişi, s. 1163).

1705 Y.2.CD., E. 1999/2024, K. 1999/3731; Y.2.CD., E.1995/7277, K. 1995/8683 (Hakeri, Tıp, s. 385).

1706 Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 59; Yenisey, Tıbbi Deliller, s. 318.

1707 Yılmaz, 401.

hekimler, hükümet tabipleri, belediye tabipleri ve sağlık ocağı hekimleri) bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri belirtilmiştir[1708].

Hekimin aydınlatılmış onam ihlallerine ilişkin yapmış olduğu hatalarda bilirkişi incelemesine gerek duyulmamaktadır. Hastanın rızasını almadan tıbbi müdahalede bulunulmuşsa hastanın durumu ne olursa olsun yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağı için bu davalar hekimin aleyhine sonlanabilmektedir[1709].

4. Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Sorunlar

Tıbbi hataların tespitinde gerek mahkemelerin gerekse bilirkişi kurumlarına gelen hastaya ait tıbbi dosyaların eksik, düzensiz ve arşivlenmediği gözlenmektedir[1710]. Olgular ve olaylar değerlendirilirken ve tıbbi hataya ilişkin

---

1708 Söz konusu hekimlerin bilirkişilik yapma koşulları için bakınız Çakmut, Bilirkişi, s. 1165.

1709 Ünver, Tıbbi, s. 111.

1710 Yargıtay bir kararında bu durumdan bahsetmiş eksik bilgi ve belgelere dayanarak hüküm tesis edilemeyeceğini vurgulamıştır. *Somut olayda davacının yoğun ağrıları ve şikayetleri nedeni ile 22.6.1994 tarihinde gittiği Özel Sağlık Hastanesinde davalı Doktor Bahattin C. tarafından taşlı kese teşhisi konarak aynı gün laparoskopik Kollesistektami yöntemi ile safra kesesinden ameliyat olmasına rağmen 16.4.2001 ve 14.5.2001 tarihli raporlarda belirttiği üzere normalden küçük olan safra kesesinde lümen içerisinde taş bulunmuş olmasına göre ameliyat anında safra kesesinin alınmamış olması ya da safra kesesi alınmasına rağmen zaman içerisinde hastanın bünyesine göre yeniden taş oluşmasının mümkün olup olması önem kazanmaktadır. Durum böyle olunca ameliyatta ne yapıldığının bilinmesi gerekir. Oysa mahkemece İzmir Ö... Sağlık Hastanesinden davacı Hatice Ö.'a ait ameliyat dosyası getirtilmemiş, önce Ege Üniversitesi Hastanesi Başhekimliğine müzekkere yazılarak rapor alınmak istenmiş, oradan rapor temin edilemeyince bu kez Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabibliğine müzekkere yazılarak 1. Genel Cerrahi Klinik Şefi Op. Dr. Ercüment T.'dan rapor alınmış, bu rapora göre karar oluşturulmuştur.Hemen belirtelim ki, davaya ait ameliyat dosyası getirtilmeden dosya tevdi edilmeden bir müzekkere üzerine alınan rapor yetersiz olup hükme dayanak yapılamaz.Bu durumda mahkemece yapılacak iş, öncelikle İzmir Ö.... Sağlık Hastanesinden davacı Hatice Ö.'a ait ameliyat dosyası getirtilip, konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında ameliyatta safra kesesi çıkartılırken keseyi ana safra yoluna bağlayan kanalın bir kısmının bırakılmasının bütün ameliyatlarda uyulması gerekip, gerekmediğinin, S... Nükleer Özel Teşhis Merkezi Ltd.Şti.nin 14.5.2001 tarihli raporuna göre normalden küçük olan safra kesesi lümen içerisinde taşlar oluştuğu belirtildiğine göre ameliyatta safra kesesinin alınıp alınmadığının, safra kesesi alınmasına rağmen kalan kısımda hastanın bünyesine göre 4-5 yıl içinde yeniden taş oluşmasının mümkün olup olmadığının davacının ameliyat sonrası, 16.4.2001 tarihli G.... Tıp Merkezi ile 14.5.2001 tarihli S.... Nükleer Özel Teşhis Merkezi Ltd.Şti. raporuna gelinceye kadar şikayetleri ile ilgili tedavi olduğuna dair belgesi olmadığı da değerlendirmede irdelenerek tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmamasına göre bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* (Y.13.HD., E. 2003/711, K. 2003/4255, http://www.nethasar.com/yargitay_kararlari-616_tr_cd.html, erişim tarihi: 21.07.2012).

karalar alınırken söz konusu tıbbi belgelere göre işlem yapıldığından hekimin tıbbi kayıtları düzenli ve eksiksiz tutması büyük önem taşır[1711]. Bu kayıtlar, aynı zamanda tıbbi hatanın tüm türlerini tespit için aydınlatıcı belgelerdir[1712]. Tıbbi hataya ilişinki davalarda hayati önem arz eden bu kayıtlar gerektiği biçimde incelenip değerlendirilemediği zaman hasta ve hekim açısından olay aydınlatılamamaktadır. Bu nedenle bilirkişiye gönderilen belgelerin fotokopisi okunur şekilde olmalıdır. Bilirkişilere gönderilen belgelerin asıllarının gönderilmesi iyi olacaktır[1713]. Tıbbi kayıtlar bu tür davalarda delil niteliğindedir. Suçun ispatı ve olayın aydınlatılması bakımından büyük önem arz eder. Bu tür kayıtların ilgili mahkemeye eksiksiz bir biçimde ulaştırılması hasta ve hekim açısından hak kayıplarının önüne geçecektir. Böylece davanın tarafları açısından yaşanabilecek mağduriyetler ve insan hakları ihlallerinin önüne geçilmiş olacaktır.

Yapılacak bilirkişi incelemesinde hastanın dosyası[1714] ve tanık beyanları dahil tüm delillerin özenli bir biçimde ayrıntılı olarak irdelenmesi ve bilimsel verilere uygun raporlarla tespit edilmesi gerekir[1715]. Tıbbi müdahalede yapılan hatanın tespiti için başvurulan bilirkişi incelemeleri kanuna uygun şekilde yapılmalıdır. Aksi halde yapılan işlem hukuka aykırılığı doğuracaktır[1716]. Bilirkişi raporları, dosya kapsamına

---

1711 Bilgen, Adli, s. 41; Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 59.

1712 *"Mahkemenin kararına dayanak yaptığı 23.06.2000 tarihli el cerrahisi, ortopedi ve travmatoloji uzmanlarından oluşan bilirkişi kurulu raporunda, olayın oluşumu ve uygulanan tedavinden söz edilip, "bunun ortopedi uzmanlığını almış her ortopedist tarafından yapılabilmesi nedeni ile tıbbi hata düşünülmemiştir." denilmiştir. Raporda, somut olaydaki gibi bir kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle bilirkişi raporu yetersiz olup hükme dayanak yapılamaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya adli tıp kurumundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle, yapılanın ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (BOZULMASINA), peşin harcın istek halinde iadesine, 08.02.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi."*(Y.13.HD., E. 2001/380, K. 2001/1303, kararevi.com erişim tarihi: 06. 07. 2012).

1713 Sunay Akyıldız, "Hekimin Ceza Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 991; Çakmut, Bilirkişi, s. 1178.

1714 *"Durum böyle olunca ameliyatta ne yapıldığının bilinmesi gerekir. Oysa mahkemece Özel S Hastanesinden davacı HÖ ye ait ameliyat dosyası getirtilmemiş, rapor temin edilemeyince…"* (Y.13.HD., E. 2003/711, K. 2003/4255, Savaş, Tıbbi Hata, s. 245).

1715 Ünver, Tıbbi, s. 111.

1716 Çakmut, Bilirkişi, s. 1178.

uygun, hakim, taraf ve vekillerce anlaşılır, sonuç kısımları gerekçeli olmalıdır. Yine raporlar, dil ve yazım tekniği kullanılan dil gibi yönlerden maddi gerçeği ortaya çıkarmaya katkı sağlayacak nitelikte olmalıdır. Dosya kapsamında yer alan ifadelerin özetinden başka bir şey içermeyen (tıbbi hata, nedensellik bağı, sonuç, vs. içermeyen) raporlar adli makamlara yardımcı olmayacaktır. Raporların içeriği, ceza sorumluluğun temelindeki kusuru belirleyecek şekilde adeta hakimin yerine geçip karar vermek biçiminde olmamalıdır. Zira taksire dayalı kusuru belirleyecek olan hakimdir[1717].

Tıp bilimi sürekli bir değişim içerisindedir. Her uzmanlık alanı, kendi içerisinde değişik öğretilere, uygulamalara sahiptir. Bu dinamik yapı, tıbbi hatalarda bilirkişiliği zorlaştırmaktadır. Tıbbi bilirkişiliğin çok önemli olduğu tıbbi hataya ilişkin yargılamalarda ciddi sıkıntılara yol açabilmekte birbirinden tamamen farklı görüşleri içeren çelişkili raporlar ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerde ve bilirkişilik kurumlarında biriken bu tür dosya sayısı azımsanmayacak ölçülere ulaşmış durumdadır. Bilirkişilik kurumları çözümsüzlük üreten bir kurum olarak hiç olmadığı kadar tartışılan kurum haline gelmiştir[1718]. Buna bağlı olarak hekimlerin taksire dayalı cezai sorumluluklarının mahkemelerce belirlenmesi güçleşmektedir.

Bilirkişi olarak seçilen kişilerin gerçek anlamda konunun uzmanı ve özel ve teknik bilgiye sahip kişiler olmalıdır[1719]. Tıbbi hatanın olup olmadığı tıbbi hata ile ölüm veya yaralanma neticesi arasındaki nedensellik bağının tespiti bilimsel verilerle desteklenip gerekçelendirilmesi gerekir[1720]. Yine tıbbi bilirkişi, dava konusu bilimsel olaya hakim olmalı mahkemenin istediği tüm sorulara yanıt vererek hiçbir kuşkuya

---

1717 Toker, s. 61.

1718 Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 62.

1719 Demir, Bilirkişi, s. 50; Çakmut, Bilirkişi, s. 1178; Ünver, Tıbbi, s. 114; *"...mahkemece yapılması gereken iş, uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, cerrahi müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında, böyle bir müdahale yönünden alınması gereken önlemler, hazırlıklar, yapılacak işlemler, müdahale sırasında ve sonrasında uyulması ve uygulanması gereken tıbbi kural ve ilkeler çerçevesinde, olması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, varsa bunların nelerden ibaret olduğunun, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının, davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre bir karar verilmesidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."* (Y.13.HD., E. 2000/01446, K. 2000/04438, erişim tarihi: 06.07.2012).

1720 Çakmut, Bilirkişi, s. 1178; Ünver, Tıbbi, s. 114.

yer vermeyecek şekilde objektif olarak raporunu hazırlamalıdır. Uygulamada dikkatsizce seçilen bilirkişilerin yargılama sürecini uzattığı görülmektedir. Oysa bilirkişiler olaya göre seçilmelidir[1721].

Heyet raporu istenen uyuşmazlıklarda çoğu zaman heyet toplanamamakta rapor bir kişi tarafından yazılmaktadır [1722] . Özellikle YSŞ yılda bir kez toplandığından dosyalar birikmekte ve yargılama süreci uzamaktadır[1723].

Bilirkişi raporları anlaşılır ve sade bir dille yazılmalıdır. Özellikle tıbbi terimlerden ve kısaltmalardan kaçınılmalıdır[1724]. Yine yazım hatalarından fazlalık gereksiz bilgilerden kaçınılmalıdır. Bu tür durumlar mahkemece bilirkişi raporunun aceleye getirilmesi olarak algılanabilir[1725].

Uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun, hekimlerin bir diğer meslektaşı adına bilirkişilik yapmak istemeyişidir.

Mahkemelerce tıbbi hata iddiaları değerlendirilirken tıbbi müdahale sonucu oluşan zararın meydana geldiği ortamın koşulları, uygulamayı yapan hekimin statüsü (pratisyen, uzman öğretim üyesi gibi), hekimin mesleğini uygulamak için edinmiş olması gereken ortalama bilgi ve beceri düzeyi, bu düzeyden bir sapma olup, olmadığı; o ülke ya da yer için kabul edilen ortalama tıbbi bakım standardından bir sapma olup, olmadığı, meydana gelen zararlı sonucun hatanın sonucu olup olmadığı (ceza hukukunda ilgili madde hükmünce) göz önünde bulundurulmalıdır.

Uygulamada bilirkişi raporları Yargıtay tarafından şu gerekçelerle bozulmaktadır:

a- Bilirkişiliğin dava konusu olayın uzmanlığı olmayan bilirkişilerce yapılması halinde Yargıtay kararı bozmaktadır. Örneğin, Hastanın ağız içerisinde bulunan yara ve ağrının giderilmesi için yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin hatada raporu veren heyette kulak burun boğaz uzmanın bulunmaması durumunda bu rapora dayanılarak sorumluluk değerlendirilmesi yapılmalıdır[1726].

1721 Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 63.
1722 Çakmut, Bilirkişi, s. 1178.
1723 Yenisey, Tıbbi Deliller, s. 314.
1724 Çakmut, Bilirkişi, s. 1180.
1725 Yorulmaz/Kır/Ketenci, s. 63.
1726 Y.13.HD., E. 2005/11159, K. 2005/17474, Y.13.HD., E. 2005/15960, K. 2005/56281, Y.13.HD., E. 2006/14854, K. 2006/3416 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112); Y.13.HD., E. 2001/380, K.

b- Olayın özelliklerini yansıtmayan yani olayın nitelik ve niceliğini kavramayan[1727].

c- Çelişkili[1728], eksik inandırıcı ve tatmin edici gerekçelere dayanmayan[1729]. Özellikle bilirkişilerce yapılan eksik inceleme ve tespitlerin yüksek mahkemeyi tatmin etmediği ve eksik inceleme nedeniyle kararların bozulduğu görülmektedir[1730].

d- Dosyadaki olgularla uyumlu olmayan[1731], özellikle kesin olarak saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan[1732].

e- Hekimin kusurlu hareketini saptamayan[1733].

f- Hekimin kusurlu hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağının usulüne uygun saptanmaması [1734].

2001/1303 (kazancı.com, erişim tarihi: 12.07.2012); Y.13.HD., E. 2006/10068, K. 2006/13288; Y.13.HD., E. 2006/5554, 2006/11186 (www. Sinerjias. com.tr, erişim tarihi. 12.07.2012).

1727 Y.13.HD., E. 2006/14854, K. 2006/3416 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112); S. Erman, s. 152; Y.4.HD., E. 1973/2684, K. 1973/2978 (Savaş, Tıbbi Hata, s. 251).

1728 Y.13.HD., E. 2000/1446, K. 200/4438; Y.4.CD., E. 2004/10373, K. 2006/13795 (kazancı.com, erişim tarihi:12.07.2012).

1729 Y.13.HD., E. 2004/17549, K. 2004/7438; Y.13.HD., E. 2000/10347, K. 2000/11083 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112); S. Erman, s. 152; "*Mahkemece yapılacak iş, Yüksek Sağlık Şurası raporu ile ameliyat öncesi ve sonrası tüm gözlem raporları, tetkik sonuçları, ameliyat raporu buna ilişkin MR, tahlil sonuçları vs. ile birlikte Adli Tıp'a, gerektiğinde hastanın da bizzat sevki suretiyle davalıya atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda* ***gerekçeli,*** *dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alınmalı ve ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*"(Y.13.HD., E. 2002/7925, K. 2002/10687, Kararevi. Com. Erişim tarihi: 06.07.2012).

1730 Savaş, Yargı Kararları, s. 185; Y.13.HD. E. 2001/380, K. 2001/1303; Y.13.HD., E. 2001/10959, K. 2002/487 (kazancı.com, erişim tarihi. 12.07.2012).

1731 Y.13.HD., E. 2000/8590, K. 2000/9569 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112), Y.13.HD., E. 2006/10057, K. 2006/13842, kazancı.com, erişim tarihi: 12. 07.2012).

1732 S. Erman, s. 152; Y.13.HD., E. 2003/711, K. 2003/4255; Y.13.HD., E. 2001/380, K. 2001/1303 (www. Sinerjias.com.tr, erişim tarihi. 21.07.2012).

1733 HGK., 1978/3596, K. 1978/696 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112); Y.4.CD., E. 2006/52, K. 2006/ 12500, Y.4.CD., E. 2004/7665, K. 2006/12374 (Savaş, Tıbbi Hata, s. 207); "*Dosya içerisinde mevcut İstanbul Tabip Odası O. Kurulunun 9.8.2000 günlü kararı ile sanıkların tıbbi hatada bulunduğu gerekçesi ile meslekten alıkoyma cezası ile cezalandırılmalarına karar verildiği nazara alınarak bir kezde Adli Tıp Kurumundan sanıkların kusurlu olup olmayacakları, kusurlu olmaları halinde kusur oranının ne olacağı hususunda rapor alınıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu araştırma yapılmadan eksik soruşturma ile yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiş müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepden dolayı isteme aykırı olarak BOZULMASINA 9.12.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."* (Y.2.CD., E. 2002/18229, K. 2003/16386, kararevi.com, erişim tarihi: 06.07.2012). Y.13.HD., E. 2007/14545, K. 2008/3803, kazancı.com, erişim tarihi: 12.07.2012).

1734 Y.13.HD., 2000/1146, K. 2000/4438 (Ünver, Tıbbi, ss. 111-112); Y.6.CD., E. 2002/24001, K. 2004/1381, Y.2.CD., E. 1994/4916, K. 1995/6186 (Savaş, Tıbbi Hata, s. 206).

Açık tartışmasız beceri kusurlarında bilirkişiye başvurulmayabilir[1735]. Yargıtay, çok ağır tıbbi hataların varlığında bilirkişiden görüş istememektedir. Örneğin, batın içinde gazlı bez unutan hekim için böyle bir karar verilmiştir[1736].

B. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Tüm hâkimler önlerine gelen davada nitelik itibariyle aynı işi yani yargılama işini yapmaktadırlar. Uygulamada ihtiyaçtan kaynaklanan bir işbölümüne gidilmesi gereği duyulduğundan kanunlarda yetki kurallarına yer verilmiştir. Hâkimlerin yetkileri madde, yer, kişi ve görev bakımından olmak üzere dört çeşittir. Ceza muhakemesi hukukunda hangi hâkimin hangi tür ve ağırlıktaki işe bakacağını gösteren kurallara madde bakımından yetki kuralları denir[1737]. CMK 3. maddesinde "*Mahkemelerin görevleri kanunla belirleneceği"* belirtilmiştir. Yine 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un[1738] 10-12. maddelerinde sulh, asliye ve ağır ceza mahkemelerinin hangi tür ve ağırlıktaki işlere bakacağı belirlenmiştir[1739]. Bu açıklamalardan sonra hekimlerin hatalı tıbbi müdahale sonucu taksirle ölüme sebebiyet verme suçunda görevli mahkeme, TCK 85/1. maddedeki durumlarda cezanın üst sınırının altı yıl olması nedeniyle 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10-12. maddeleri gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir. Suçun TCK 85/2. maddesinde belirtilen, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden

---

1735 Y.HGK., E. 1978/1976-4, K. 1978/3539-696 (Aşçıoğlu, s. 97).
1736 Y.13.HD., 1983/7237, K. 1983/1783 (Ünver, Tıbbi, s. 114).
1737 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 254.
1738 RG. 7.10.2004, No. 25606.
1739 "*Sulh ceza mahkemesinin görevi*
MADDE 10: Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adlî para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adlî para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.
Asliye ceza mahkemesinin görevi
MADDE 11: Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.
Ağır ceza mahkemesinin görevi
MADDE 12: Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir."

olma durumlarında görevli mahkeme, 5235 sayılı kanunun 12. maddesi gereği Ağır Ceza Mahkemesidir. Burada 5235 sayılı kanunun 14. maddesinde "*Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur."* İfadesi TCK 85/2. maddesi için uygulama alanı bulmaz. Çünkü maddede düzenlenen suçun nitelikli hali olmayıp özel bir içtima hali olarak kabul edilmektedir[1740].

Hâkimlerin hangi yerdeki işe bakacağını gösteren yetki kurallarına yer bakımından yetki kuralları denir[1741]. Yer yönünden yetki kuralları, ülkenin coğrafik alanlarına göre yargı çevrelerine bölünmesini ifade eder. Her mahkemenin kendine ayrılan yargı çevresinde faaliyet göstermesi, delillerin toplanması ve muhakemenin hızlı yapılması açısından kolaylık sağlar[1742]. Yer bakımından yetkili mahkeme, kural olarak, suçun işlendiği yer mahkemesidir (CMK md. 12/1). Bu suçta, yetkili mahkeme, taksirli hareketin yapıldığı yerdeki mahkemedir. Suçun işlendiği yer hangi mahkemenin yargı çevresinin sınırları içerisindeyse o suçu yargılamaya o mahkeme yetkilidir. Şekli ve ani suçlarda yetkili mahkemenin tespiti bu şekilde tespit etmek kolaydır. Ancak maddi neticeli mesafe suçlarında hareketin bir mahkemenin, neticesinin ise başka bir mahkemenin yargı çevresi içerisinde gerçekleşmesi mümkündür. Suçun işlendiği yer, hareketin gerçekleştirildiği veya neticenin ortaya çıktığı yerdir. Böyle bir durumda karma teorinin kabul edilerek suçun hareketin veya neticenin meydana geldiği her yerde işlenmiş kabul edilir. Mahkemeler bu hallerde, aralarında anlaşarak bir yeri yetkili görmelidir[1743]. Örneğin, Manisa'da ameliyat geçiren bir kişinin yoğun bakım koşulları olan İzmir'deki bir hastaneye nakledilmesinden sonra burada ölmesi halinde yetkili mahkeme hem hareketin gerekleştiği yer olan Manisa hem de neticenin ortaya çıktığı yer olan İzmir mahkemeleri yetkili olacaktır.

Taksirle adam öldürme suçu takibi şikâyete bağlı olmayan, soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılan suçlardandır[1744].

1740 Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 242.
1741 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 288; Özbek, s. 547.
1742 Centel/Zafer, s. 391.
1743 Öztürk/Erdem, Muhakeme, s. 288; Centel/Zafer, s. 391.
1744 Artuç, s. 248; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 242; Savaş, Tıbbi Hata, s. 198.

Ülkemizde kamuda çalışan hekimler ile özel sektörde çalışan hekimler aleyhine açılan cezai davalarda farklı prosedürler işletilmektedir. Özel sağlık merkezlerinde sağlık hizmeti veren hekim hakkında, Cumhuriyet Savcısı doğrudan soruşturma yapabilecektir. Ancak kamuda çalışan hekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na[1745] bağlı olduğundan ve devlete ait bir kurumda "kamu görevlisi"[1746] sıfatıyla çalıştığından[1747] hakkında doğrudan soruşturma başlatılamaz. Yükümlülüklerini yerine getirmediğinde bu kanun hükümlerine göre disiplin cezasına çarptırılabileceği gibi hakkında kamu davası açılması da mümkün olabilir. Suçun faili olan hekim, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun[1748] kapsamına giren bir kişiyse bu kanuna göre önce soruşturma izni alınmalıdır[1749]. Söz konusu iznin yetkili mercii ya da itirazı inceleyen makam tarafından verilmemesi halinde kamu görevlisi hekim hakkında Cumhuriyet

---

1745 RG. 23.07.1965, No. 12056.

1746 Anayasa'da Kamu görevlisinin tanım verilmemiş sadece yürüttükleri işlerden bahsedilmiştir. 128. madde şu şekildedir:*"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" Kamu görevlisi 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu 3. maddesinde "*Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonunda daimî suretle çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri"* olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi burada kişini yaptığı iş ve görev değil, çalıştığı yer veya çalışma statüsü esas alınmıştır. Kamu görevlisi, TCK 6. maddesinde "*Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* olarak tanımlanmıştır. Ceza kanununda yapılan tanım kişinin yaptığı işi esas almıştır. Bu tanımlar göz önünde bulundurulduğunda şu üç unsur öne çıkmaktadır: yürütülmekte olan kamusal faaliyetin bulunması ve o kişinin kamusal faaliyete katılması ve kamu hukuku bağı. Kamu tüzel kişilerinin insan unsuruna kamu görevlisi denilir. En dar anlamda devlet memurlarını ifade eder (Ramazan Çağlayan, "Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 33).

1747 Güran, s. 77; Kamu görevlisi kavramı, birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir Bununla birlikte Türk Hukukunda tüm hukuk dalları için geçerli bir kamu görevlisi tanımına yer verilmemiştir. Kanun koyucu genel bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Yargıtay bu kavramı ceza hukuku açısından yorumlamaktadır. Bu bakış açısının temelinde kamu görevlisi olarak cezalandırılması gerekenlerin hukuki boşluktan yararlanarak cezadan kurtulmalarını engelleme ve suçsuzların da haksız yere cezalandırılmalarına mani olma düşüncesi yatmaktadır (Hüseyin Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2010/1, ISSN 13009885, ss. 111-112).

1748 RG. 04.12.1999, No. 23896.

1749 Artuç, s. 248; Akyıldız, s. 889; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Özel, s. 242; Hakeri, Hastane, ss. 162-163; *"Sanığın ….eyleminin görevinden kaynaklanması nedeniyle 4483 sayılı yasaya göre soruşturma izni alınmasının gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırıdır."* (Y.9.CD., E. 2005/7337, K. 2006/1418, Sümer, s. 1); *"657 sayılı yasaya tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadıkları araştırıldıktan sonra haklarında 4483 sayılı yasa uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediği tartışılıp…"* (Y.9.CD., E. 2007/600, K. 2007/6274, Sümer, s. 1); "*…doktor olan sanığın 657 sayılı Kanuna tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadığı araştırılarak hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması"* (Y.9.CD., E. 2008/16443, K. 2008/14064, kararevi.com, erişim tarihi, 06.07.2012).

Başsavcılığı'nca doğrudan soruşturma yapılamamaktadır. Uygulamacılar bu prosedürün uygulamada zaman ve hak kayıplarına yol açtığını belirtmektedirler. Yine söz konusu iznin alınması sırasında lüzum-u muhakeme kararı beklenirken men-i muhakeme kararı ile karşılaşan hasta ve yakınları hak arama yoluna gitmemektedir[1750]. Bu durum hekim tarafından yapılmış olan birçok tıbbi hatanın üzeri örtülü şekilde kalmaktadır. Bizce kamuda çalışan hekimler için uygulanan bu koruma kalkanı kaldırılmalıdır.

Kanaatimizce bu tür davalarda konuyla ilgili uzmanlaşmış sadece bu işlere bakan savcı ve hâkimlerin varlığı gereklidir. Böylelikle bu tip davalarda özellikle mağdur ve avukatlarının hak arama mücadelesinde sorunlar büyük oranda aşılmış olacaktır.

[1750] Akyıldız, s. 889.

SONUÇ

Tez çalışmamızın sonucunda ceza hukukunda hekimin tıbbi müdahalesinden doğan taksirle adam öldürme suçunu incelerken ulaştığımız çeşitli sonuçlara değinmeyi uygun görmekteyiz.

- Hekim insanlardaki hastalıkları tanı koyan ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimsedir. Hekimlik yapmaya ehil kişiler, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu kurallar, aynı zamanda bir kişinin kanunen hekimlik yapama koşulları olup bu koşulları sağlamayan kişilerin yapmış olduğu tıbbi müdahale, zorda kalım durumu dışında hukuken geçerli olmayacaktır. Yine bu şekilde hekimlik yapanlara yetkisiz hekimlik yapma suçundan dolayı yaptırım uygulanacaktır.
- Hekim, kişilere tanı, tedavi, iyileştirme ve koruyucu amaçlı bir takım müdahalelerde bulunulur. Bu müdahaleler, kişinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne yöneliktir. Kişinin yaşam hakkı, sağlık hakkı, beden bütünlüğü hakkı, kişilik hakları içinde önemli bir yer tutar. Kişinin bu hakları, mutlak, vazgeçilmez ve terk edilemez haklardır. Yaşam hakkıyla birlikte beden bütünlüğü ve sağlık hakları, hukukumuzda başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarca koruma altına alınmıştır.
- Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet anlamına gelmektedir. Tıbbi müdahaleler, çok çeşitlidir ve günümüzde tedavi, tanı ve koruma amacı dışında başka amaçlarla da yapılabilmektedir. Güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler, kürtaj, tedaviye yönelik araştırmalar buna örnek olarak verilebilir.
- Tıbbi müdahaleler, yapısında müessir fiil suçunun kanuni unsurlarını taşımasına rağmen birtakım gerekçeler nedeniyle hukuka uygun filler olarak benimsenmekte ve uygulanmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için belirli amaçlara yönelik, yetkili kişilerce tıp bilimince kabul görmüş ilke ve kurallara uygun bir tıbbi müdahalenin hastanın rızasıyla yapılması gerekmektedir. Bu koşullardan birinin eksikliği müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir.

- Hastanın iradesinin bulunması halinde tıbbi müdahale hukuka uygun bulunmaktadır. Burada verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Hastanın kendi yaşamı ve sağlığıyla ilgili konularda doğru ve uygun kararı verebilmesi kişinin tıbbi müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Kısaca, hastanın neye izin verdiğini bilmesi gereklidir. Tıbbi müdahalenin şekli, sonucu, riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan hastanın müdahale hakkında serbestçe karar vermesi mümkün değildir. Hasta rızasının hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması gereklidir. Bugün için aydınlatma konusunda genel geçer bir formül ortaya koymak olanaksız gözükmektedir. Ancak temel prensip, hastanın neye rıza verdiğini bilmesi gerektiğidir. Söz konusu aydınlatma, müdahalenin nedeni, kapsamı, riskleri, sonuçları, başarı şansını, masrafı alternatifleri, hastane ve diğer personelin durumunu içerecek şekilde hasta ile bizzat görüşülerek yapılmalıdır.
- Hekim hasta ile görüşüp onun da düşüncelerini aldıktan sonra tıbbi müdahaleye karar verip uygulamalıdır. Bu şekil davranmanın temelinde hastanın hastalığı ile ilgili geleceğini kendi belirleme (hasta özerkliği) yatmaktadır. Bu noktada aydınlatılmış onamın işlevi önem kazanmaktadır. Tıbbi müdahalelerde rızanın (aydınlatılmış onamın) alınması, hastanın özerkliğine saygı anlamına gelen ve kendi vücut bütünlüğüne, yaşamını etkileyecek durumlarda kişisel ve hakkı üzerinde karar verme hakkından doğmaktadır.
- Rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel bir şablon bulunmamaktadır. Onamın konusu, olası komplikasyonları, kalıcı hasarları ve ölüm ihtimalini de içermelidir. Yine ameliyat gibi yüksek risk içeren tıbbi müdahalelerde genel risklerin yanında hastaya ve yapılacak ameliyatın özelliğine göre diğer önemli riskler de hastaya anlatılmalıdır
- Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan taksirle öldürme suçu ile korunan değerin önemi nedeniyle adam öldürme, taksirle işlendiğinde de suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmıştır.
- Tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi de tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir. Tıbbı hatalar çok çeşitli olmakla birlikte uygulamada en çok tedavi hatalarının yapıldığı görülmektedir. Hekimin

hastasına özenli tedavide bulunması gerekmektedir. Tıbbi müdahale tıbbi standarda aykırı gerçekleştirilmişse hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

- Tıbbi hata kavramı ile izin verilen risk (komplikasyon) kavramı, sık sık karıştırılmaktadır. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Kısaca, bir hastalığın devamı sırasında vuku bulan patolojik olaylar olarak tanımlayabileceğimiz komplikasyon, tıbbi müdahale sırasında öngörülmeyen bir tehlikenin aniden ve umulmadık bir şekilde ortaya çıkmasıdır.

- Tıbbi müdahalenin ifası sırasında bir kusurluluk yoksa meydana gelen neticeyi tıbbi müdahalenin olağan riski olarak kabul etmek gerekecektir. Her tıbbi müdahalenin normal risk ve sapmaları vardır. Tıbbın kabul ettiği bu risk ve sapmalar çerçevesinde yapılan hareketler, izin verilen risk kavramına dâhil olup, tıbbi müdahale sonucunda zararlı netice meydana gelse bile hekimin ceza sorumluluğuna yol açmaz. Hastanın tanı ve tedavisinde ortaya çıkan istenmeyen her durum, tıbbi hata olarak nitelendirilemez. Hekim, tıbbi müdahaleyi standarda uygun yapmışsa sonuç olumsuz olsa dahi, hekim bu olumsuz neticeden hukuken sorumlu tutulamaz. Eğer komplikasyon zamanında fark edilmezse, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa veya fark edilip önlem alınmasına rağmen yerleşmiş tıbbi standart ile girişimde bulunulmazsa, tıbbi hatadan bahsedilebilir.

- Nedensellik bağı, taksirle öldürme suçunda bir takım özellikler gösterebilir. İstenmeyen netice, mağdurun ya da üçüncü kişinin hareketiyle ya da bu kişilerin hareketlerinin failin hareketiyle birleşerek meydana gelmiş olabilir. Böyle durumlarda nedensellik bağının kesilip kesilmediği zararlı neticeye kimin sebebiyet verdiği problem konusu teşkil eder. Uygulamada tıbbi müdahaleler sırasında karşılaşılan en büyük problem yetki alanlarının belirlenmesinde yaşanmaktadır. Bu problemler uygulamada işbirliği içerisinde yapılan tıbbi müdahalelerde sorumluluk alanının bölünmesiyle ve güven ilkesiyle aşılabilir. Bu kavramlar, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kusur prensibi ilkesinin bir sonucu olarak sorumluluğu sınırlandırmaktadır. Buna göre tıbbi müdahaleye dahil olan ekip içerisindeki her kişi, yaptığı yada yapması gerektiği hareketlerden sorumlu olacaktır.

- Güven ilkesi, özen yükümlülüğünün ve fiilin objektif isnad edilebilirliğinin belirlenmesi açısından geçerli olan bir ilkedir. Bu açıdan bakıldığında ihmali suçlarda yükümlülük altında bulunan kişinin söz konusu

yükümlülüğünün sınırlarını ve istisnalarını belirleyerek adil ve sübjektif ceza sorumluluğunun esaslarına uygun hareket etmeye yardımcı olur. Güven ilkesi, hukuksal alan içerisinde kalmak koşuluyla kötüye kullanılmadığı amaca yönelik kullanıldığı sürece oldukça gerekli bir ilkedir. Yargıtay tarafından geliştirilip desteklenmesi gereklidir.

Herkes gibi hekimler hakkında ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesinin ön koşulu, hekimin taksirle adam öldürmeye sebebiyet vermiş olmasıdır.

- Hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden doğan ölüm neticesinde hekime verilecek cezanın alt sınırı iki yıl olduğundan, cezanın kanunun 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımlara çevrilmesine olanak yoktur.

- Görevinin anlam ve önemini kavrayamayan, meslek kurallarını bilmeyen meslek adamının taksirli hareketi ile meydana getirdiği zararların tekrarlanmasını sadece ceza yaptırımı engelleyemez. Örneğin, tıp biliminin verilerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmayan hekim, ceza yaptırımına tabi tutulsa da mesleki faaliyetlerin devamı sırasında bu gibi olayların tekrarından endişe edilmelidir. Hekimlerin mesleklerinin icrası sırasında işledikleri taksirli suçlar nedeniyle karşılaşabilecekleri tek güvenlik tedbiri, *meslekten yasaklanma* tedbiridir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu (yanlış tedavi uygulaması, hatalı cerrahi müdahalede bulunması gibi) bir kişinin ölümüne yol açması ve mahkûm olması halinde (TCK md. 85) üç ay ile üç sene arasında meslek ve sanatın icrasından yasaklanabilir.

- Tıp alanında faaliyet gösteren kişiler, yapmış oldukları tıbbi müdahaleler sırasında bazı hataların oluşmasına neden olmuş olabilirler. Böyle durumlarda meydana gelen sorunların çözümü için tıp biliminin verilerini kullanarak titiz bir inceleme yapılması gerekir. Bu nedenle tıbbi hatalara ilişkin davalarda bilirkişi seçiminde çok dikkatli davranılması gereklidir. Tıbbi alanda görüşüne başvurulan bilirkişiler mutlaka uzman hekim olmalıdır.

- Mahkemeler, tıbbi davalarda bilirkişilerden komplikasyon ile tıbbi hata ayrımını yapmalarını beklemektedirler. Bu konuda verilen bilirkişi raporları çok önemlidir. Bu tür tespitlerin yapılabilmesi için hasta kayıtlarının eksiksiz tutulması ve ölüm varsa otopsinin yapılmış olması gerekir. Uygulamada mahkemeler olayların

özelliğine uymayan ve dayanakları gösterilmeyen gereksiz ya da yetersiz gerekçe içeren bilirkişi düşüncesiyle bağlı olmayıp hâkim tarafından dikkate alınmaz.

- Tıbbi uygulama hatalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemeler, YSŞ ve Adli Tıp Kurumu dışında üniversitelerin tıp fakültelerine ve uzmanlık derneklerine başvurabilmektedirler. Ceza yargılamasında Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması zorunluluğu**,** Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla kaldırılmıştır.

- Tıbbi hataların tespitinde gerek mahkemelerin gerekse bilirkişi kurumlarına gelen hastaya ait tıbbi dosyaların eksik, düzensiz ve arşivlenmediği gözlenmektedir. Bilirkişi incelemesi sırasında davaya ilişkin tıbbi kayıtların ilgili mahkemeye eksiksiz bir biçimde ulaştırılması hasta ve hekim açısından hak kayıplarının önüne geçecektir. Böylece davanın tarafları açısından yaşanabilecek mağduriyetler ve insan hakları ihlallerinin önüne geçilmiş olacaktır.

Ülkemizde kamuda çalışan hekimler ile özel sektörde çalışan hekimler aleyhine açılan cezai davalarda farklı prosedürler işletilmektedir. Kamuda çalışan hekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'a bağlı olduğundan ve devlete ait bir kurumda "kamu görevlisi" sıfatıyla çalıştığından hakkında doğrudan soruşturma başlatılamaz. Bu durum hekim tarafından yapılmış olan birçok tıbbi hatanın üzeri örtülü şekilde kalmaktadır. Bu nedenle kamuda çalışan hekimler için uygulanan bu koruma kalkanı kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akal, Cemal Bali. "İspanyada Açlık Grevinin Doğurduğu Sonuçlar", **Argumentum**, Şubat 1992, Yıl: 2, Sayı: 19, s. 291 vd.

Akbaba, Zeynep Burcu. "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, Sayı: 81, s. 1 vd.

Akbulut, Berrin. "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 209 vd.

Akbulut, Emre. "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül-Ekim 2007, Yıl: 19, Sayı: 66, s. 183 vd. (E. Akbulut).

Akgül, Aydın. "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda İdari Yargı", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 64 vd.

Akıncı Sokullu, Füsun. **Viktimoloji**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999 (F. Akıncı).

Akıncı, Şahin. "Organ Nakli Açısından Ölüm Zamanının Tespiti", **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Haziran 1996, Yıl: 1, Sayı: 7, s. 3 vd. (Ş. Akıncı).

Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, Beta Yayınevi, Ankara 2004.

Akkanat, Halil. "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk Düzeni", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, Sayı: 05, s. 26 vd.

Akpınar, Gürsel. "Kast, Taksir ve Kast- Taksir Kombinasyonu", http://www.ceza–bb.adalet.gov.tr/makale/178.doc. (erişim tarihi:08.01.2009).

Akünal, Teoman. "2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, 12/13. Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 19 vd.

Aktay, Göknur, Hamit Hancı ve Aysun Balseven. "İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu", **Sürekli Tıp Eğitim Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt: 12, Sayı: 7, s. 261 vd.

Akyıldız, Sunay. "Hekimin Ceza Sorumluluğu Bakımından Uygulamada Sorunlar", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 974 vd.

Alabay, Ali Rıfat. "Neticesi Evvelden Görülen Hata", **Adliye Ceridesi**, Ankara 1938, Yıl: 29, No. 11, s. 185 vd.

Apaydın, Cengiz. "Taksirle Yaralama Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 69, Sayı: 2011/1, ISSN 13009885, s. 59 vd.

Arı, Elçin. "Estetik Cerrahın Hukuki Sorumluluğu", **İzmir Barosu Dergisi**, İzmir 2002, Yıl: 2002, Sayı: 1, s. 1 vd.

Artuç, Mustafa. Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

Artuç, Mustafa. "Taksirle İnsan Öldürme Suçu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2007, Yıl: 2, Sayı: 9, s. 81 vd. (Taksirle Öldürme).

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökcen ve A. Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökcen ve Caner Yenidünya. **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi Ankara 2007 (Özel Hükümler).

Aşçıoğlu, Çetin. **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993.

Atabek, Reşat ve Merih Sezer."Hekimin Mes'uliyeti", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: XXVIII, s. 2, İstanbul 1954.

Avcı, Mustafa. "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler", **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt: VIII, S. 2, s. 142 vd.

Ayan, Mehmet. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

Aydın, Hüseyin. "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı: 2010/1 ISSN 13009885, s. 109 vd.

Bakıcı, Sedat. "Taksir ve Bilinçli Taksir", **Adana Barosu Dergisi**, Temmuz-Ağustos-Eylül 2007, S. 3, s. 7 vd.

Bayındır, M Savaş. "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan**, Yıl: 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 551 vd.

Bayraktar, Köksal. "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 96 vd.(Bilme Hakkı).

Bayraktar, Köksal. **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972 (Hekimin).

Bayraktar, Köksal. "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 20 vd. (Tıp).

Belgesay, Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1953.

Bilgen, Nur. "Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, Sayı: 05, s. 38 vd. (Adli).

Birtek, Fatih. "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayırımı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 81, Sayı: 5, s. 1997 vd.

Birtek, Fatih. "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 11, Sayı: 3-4, s. 81 vd. (Sağlık).

Bockenheimer-Lucius, Gisela. "Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı**, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2005, s. 30 vd.

Boran, Bedia. "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", **Ankara Barosu Dergisi**, Yaz 2007, Yıl: 65, Sayı: 3, s. 96 vd. (Açlık Grevi).

Boran, Bedia. "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 85 vd. (Aydınlatılmış).

Budak, Ali Cem. "Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 337.

Bulut, Erkul. "Türk Hukukunda Kişilik Hakları", **Legal Hukuk Dergisi**, Haziran 2007, Cilt: 5, Sayı: 54, s. 1833 vd.

Cassani, Carlotta. “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, (Çev. Muharrem Özen ve Mustafa Özen), **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2008, Yıl:21, Sayı: 77, s. 236 vd.

Cengiz, Serkan. “Mahpusların Açlık Grevi ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. Mayıs Haziran 2010, S. 88, s. 421 vd.

Centel, Nur, Hamid Zafer ve Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt I, Beta Yayınevi, İstanbul 2007 (Kişiler).

Centel Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005.

Cin, Onursal. “Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Aralık 2005, S. 05, s. 30 vd. (Yardımcı).

Cin, Onursal. “Yerel ve Uluslararası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney”, **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s.199 vd. (Deney).

Coste-Floret, Paul. “Hukuk ve Ahlak Karşısında Kalp Nakli”, (Çev., İskender Tepebaşılı), **Adalet Dergisi**, Yıl: 61, Mayıs 1970, S. 5, s. 312 vd.

Cunning, F. Gary, Paul C. Macdonald, Norman F. Gant, Kenneth J. Leveno, Larry C. Gilstrap, Gary D. V. Hankins ve Steven L. Clark. **Willams Obstetrics**, United States of America 2011.

Çağlayan, M. Muhtar. “Tedbirsizlik ve Dikkatsizlikle Ölüme Sebebiyet Verme”, **Adalet Dergisi**, Aralık 1955, Cilt: XXIX, Sayı: 12, s. 545 vd.

Çağlayan, Ramazan. "Kamu Görevlilerinin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 32 vd. (R. Çağlayan).

Çakmut, (Yenerer) Özlem. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul 2003.

Çakmut, (Yenerer) Özlem. "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 1 vd. (Rıza).

Çakmut, (Yenerer) Özlem. "Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 1136 vd. (Bilirkişi).

Çavuşoğlu, (Uyanık) Ayfer. "Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk ile Ana Baba Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu", **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 17-18, s. 7 vd.

Çeker, Mustafa. "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf, (erişim tarihi: 08.01.2009).

Çelen, Ömer. "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2007, Cilt: II, Sayı: 3-4, s. 51 vd.

Çelik, Faik. "Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri", **2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 71 vd.

Çetin, Gürsel. **Tıbbi Malpraktis**, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz ve Gürsel Çetin) 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 31 vd.

Çınar, Ali Rıza. **Türk Ceza Hukukunda Cezalar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

Çilingiroğlu, Cüneyt. **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Çolak, Ahmet. "Hizmet Kusurunda Malpraktis", http://turknorosirurji.org.tr/pdf/hizmetkusuru.pdf. (Erişim tarihi: 26. 09. 2009).

Delogu, Tullio. "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi", (Çev. Yüksel Ersoy), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1982, Cilt: 39, Sayı: 1-4, s. 115 vd.

Demir, Mehmet. "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 225 vd.

Demir, Mehmet. "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **Ankara** (Sorumluluk).

Demir, Mehmet. "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda Bilirkişi", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, 46 vd (Bilirkişi).

Demirbaş, Timur. **Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.

Demirbaş, Timur. **İnfaz Hukuku**, Beta Yayınevi, Ankara 2008 (İnfaz).

Deryal, Yahya. "Hekimin Hukuki Sorumlulukları",www.haksa org/files/yahya04.doc (erişim tarihi: 30.11.2009) (Hekimin).

Deryal, Yahya. "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 101 vd. (Özel).

Deryal, Yahya. “Tıbbi Konsültasyona Bağlı Hukuki Problemler”, **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 91 vd. (Konsültasyon).

Deryal, Yahya. “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hasta Rızası”, http://hhp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm. (erişim tarihi:03.03.2004) (Tıbbi).

Deutsch, Erwin. “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, (Çev. İrfan Yazman), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1979, Cilt: XXXVI, Sayı: 1-4, s. 171 vd.

Doğan, Cahid. “İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları”, **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul 2008,s. 93 vd.

Donay, Süheyl. Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1976.

Douwe, Korff. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Belçika 2006.

Dönmez, Burcu. “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, **Dokuz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2007, Yıl: 2007, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 99 vd.

Dönmez, Burcu. “Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı”, **Dokuz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan**, Yıl: 2007, Cilt: 9, s. 1145 vd. (Bilirkişi).

Dönmezer, Sulhi. **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, Filiz Yayınevi, İstanbul 2002.

Dursun, Selman. “Mağdurun Suça Yol Açması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2003, Cilt: LXI, Sayı: 1-4, s. 3 vd.

Dülger, İbrahim. “Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesi”, **Yard. Doç. Dr. İbrahim Öngün’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Bilirkişi).

Dülger, Murat Volkan. “5237 Sayılı YTCK’da Kastın Unsurları ve Türleri Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, s. 65 vd. (M. Dülger).

Eren, Fikret. “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi”, **Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70 inci Yaş Armağanı**, Ankara 1975.s. 461 vd.

Erman, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Erman, Hasan. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul 1998, s. 143 vd. (H. Erman).

Erman, Sair. “Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk”, (Çev., Süheyl Donay), **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 589 vd. (S. Erman).

Ersöz, Kürşat. “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010, Yıl: 5, Sayı: 45, s. 105 vd.

Ertaş, Şeref. “Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1 (1980), Sayı: 1, s. 173 vd.

Feyzioğlu, Metin. “Açlık Grevi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1993, Cilt: 43, S. 1, Ankara 1993, s. 157 vd. (Açlık).

Feyzioğlu, Metin. "Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 311 vd. (Zorla).

Feyzioğlu, Metin. "Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Tedavi Edilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, s. 140 vd. (Hükümlü).

Fischer, Gerfried. "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", (Çev. Efe Direnisa), **2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 3 vd.

Gabbe, Steven ve Jenifer Niebyl. **Obstetrics and Normal and Problem Pregnancies**, United State of America 2007.

Gebauer, Henrich. "Mesleki Taksir İçin Cezai Sorumluluk", (Çev. Kayıhan İçel), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 1967, Cilt: XXXIII, Sayı: 1-2, s. 304 vd.

Göçmen, Erkin ve Ali Göçmen. "İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu", **İstanbul Baro Dergisi**, 2003, Cilt: 77, Sayı: 3, s. 640 vd.

Göka, Erol. "Plasebo Kavramı ve Plasebo Etkisi", **Türkiye Psikiyatri Dergisi**, Yıl: 2002, Cilt: 1, Sayı: 13, s. 58 vd.

Gökcan, Hasan Tahsin. "Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu İle İlgili Yargıtay Uygulaması", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 321 vd.

Gökcan, Hasan Tahsin. "Ceza Hukuku Açısından Tıbbi Sorumluluk", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 52 vd. (Tıbbi).

Gökçen, Ahmet. "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", **Milenyum Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 63 vd.

Gökpınar, Mahmut. "Ceza Sorumluluğun Temeli Kast", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2008, Yıl: 21, S. 79, s. 198 vd.

Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku**, Ankara 1998, Cilt: 1.

Gülsoy, M. Tevfik ve A. Nezih Kök. "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: IX, Sayı: 1-2, s. 1 vd.

Güner, Şefik. "Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü", **Adalet Dergisi**, Ocak- Şubat- Mart- Nisan 1975, Yıl: 66, Sayı: 1-2, s. 584 vd.

Güneş, Cemile, "Hukukumuzda Organ ve Doku Naklindeki İzin Koşulu", **Legal Hukuk Dergisi**, Aralık 2005, Cilt: 3, Sayı: 36, s. 4273 vd.

Güngör, Devrim. "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ocak-Şubat 2007, Yıl: 19, Sayı: 63, s. 135 vd.

Güran, Sait. "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 77 vd.

Gürelli, Nevzat. "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1979.80.81, Cilt: 45-47, s. 267 vd.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 (Ceza).

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003 (İhmal).

Hakeri, Hakan. "Hastane Yönetiminin Sorumluluğu", **Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 161 vd. (Hastane).

Hakeri, Hakan. "İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul 2008,s. 137 vd. (İlaç).

Hakeri, Hakan. **Kasten Öldürme Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007 (Kasten).

Hakeri, Hakan. "Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu", **Türkiye Klinikleri Cerrahi Tıp Bilimleri Kalp Damar Cerrahisi**, Yıl: 2006, Cilt: 2, Sayı: 43, s. 78 vd. (Kök).

Hakeri, Hakan. "Sağlık Endüstrisi ve İşletmelerinde Kurumsal Hukuki Sorumluluk", **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2007, Yıl: 2, Sayı: 1, s. 235 vd. (Sağlık).

Hakeri, Hakan. "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu (Yayına Hazırlayan : Prof. Dr. Yener Ünver), İstanbul 2008, s. 13 vd. (Tıbbi).

Hakeri, Hakan. "Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 917 vd. (Yanılgı).

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007 (Tıp).

Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010 (Tıp 2).

Hakeri, Hakan. "Tıp Hukukunun Temel Kavramları", **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 65 vd. (Temel).

Hakeri, Hakan. "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 31 vd. (Aydınlatma).

Hakeri, Hakan. "Yeni Türk Ceza Kanununda İhmali Suçlar", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, s. 112 vd. (İhmali Suç).

Hancı, Hamit. "Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu", **Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 303 vd. (Hekimin).

Hancı, Hamit. **Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku)**, İzmir 2005 (Tıp).

Hancı, Hamit. **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara 2006. (Malpraktis).

İçel, Kayahan ve Hakan Evik. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, Ankara 2008.

İçel, Kayıhan. **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1967 (Taksir).

İnceoğlu, Sibel. "İnsan Hakları Bakımından Ötenazi", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, YÜHFD., 2006, Yıl: 2, Cilt: III,s. 289 vd.

İpekçioğlu, Aksoy Pervin. "Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği", **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Sayı: 17, s. 108 vd.

İpekyüz, Yavuz Filiz. **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul 2006.

İzgi, Ömer ve Zafer Gören. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Yorumu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayınları, Ankara 2002.

Kaneti, Selim. "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü", **Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan-2**, İstanbul 1982, s. 523 vd.

Kangal, T. Zeynel. **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Kaplan, Gürsel. "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu", **Kamu Hukuku Arşivi**- Eylül 2003, Cilt: VI, Sayı: 1, s.164 vd.

Kara, Mithat, Abdullah Hızal ve Sevinç Arslan Hızal. **Aydınlatılmış Onam**, İzmir Tabip Odası Yayını, İzmir 2009.

Karataş, Mehmet ve Cengiz Yakıncı. "Tıbbi Hata Nedenleri ve çözüm Yolları", **İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Ağustos 2010, Yıl: 17, Sayı: 3, s. 233.

Kart, Aslıhan. "Türk Ceza Kanununda Olası Kast ve Bilinçli Taksir", **Güncel Hukuk**, Ocak 2008, Sayı: 1, s. 42 vd.

Kaya, Cengiz. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **Adalet Dergisi**, Eylül 2008, Yıl: 100, Sayı: 32, s. 91 vd.

Kaymaz, Seydi ve Hasan Tahsin Gökcan. **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara 2006.

Keskin, O. Kadri. **Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994.

Keyman, Selahattin. "Hekimin Cezai Sorumluluğu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1978, Cilt: 35, Sayı: 1-4, s. 57 vd.

Kıcalıoğlu, Mustafa. "Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Aralık 2006, Yıl: 1, Sayı: 4, s. 16 vd.

Kızılyel, Serkan. "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 203 vd.

Kiziroğlu, Keskin Serap. "Gebeliğe Son Verilmesi, Sterilizasyon, Kastrasyon Gibi Tıbbi Müdahalelerin Türk Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 209 vd.

Koca, Mahmut. "Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 159 vd.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Kocasakal, Ümit. "Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 151 vd.

Kocatürk, Utkan. **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, Nobel Yayınevi, İstanbul 2000.

Koparan, M. Reşat. "TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebeple", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mayıs-Haziran 2006, Yıl: 19, Sayı: 64, s. 337 vd.

Kök, Ahmet Nezih. "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s.116 vd. (İnsan).

Kök, Ahmet Nezih. "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 385 vd. (Tıbbi).

Kök, Ahmet Nezih ve Hasan Çankaya. "Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi**, Yıl: 2003, Sayı: 11, s. 199 vd.

Köprülü, Ömer. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1984, Cilt: 58, Sayı: 10-11-12, s. 589 vd.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

Lilie, Hans. "Tüp Bebek (Suni Döllenme) Alanında Yeni Problemler", (Çev. Ramazan Uzun), **Kamu Hukuku Arşivi**-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 113 vd. (Tüp Bebek).

Mahmutoğlu, S. Fatih. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, Yıl: 2, Sayı: 5, s. 42 vd. (5237).

Mahmutoğlu, S. Fatih. "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 2005, Cilt: LXIII, Sayı: 1-2, s. 57 vd. (Kusurluluk).

Meran, Necati. "Yeni Türk Ceza Kanunda Cezanın Belirlenmesi", **Adalet Dergisi**, Ocak 2006, Yıl: 97, Sayı: 24, s. 78 vd. (Ceza)

Mosenheuer, Andreas. "Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayımsal Rıza", (Çev. Hakan Hakeri), **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 69 vd.

Nomer, N. Haluk. "Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 545 vd.

Nuhoğlu, Ayşe. "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, **V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 34 vd

Odyakmaz, Zehra. "Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 165 vd.

Oğuzman, M. Kemal ve Özer Seliçi. **Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler),**Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Onaran, Bilge. "Hasta Hakları", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 273 vd.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 55 vd.

Öktem, Niyazi. "Tıp, Etik ve Hukuk Üstüne", **Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1990 Ankara, s. 305 vd.

Önder, Ayhan. "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 1964'ten ayrı bası, Cilt: XXIX, S. 4, s. 502.

Önok, Murat. "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2005, Cilt: 4, Sayı: 1-4, s.140 vd.

Özaslan, Abdi. "Aydınlatılmış Onam", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz ve Gürsel Çetin) 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 43 vd.

Özbek, Veli Özer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Özbek, Veli Özer. **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007 (İnfaz).

Özbek, Veli Özer. "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu", **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, 417 vd. (Nedensellik).

Özbek, Veli Özer. "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 384 (Tıbbi).

Özbek, Veli Özer, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Özbek, Veli Özer, Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010 (Ceza Özel).

Özbek, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 (Yeni 1).

Özbek, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler (Madde 76-169)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008 (Yeni 2).

Özbek, Veli Özer ve Koray Doğan. "Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, Cilt 9, Sayı 2, s. 195 vd.

Özdilek, Ali Osman. "Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", www.turkhukuksitesi.com, (erişim tarihi: 27.12.2010).

Özgenç, İzzet, "Kast-Taksir Kombinasyonları", **Prof. Dr. Süleyman Aslan'a Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1998, Cilt: 6, Sayı: 1-2, s. 345 vd. (Kast).

Özgenç, İzzet. "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk", **Hüseyin Ülgen'e Armağan**, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 2175 vd. (Tıbbi).

Özgenç, İzzet. "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu II", www.sdplatform.com (erişim tarihi:24.08.2011) (Sorumluluk).

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Özkan, Halid. "Tıpta İşbirliği ve Ceza Sorumluluğu", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 123 vd.

Özkara, Erdem, Ahmet Çoker ve Hamit Hancı. "Türkiye'de Genel Cerrahın Yasal Sorumlulukları", **Ulusal Travma Dergisi**, Ocak 2004, Cilt: 10, Sayı: 1, s. 3 vd.

Özlü, Tevfik. "Günümüz Hekimliğinde Konsültasyon", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 63 vd.

Özpınar, Berna. "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 269 vd.

Özsunay, Ergun. "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 31 vd. (Alman).

Özsunay, Ergun. "Hayatın Başlangıcı Sonuca İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar", **Bülent Davran'a Armağan**, İstanbul 1998, s. 2 vd. (Hayatın).

Öztan, Bilge. **Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

Öztürel, Adnan. "Transseksüelizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri, (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler), Kısım II", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXXVIII, 1981, Sayı: 1-4, s. 253 vd. (Transseksüelizm).

Öztürk, Bahri. "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metotları)", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2003, Cilt: 2, Sayı: 1-2, s. 40 vd. (Yaşam Hakkı).

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Ceza Muhakemesi Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007 (Muhakeme).

Öztürk, Mustafa. **Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1995 (M. Öztürk).

Öztürk, Recep. "Hastane Enfeksiyonlarında İşbirliğinden Kaynaklanan Sorunlar", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 1 vd. (R. Öztürk).

Öztürkler, Cemal. **Hukuk Uygulamasında Teşhis ve Tedavi Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Pakiş, Işıl. **Ölüm ya da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü**, İstanbul 2006 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler**, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2005 (Ceza).

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. "Taksir', **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Eylül-Ekim 2005, Sayı: 13-14, s. 44 vd. (Taksir).

Petek, Hasan, "Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması', **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak 2007, Cilt: 5, Sayı: 49, s. 45 vd. (Çocuk).

Petek, Hasan. "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2006, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 177 vd.

Polat, Oğuz. **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Polat, Ahmet Zeki. **Adam Öldürme Suçları**, Alfa Yayınları, İstanbul 1999 (A. Polat).

Reisoğlu, Seza. "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Ankara, 12/13. Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 1 vd.

Rosenau, Henning. "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma e Rıza", (Çev. Ali Kemal Yıldız) **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Clt: III, s. 49 vd.

Saltoğlu, Neşe. "Hastane Enfeksiyon Komitesi Olarak Sterilizasyon ve Dezenfeksiyonda Yasal Sorumluluklar ve Yapılması Gerekenler", www.das.org.tr/dosya/kongre/kong2005/43-05pdf.

Savaş, Halide. "Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerinden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 81, Sayı: 3, s. 1001 vd. (Özel).

Savaş, Halide. "Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2007, Yıl: 2, Sayı: 15, s. 119 vd. (Tıbbi Hata).

Savaş, Halide. "Yargı Kararları Işığında Hekim Sorumluluğu", Ankara Barosu-**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 171 vd. (Yargı Kararları).

Savaş, Halide. **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011 (Malpraktis).

Schroth, Ulrich. "Almanya'da Organ Naklinin Hukuki Şartları", (Çev. Hakan Hakeri), **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 313 vd.

Sert, Gürkan. Hasta Hakları, **Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde**, Babil Yayınları, Erzurum 2004 (Hasta).

Sert, Gürkan. **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı Kavramı**, Babil Yayınları, İstanbul 2007 (Tıp Etiği).

Sevindik, Atıcı Ebru. **Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları**, Adana 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Sevük, Yokuş Handan. "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 239 vd.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Basımevi, Ankara 2010 (Ceza Özel).

Soyaslan, Doğan. "'Organ Nakilleri", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 123 vd. (Organ).

Soyaslan, Doğan. "'Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 1990, Cilt:16, Sayı: 3, s. 269 vd. (Açlık Grevi).

Sümer, Reha. "Yargıtay Kararları Işığında Hekimlerin ve Diğer Sağlık Görevlilerinin Cezai Sorumluluğu", www.antalyatabip.org.tr/aspen/index. (erişim tarihi: 07.11.2009).

Süren, Koçak Özlem. "Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açıdan İncelenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Kasım-Aralık 2007, Yıl: 20, Sayı: 73, s. 175 vd.

Şahiniz, Salih. "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul 2003, s. 26 vd.

Şehsuvvaroğlu, N. Bedi. **Tıbbi Deontoloji**, Bayda Basım Yayın, İstanbul 1983.

Şen, Ersan. "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney Deneme Suçları", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 588 vd. (Deney-Deneme).

Şenocak, Zarife. "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 241 vd. (Hekimin).

Şenocak, Zarife. "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 4, s. 65 vd. (Küçüğün).

Tag, Brigitte. "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik" (Çev. Yener Ünver), **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 187 vd.

Taşkın, Cankat. "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2008, Yıl: 21, Sayı: 77, s. 141 vd. (C. Taşkın).

Taşkın, Ozan Ercan. "Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale", **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2005, Sayı: 6, s. 139 vd.

Tekin, Nurullah. "Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Kasım 2009, Yıl: 4, Sayı: 39, s. 97 vd.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Toker, Ahmet. "Tıbbi Uygulamalara İlişkin Uyuşmazlıklarda Ceza Yargısı", **Kadın Doğumda Hukuki Konular, Maternal Fetal Tıp ve Perinatoloji Derneği Yayını**, Ankara 2008, s. 60 vd.

Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008 (Genel).

Toroslu, Nevzat. **Ceza Özel Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2010 (Özel).

Toroslu, Nevzat. “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXXV, Sayı: 1-4, 1978, s. 91 vd. (Organ).

Tosun, Öztekin. “Ceza Hukuku Bakımından Sun’i İlhak”, **İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXV, 1960, Sayı: 1-4, s. 107 vd.

Türkan, Hülya ve Harun Tuğcu. “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, **Gülhane Tıp Dergisi**, Yıl: 2004, Cilt: 46, Sayı: 3, s. 226 vd.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük. Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1988.

Ünver, Yener. “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararlar”, **Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları**, Ankara 2009, Yıl: 1, Sayı: 1, s. 142 vd. (Alman).

Ünver, Yener. **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta Basımevi, İstanbul, 1998 (Risk).

Ünver, Yener. “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul 2007, s. 118 vd. (Hekimin).

Ünver, Yener. “İnsan Üzerinde Deney Deneme Suçları”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 150 vd. (İnsan).

Ünver, Yener. “Müdavi Hekim-Konsültan Hekim İlişkisinin Ceza Hukuku Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi”, **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 99 vd. (Konsültasyon).

Ünver, Yener. "Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku", Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu (Yayına Hazırlayan Prof. Dr. Yener Ünver), İstanbul 2008, s. 53 vd. (Tıbbi).

Ünver, Yener. "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 881 vd. (Tıp).

Ünver, Yener. "Türk Tıp Hukukunda Rıza", **2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 227 vd. (Rıza).

Ünver, Yener. "Türkiye'de Ceza Hukuku Açısından Sun'i Döllenme", **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul 2008, s. 21 vd. (Döllenme).

Üzülmez, İlhan. "Dolaylı Faillik (TCK. M. 37/2)", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Kayseri 2006, Cilt: I, Sayı: 2, s. 79 vd.

Üzülmez, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: X, Sayı: 3-4, s. 201 vd. (Ceza).

Yarsuvat, Duygun. **Trafik Suçları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972.

Yasin, Melikşah. "Tıbbi Hatalardan İdarenin Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 244 vd.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Cilt: II, Ankara 2010, s. 2824.

Yenisey, Feridun. "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2008, s. 868 vd.

Yenisey, Feridun. "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **2.Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 309 vd. (Tıbbi Deliller).

Yıldırım, Mustafa Fadıl. "Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2007, Cilt: XI, Sayı: 1-4, s. 383 vd.

Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2006, Cilt: X, Sayı: 3-4, Ankara 2006, s. 273 vd.

Yıldız, Ali Kemal. "Tıp Hukukunda Güven İlkesi", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 259 vd. (Güven).

Yıldız, Ali Kemal. "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı: **Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 407 vd. (İspat).

Yılmaz, Battal, "Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 399 vd. (B. Yılmaz).

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.

Yol, Sinan. "Şura'dan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?", Ankara Barosu- **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı**, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 355 vd.

Yorulmaz, Çoşkun, Ziya Kır ve Çetin Ketenci. "Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Editörler: Çoşkun Yorulmaz, Gürsel Çetin) 2-3 Şubat 2006, İstanbul 2006, s. 55 vd.

Yurtcan, Erdener. **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985.

Zafer, Hamide. "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu**, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 184.

Zengin, Nazmi. "Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında İşbirliği", **Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar VII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 16-17 Nisan 2010, s. 283 vd.

Zevkliler, Aydın. "2238 Sayılı Yasa Kapsamında Organ- Doku Nakli Kavramı ve Hukuki Sorunlar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, 12-16 Ocak 2000, Ankara 2000, Cilt: 3, (Özel Hukuk Basın Hukuku), s. 277 vd. (Nakil).

Zevkliler, Aydın. "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1988, Sayı: 2, s. 258 vd. (Medeni).

Zevkliler, Aydın. "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1983, Sayı: 1, s. 1 vd. (Tedavi).

Zevkliler, Aydın, M. Emre Gökyayla ve Beşir Acabey. **Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

Zeytin, Zafer. "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı**, İstanbul 2005, s. 135 vd. (Tıbbi).