

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

HEKİMLERİN CEZAÎ SORUMLULUĞU



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Emre DİZDAR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

HAZİRAN 2018

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın hazırlanmasında, kaynak araştırması evresinden, yazım evresine değin pek çok kişinin yardım, destek ve katkılarını gördüm. Bu kişilerin başında, değerli hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal gelmektedir. Tez konusu belirlenmesinden, yazım sürecinin sonuna kadar bulunduğu değerli katkılarla ve destekleyici tutumuyla sağladığı huzurlu çalışma imkânından dolayı kendisine minnettarım. Tez jürisinde yer alarak kıymetli değerlendirme ve katkılarda bulunan Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz ve Doç. Dr. Güçlü Akyürek hocalarıma da ayrı ayrı çok teşekkür ederim. Kaynak temininde her türlü yardımı gördüğüm, sevgili dostum Araş. Gör. Haşim Özpolat'a da teşekkür borçluyum. Yine kaynak temininde her türlü desteği veren değerli çalışma arkadaşım Stj. Av. Merve Eren'e de teşekkür ederim. Tezimin tashih edilmesinde değerli vakitlerini bana ayıran, kadim dostum Av. N. Mete Demir'e teşekkür ederim. Sevgili kuzenim Psikolog adayı Zeynep Demir, yoğun geçen öğrenim ve sosyal faaliyetleri arasında tezimin tashihinde değerli yardımlarını benden esirgememiştir; kendisine müteşekkirim. Son olarak, her türlü olumsuzlukta yanımda olan, tükenmez bir sevgi ve türlü meşakkatle beni büyüten, manevî desteğini hiç esirgemeyen annem Hayriye Dizdar ve babam İbrahim Dizdar'a, minnet borcumu ifade etmek isterim.

Bu çalışmadaki yanlışlıklar ve eksiklikler şahsıma aittir.

Emre DİZDAR

Kocaeli, Haziran 2018

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	x
RÉSUMÉ	xiii
ABSTRACT	xix
ÖZET.....	xxv
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ	3
I. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİM	3
A. Kavram.....	3
B. Tarihsel Gelişim.....	4
II. TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE TIBBÎ MÜDAHALE	8
A. Yaşam ve Vücut Bütünlüğünü Koruma Hakları.....	9
B. Sağlık Hakkı	12
C. Hastanın Kendi Kaderini Tayin Hakkı	16
III. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKÎ KAYNAKLARI	18
A. Uluslararası Kaynaklarda Tıbbî Müdahale	18
B. Türk Mevzuatında Tıbbî Müdahale	22
IV. TIBBÎ MÜDAHALE VE ÇEŞİTLİ SORUMLULUK TİPLERİ.....	25
A. Hukukî Sorumluluk.....	25
1. Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahalenin Hukukî Niteliği.....	25
2. Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Dayandığı Esaslar	28

a. Sözleşmesel Sorumluluk	29
b. Haksız Fiilden Sorumluluk	30
c. Vekâletsiz İşgörmeden Sorumluluk	31
B. İdarî Sorumluluk	32
1. Genel Olarak	32
2. Devletin Sağlık Kamu Hizmeti Bağlamında İdarî Sorumluluğu	32
3. Tıbbî Müdahalelerden Doğan Zararlardan Hizmet Kusuru Kapsamında Sorumluluk	33
C. Cezaî Sorumluluk	39
İKİNCİ BÖLÜM	42
CEZA HUKUKUNDA TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN TEMELLENDİRİLMESİ	42
I. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	42
A. Suçun Maddî Unsurunun Yokluğu Görüşü	42
B. Suçun Manevî Unsurunun Yokluğu Görüşü	47
C. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığı Görüşü	49
1. Kanun Hükmünü İcra Nedeniyle Hukuka Uygunluk	49
2. Hakkın Kullanılması Nedeniyle Hukuka Uygunluk	52
3. İlgilinin Rızası Nedeniyle Hukuka Uygunluk	55
4. Zorunluluk Hali Nedeniyle Hukuka Uygunluk	59
D. İzin Verilen Risk Nedeniyle Objektif İsnadiyetin Kalkması Görüşü	64
E. Görüşümüz	71
II. TÜRK HUKUKUNDA TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	75
A. Hekimlik Sıfatına Sahip Olunması	75
1. Türk Hukukuna Göre Hekimliğin Kazanılması	75
2. Yetkili Hekim Koşulu Bakımından Özellik Arz Eden Haller	76
a. Hekim Olmayan Kişinin Müdahalesi	76

b. Yabancı Hekimin Müdahalesi.....	79
c. Üstlenme Kusuru.....	83
d. Eğitimin Bir Parçası Olarak Tıp Uygulaması: Intörn Hekim/Öğrencinin Müdahalesi	88
e. Ekip Halinde Müdahaleler	89
B. Hastanın Aydınlatılmış Rızası	94
1. Genel Olarak	94
2. Aydınlatma Yükümlülüğü	96
3. Rızanın Kapsamı.....	105
4. Rızanın Şekli.....	109
5. Rıza Ehliyeti	111
6. Varsayılan Rıza.....	115
7. Tıbbî Vasiyet.....	121
8. Rızanın Aranmadığı Haller.....	124
C. Tıbbî Gereklik.....	128
1. Genel Olarak	128
2. İyileştirme Amaçlı Olmayan (Tıbbî Endikasyon İçermeyen) Müdahaleler	129
D. Meslekî Kurallara Uygun Müdahale.....	134
1. Genel Olarak	134
2. Uygulama Hatası (Malpraktis).....	134
a. Özen Yükümlülüğü Açısından Tıbbi Standartlara Uygunluk.....	134
b. Uygulama Hatası (Malpraktis) ile Beklenmeyen Durum (Komplikasyon) Ayrımı	139
c. Uygulama Hatası Türleri.....	142
i. Teşhis Hatası	142
ii. Tedavi Hatası.....	143
iii. Bakım ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali.....	145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	147
HEKİMLERİN CEZAÎ SORUMLULUĞUNU DOĞURAN BAŞLICA SUÇ TİPLERİ.....	147
I. GİRİŞ	147
II. TIBBÎ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI.....	148
A. Kasten Öldürme Suçu	148
1. Genel Bilgiler.....	148
2. Korunan Hukukî Değer.....	149
3. Fail	150
4. Mağdur.....	150
5. Maddî Unsur	151
a. İcraî Hareketle İşlenmesi (TCK m.81).....	151
b. İhmalî Hareketle İşlenmesi (TCK m.83).....	152
6. Manevî Unsur	152
a. Genel Bilgiler	152
b. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımı	153
c. İhmalî Davranışla İnsan Öldürme Suçunda Kast.....	156
B. Taksirle Öldürme Suçu	158
1. Genel Bilgiler.....	158
2. Korunan Hukukî Değer.....	161
3. Fail	161
4. Mağdur.....	162
5. Maddî Unsur	162
a. Genel Olarak	162
b. Taksirli Davranış Biçimleri.....	163
i. Tedbirsizlik.....	163
ii. Dikkatsizlik	165

iii.	Meslek ve Sanatta Acemilik	165
iv.	Düzenlemelere ve Bağlayıcı Emirlere Uymama	166
c.	Nedensellik Bağı	167
6.	Manevî Unsur	174
III.	TİBBÎ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN İNSAN YARALAMA SUÇLARI.....	178
A.	Kasten Yaralama Suçu.....	178
1.	Genel Bilgiler.....	178
2.	Korunan Hukukî Değer.....	179
3.	Fail	179
4.	Mağdur.....	179
5.	Maddî Unsur	180
a.	İcraî Hareketle İşlenmesi.....	180
b.	İhmalî Hareketle İşlenmesi	180
c.	Netice	181
6.	Manevî Unsur	182
B.	Taksirle Yaralama Suçu.....	182
1.	Genel Bilgiler.....	182
2.	Korunan Hukukî Değer.....	183
3.	Fail	183
4.	Mağdur.....	183
5.	Maddî unsur	183
6.	Manevî Unsur	184
IV.	İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇU.....	185
A.	Genel Bilgiler.....	185
B.	Korunan Hukukî Değer.....	187
C.	Fail	187
D.	Mağdur.....	188

E.	Maddî Unsur	188
1.	Bilimsel Deney	188
2.	Tedavi Amaçlı Deneme	191
F.	Manevî Unsur	193
G.	Hukuka Aykırılık	193
H.	İçtima	196
V.	ORGAN VE DOKU NAKLİ SUÇLARI	197
A.	Genel Bilgiler.....	197
B.	Korunan Hukuki Değer.....	199
C.	Fail	199
D.	Mağdur.....	199
E.	Maddî Unsur.....	200
F.	Manevî Unsur	201
G.	Hukuka Aykırılık	202
1.	Yaşayan Vericiden Organ veya Doku Alınmasının Koşulları.....	202
2.	Ölü Vericiden Organ veya Doku Alınmasının Koşulları.....	206
H.	İçtima	209
VI.	ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU	210
A.	Genel Bilgiler.....	210
B.	Korunan Hukukî Değer.....	211
C.	Fail	211
D.	Mağdur.....	212
E.	Maddî Unsur.....	212
F.	Manevî Unsur	214
G.	Hukuka Aykırılık	214
H.	Cezayı Kaldıran Kişisel Neden.....	216
VII.	KISIRLAŞTIRMA SUÇU	217
A.	Genel Bilgiler.....	217

B. Korunan Hukukî Değer.....	218
C. Fail	218
D. Mağdur.....	219
E. Maddî Unsur.....	219
F. Manevî Unsur	221
E. Hukuka Aykırılık.....	221
SONUÇ	223
KAYNAKÇA.....	229
ÖZGEÇMİŞ	247



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B. No.	: Başvuru Numarası
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
D.	: Daire
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
EÜHFD	:Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
Ibid.	: Ibidem (Aynı)
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜTFM	: İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
MÜHF-HAD Dergisi	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
op.cit.	: opus citatum (alıntılanan eser)
Prg.	: Paragraf
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Sy	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TDT	: Tıbbi Deontoloji Tüzüğü
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TÜTFD	: Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu
Vol.	: Volume (Sayı)
vs.	: ve sair
Y.	: Yıl, Year
Yarg.	: Yargıtay

YÜHFD

: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



RÉSUMÉ

L'application de la science médicale au corps humain fait une partie importante de la vie humaine. L'intervention médicale qui aide à protéger la santé humaine, à éliminer des maladies ou à réduire la douleur, reste en même temps directement liée au droit à la vie et l'intégrité corporelle. En raison de l'importance dominante de l'application de la science médicale à l'égard de la vie humaine et de la protection de la santé, le droit nécessite d'envisager des normes protectrices et un régime de responsabilité contre les risques tels que l'abus de la pratique médicale et la faute professionnelle.

Le droit médical est une branche multidimensionnelle rattaché au droit privé et au droit administratif. Dans notre étude, la responsabilité pénale des médecins à la suite d'une intervention médicale est traitée. Pour cette raison, nous n'avons abordé le régime de responsabilité en termes des autres branches du droit que sur les aspects généraux et dans la mesure où celui donne une possibilité de comparaison.

Bien que la pratique médicale ait été traitée auparavant comme étant axée sur le diagnostic et le traitement, la révision de notre définition de l'intervention médicale a été nécessaire dans la direction des développements actuels. Nous devrions avoir abandonné le concept d'intervention médicale qui a orienté "*Diagnostic, traitement et but de la protection*" (TDT art.13 / 3) dans les règlements anciens. Par conséquent, nous considérons qu'il est nécessaire d'agir d'une définition factuelle qui satisfait les besoins du présent. La chose qui donne une intervention la nature médicale n'est pas seulement d'être thérapeutique; toute intervention qui constitue l'application de la science médicale sur l'être humain est une intervention médicale. Après cette définition factuelle, nous trouvons qu'il est méthodologiquement approprié de procéder à l'examen normatif de l'intervention médicale. À cet égard, qu'elles soient ou non admises en droit turc, toute intervention impliquant une pratique en science médicale - par exemple l'euthanasie active et le transfère d'embryon à une mère porteuse qui sont interdits en droit turc - sera acceptée comme intervention médicale. De même, les interventions à d'autres fins médicalement acceptés (telles que la stérilisation et l'évacuation utérine pour la

planification de la population, la transplantation d'organes pour le bénéfice d'autrui, l'expérimentation sur l'être humaine pour le bénéfice scientifique de l'humanité) sont aussi des interventions médicales. Il doit y avoir une base légale claire pour la légalité de ces interventions.

Afin d'expliquer le régime de responsabilité criminelle des médecins, l'intervention commune et légale devrait principalement être fondée sur le droit pénal. Dans le deuxième chapitre, en comparant des différentes pensées dans la doctrine, nous avons évalué pour quelle raison une intervention médicale qui viole l'intégrité du corps et le met en danger peut être considérée légitime. Mettant l'accent sur le droit d'exercice du métier de médecin au lieu du droit du patient de s'autodéterminer, l'exercice du droit, qui est l'opinion dominante en droit turc, doit être considérée comme la projection de la pratique médicale paternaliste dans la doctrine juridique. Il existe également des approches pour inclure le consentement du patient dans les pensées soutenant l'exercice du droit. Cependant, à notre avis, cette acceptation est incohérente; accepter l'exercice du droit comme la vraie raison de légalité et lui donner un caractère primaire, entraînera inévitablement la subordination du consentement du patient.

Afin d'avoir un état de bien-être parfait par des aspects spirituels et physiques, on consulte les médecins et donne consentement à l'exécution de certaines opérations sur son propre corps. La personne à laquelle donné un telle droit d'intervention devrait être le médecin, en d'autres termes, une personne qui est permis, en vertu de l'ordre juridique général, d'effectuer une intervention médicale. Cependant, pour une intervention concrète, il ne suffit pas uniquement d'être mis en œuvre par le médecin; mais aussi le consentement du patient est également requis. Parce que les gens sont libres de déterminer leur propre avenir, de protéger et de développer leur existence matérielle et spirituelle (AY, art.17). Pour cette raison, la légalité d'une intervention médicale concrète qui viole l'intégrité corporelle et qui a la qualité d'une infraction typique, est fondée sur le consentement de la personne concernée.

La personne concernée peut exercer librement son droit à l'autodétermination lorsqu'elle est informée de sa situation et des risques de l'intervention proposée, des options alternatives (et de leurs risques). En règle générale, informer le patient est la condition de validité du consentement. Dans des cas exceptionnels, le consentement

peut également être obtenu sans informer le patient. C'est les cas où le patient renonce à s'informer, l'information n'est pas donnée en raison de la possibilité de préjudice (sévère physique ou psychologique) pour le patient (pour des raisons thérapeutiques). Encore une fois, s'il y a un testament médical et la conscience du patient est fermée, il ne sera pas juste –par nature- de lier la réalisation du testament à cette règle d'informer.

Informé le patient est classée sous diverses formes, dans la doctrine juridique. La distinction importante et fonctionnelle en termes de notre sujet est que; l'information du traitement (= sécurité = protection), et l'information de décision (= autonomie = risque). L'information de traitement consiste à informer le patient des normes nécessaires à suivre par le patient et des précautions à prendre pendant le processus de diagnostic et de traitement. Ce type d'information n'affecte pas la décision du patient sur l'intervention médicale de plein gré; par conséquent, le non-respect de cette obligation n'invalide pas le consentement. La prise de décision est liée aux questions qui peuvent influencer la décision du patient comme le type, la gravité, les conséquences possibles et les risques de l'intervention, et si ce n'est pas fait, le consentement deviendra invalide. Car, si des informations suffisantes n'ont pas été obtenues au sujet de l'intervention, on ne peut pas dire que le patient a librement eu un libre arbitre pour subir ou refuser l'intervention. En abordant la question en termes de responsabilité pénale, le manque d'information pour décision conduira à la nullité du consentement et donc à l'absence de raison justifiée. S'il n'y a pas de raison justifiée, l'intervention médicale continue de présenter la caractéristique d'une infraction typique (blessure intentionnelle). Cependant, s'il n'y a pas d'information sur le traitement, le consentement ne sera pas nul. Étant donné que la raison de justification est maintenue, l'absence d'informer sur le traitement peut entraîner une responsabilité pour négligence uniquement si d'autres conditions sont présentes.

Le droit du patient à l'autodétermination est le fondement juridique des interventions médicales habituelles d'un point de vue théorique. Cependant, cette approche n'arrive pas à expliquer certaines interventions médicales. Première des interventions qu'il ne peut pas expliquer est des interventions médicales concernant les intérêts publics. Du point de vue théorique qu'on adopte, ce n'est pas une déviation. Car le droit à l'autodétermination est que l'on peut choisir librement

l'intérêt dominant parmi ses intérêts "individuels". Cette décision peut être un choix illogique et irrationnel pour la médecine. La personne peut être trouvée dans des préférences illogiques en termes du droit de refuser l'intervention à lui-même; mais il ne peut exiger une intervention illogique ni donner son consentement à ce dernier. En termes d'avantages individuels exclusivement liés à l'individu, le droit à l'autodétermination du patient est prioritaire et respecté. Si l'un des intérêts est de nature "publique", l'évaluation de l'avantage juridique prédominant peut être faite par la loi et une intervention médicale peut être effectuée sans consentement. Dans ce cas, le droit à l'autodétermination est retiré; la protection de l'intérêt public (par exemple, la détection du criminel, la protection de l'ordre institutionnel, la protection de la santé publique) est mise en avant. Cependant, il doit être envisagé par un cadre juridique claire; car celui-ci est exceptionnel. En d'autres termes, la loi montre quel avantage est prédominant dans ces cas.

Une autre intervention qui ne peut pas s'expliquer par le droit du patient à l'autodétermination est les interventions médicales à appliquer aux patients inconscients dans des situations d'urgence. Nous considérons que ces interventions sont légales en raison de l'état de nécessité pour les tiers. Si, en cas de nécessité, il n'y a pas de possibilité de recevoir le consentement de la personne malgré l'existence d'un danger sérieux et certain dans le cas concret, l'intervention médicale peut être effectuée dans le sens du bénéfice objectif du patient. Dans ce cas, le médecin déterminera le bénéfice juridique prédominant qui est favorable au patient, puisqu'il n'est pas possible de recevoir le consentement du patient. Cette intervention ne peut être pratiquée que par le médecin car c'est la compétence d'appliquer le standard médical dans le cas concret; il ne sera pas possible pour un non-médecin d'intervenir sur la base de "l'état de nécessité", sauf en cas d'urgence limitée aux premiers soins. Le non-respect à la qualité de médecin compétent peut constituer une faute de l'entreprise. Parce que la seule personne qui pourra intervenir pour le bénéfice objectif du patient en garantissant le standard médical est le médecin. Comme l'intervention pratiquée dans les cas d'urgence où la conscience du patient est fermée est basée sur la raison de légalité susmentionnée, la portée et les conditions de l'état de nécessité (article 25/2 CPT) doivent être recherchées dans le cas concret.

S'il s'agit d'une déclaration de volonté (testament médical) que le patient a déjà déclarée avant de perdre sa conscience, cette volonté doit être respectée en vertu

de son droit à l'autodétermination. L'état de nécessité est l'ultime recours (*ultima ratio*); s'il existe un testament déterminant l'avenir, les conditions de nécessité ne s'appliqueront plus.

Le consentement assumé est une notion souvent mentionnée dans la doctrine du droit médical. Nous pensons que cette notion ne constitue pas une raison indépendante de légalité. À notre avis, le consentement assumé est une notion qui peut être comprise dans la raison de légalité basée sur l'état de nécessité. Pour cela, lorsqu'on détermine le consentement assumé, l'intérêt du patient doit être déterminé en comparant des intérêts par une approche objective. C'est une approche infondée en droit pénal d'assumer « présent », en considérant seulement ses certains points d'appui par des aspects subjectives, le consentement d'une personne qui ne l'a pas déclaré explicitement. Sur la base de cette hypothèse, éviter l'intervention peut entraîner la responsabilité de la négligence du médecin. Il n'est pas correct de transférer en droit pénal le concept "d'agir sans autorité" du droit privé en tant qu'une raison de légalité exclusive. S'il n'y a pas de déclaration de consentement explicite, le consentement doit être présumé en fonction de la comparaison des intérêts objectifs; en d'autres termes, les intérêts objectifs doivent être pondérés en fonction de l'état de nécessité, l'intervention doit être évitée ou faite à ce titre.

Si l'état de la personne n'est pas urgent même si sa conscience est fermée, nous pensons qu'il est nécessaire de lui nommer un représentant légal et de recevoir son consentement pour des interventions ultérieures. Parce que dans ce cas, les conditions de l'état de nécessité ne sont pas complètes. Le consentement de la personne concernée sera également une raison de légalité dans ces cas, mais le patient (la personne concernée) expliquera son consentement par voie de son représentant.

À la fin du deuxième chapitre, la faute professionnelle et ses types ont été traités; l'explantation du sujet en termes de responsabilité pour négligence a été faite dans le troisième chapitre où les normes pénales pertinentes sont traitées.

Dans le troisième chapitre, considérant l'importance du sujet, les interventions médicales qui sont protégées par des normes pénales indépendantes sont également mentionnées; et les résultats obtenus dans le cadre de ces interventions sont systématiquement expliqués. Dans ce chapitre, l'expérience

scientifique sur le corps humain, la transplantation d'organes et de tissus, la stérilisation, les crimes d'enlèvement d'enfants sont expliqués. Dans le cadre de notre étude, la description systématique des normes mentionnées est faite, limité à la responsabilité pénale du médecin en raison d'une intervention médicale. Les normes énoncées sont le reflet de la responsabilité pénale relative aux actes volontaire du médecin en droit turc. Chaque norme peut être considérée comme un sujet indépendant, et nous n'avons pas traité tous les problèmes liés à ces normes, mais les contours de ces crimes ont été mentionnés dans la mesure raisonnable.

Une personne ne peut consentir à un médecin (= personne compétente) d'intervenir qu'en accord avec la science médicale. Le respect des conditions prescrites par la loi en matière du consentement et de la compétence du médecin ne sont pas suffisants pour que le médecin ne soit pas tenu responsable de son intervention. Le médecin est obligé de se conformer à certaines normes de soins (= normes médicales) afin d'éviter de nuire au patient, car il se trouve dans une activité dangereuse pour la vie et l'intégrité corporelle de la personne concernée. S'il cause des dommages prévisibles et évitables sans respecter ces obligations de soins, la responsabilité de négligence du médecin sera engagée. Dans ces cas qui sont qualifiés de malversations, il est nécessaire d'examiner si le médecin a causé le préjudice par un acte contre son devoir de diligence en termes de la théorie d'attribution objective. Si le médecin a été prudent dans l'événement, le résultat négatif aurait pu être évité "presque certainement", alors le résultat pourra être attribué au médecin. Cependant, malgré l'existence d'un acte négligente, si le résultat négatif est dû aux actes fautives de la victime ou à l'imprévu (complication), le résultat ne sera plus imputable au médecin.

Les risques et les écarts habituels découlant de la nature de la pratique médicale restent dans les limites du risque autorisé, et les dommages causés par cette nature ne peuvent être attribués au médecin. Si le résultat n'est pas prévisible et évitable; il s'agira d'un accident et coïncidence, mais pas la responsabilité de négligence. Pour cette raison, les complications sont dans les limites de risque autorisée; à l'exception du préjudice qui peut être prévenu par la bonne gestion du processus de complication, le préjudice causé par la complication n'entraînera pas la responsabilité du médecin.

ABSTRACT

Application of medical science to human body is an important part of human life. Medical interventions that assist to protect human health, to treat diseases or to reduce pain, directly concern a person's rights to life and body integrity. As the application of medical science has major importance from the perspective of human life and health, the law should foresee protective norms and liability regime against risk areas such as abusing of medical practice and malpractice.

Medical Law is a multidimensional branch of law which is relevant to other branches such as private law and administrative law. In our study, physicians' criminal responsibility in consequence of medical intervention is dealt with. Therefore, we touched upon liability regime in terms of other law branches, but only in general terms and to the extent that allows possibility of comparison.

Although medical practice was dealt with formerly diagnostic and treatment-oriented, reviewing our definition of medical intervention is necessary in the direction of current developments. We propose that the concept of medical intervention which was limited with "The purpose of *diagnosis, treatment and prevention*" (TDT art.13/3) in old dated regulations should be abandoned. Therefore, we consider it necessary to base on a factual definition which may better satisfy the needs of the present. What makes an intervention "medical" is not only the intention of being diagnostic or therapeutic; every intervention that constitutes the application of medical science to human beings is medical intervention. After this factual definition is made, we find it methodologically appropriate to proceed to the normative examination of medical intervention. In this respect, regardless of whether or not they are allowed in Turkish law, every intervention which involves medical practice – e.g. active euthanasia and embryo transfer to a recipient mother, which are prohibited in Turkish law - will be considered as medical intervention. Likewise, interventions for other medically accepted purposes (s e.g. surgical procedures of contraception. , organ transplantation for another person's benefit, scientific research involving human subjects for the benefit of mankind) are medical interventions. There must be clear legal basis for the legitimacy of these interventions.

In order to explain the physicians' criminal responsibility regime, primarily the usual and lawful intervention must be based theoretically in terms of criminal law. We evaluated how any medical intervention which violates body integrity and endangers the right to life might be considered legitimate in the second chapter by discussing the different views of the legal doctrine. The use of rights theory which is the dominant view in Turkish law, should be regarded as the projection of paternalist medical practice in the legal doctrine; because it gives priority to the rights of the physician to practice his profession instead of the patient's rights to self-determination. There are approaches that include patient's consent in the views of the supporters' using rights theory. However, in our opinion this acceptance is inconsistent; Regarding the use of the rights as the main cause of compliance with law and to give it a primary character will inevitably result in the subordination of the patient's consent.

In order to be in a state of complete well-being from the spiritual and physical aspects, one applies to physicians and consents to the execution of certain transactions on his own body. A person who is consented to perform an intervention should be someone who has been allowed by the general rule of order to perform medical intervention, namely a physician. However, for concrete intervention, it is not enough to be implemented only by the physician; the patient's consent is also sought. Because people are free to determine their own future, to protect and develop their physical and spiritual existence (AY. art.17). For this reason, legality of a concrete medical intervention that violates body integrity and has the qualification of typical offense, is based by consent of the related person.

The related person may exercise his/her own right of self-determination freely when he/she is informed about his or her situation and the risks of the proposed intervention as well as alternative options (and their risks). As a rule, informing the patient is the condition for consent's validity. In exceptional cases, consent can also be obtained without informing the patient. This is the case when the patient declines being informed or when the information is not done because of the possibility of harm (severe physical or psychological damage) to the patient (for therapeutic reasons). Again, in case of a medical testament and if the patient is unconscious, it will not be convenient inherently to fulfill the rule of "informing the patient" to carry out this testament

The information of the patient is classified in various forms in the legal doctrine. Important and functional distinction in terms of our subject is; treatment (= security; = protection) informing and decision (= autonomy; = risk) informing. Treatment information is to inform the patient of the necessary standards to be followed by the patient and the precautions to be taken during the diagnosis and treatment process. This kind of information does not affect the decision of the patient to apply medical intervention with free will; therefore, failure to fulfill this obligation does not invalidate consent. Decision-informing is related to the type, weight, possible consequences and risks of the intervention, which may influence the decision of the patient; if this is not done, the consent will become invalid. Because, if sufficient information has not been given about an intervention, it cannot be claimed that the patient has freely made a will to accept or to refuse the intervention. In terms of criminal responsibility, the lack of informed decision will lead to the invalidity of the consent and therefore the lack of justificatory defence. If there is no justificatory defence, medical intervention continues to carry the characteristic of a typical offense (intentional injury). However, if there is no treatment informing, consent will not be nullified. Due to the fact that the justificatory defence is maintained, the lack of treatment informing clarification can lead to liability only if other conditions are also present.

The patient's right to self-determination is the legal ground of common medical interventions from a theoretical point of view. However, this approach cannot explain some medical interventions including those regarding public interests. From our theoretical point of view, this is not a deviation. The right to self-determination is that one can choose freely from among his/her "individual" benefits. This decision may be medically illogical or irrational. The person may be found in illogical preferences in terms of the right to refuse intervention to him; but he cannot demand or give consent that he is subjected to illogical intervention. In terms of individual benefits exclusively related to the individual, the right to self-determination of the patient is given priority and is respected. If one of these interests is of "public" nature, the predominant legal benefit assessment may be made by law and medical intervention may be carried out without consent. In this case, the right to self-determination is withdrawn; the protection of the public interest (for example, the detection of the criminal, the protection of the institutional order, the protection of the public health) come into forefront. However, as this is an exceptional case, it

must be envisioned with clear legal basis. In other words, the law shows what the predominant benefit is in this case.

Other interventions that cannot be explained by the patient's right to self-determination are medical interventions to be applied to unconscious patients in emergency situations. We consider these interventions to be lawful because of the state of necessity for third parties. If, in the case of necessity, it is not possible to receive the consent of the person despite the existence of a serious and definite danger in the concrete case, medical intervention can be performed in the direction of patient's objective benefit. In this case, the physician will determine the predominant legal benefit that is favorable to the patient, since it is not possible to receive the patient's consent. This intervention may only be practiced by the physician because of having the competence to apply the medical standard in the concrete case; it will not be possible for the non-physician to intervene based on the "state of necessity", except in cases of emergency interventions limited with first aid. Failure to comply with the competent physician's condition may constitute an undertaking fault. Because the only person who can intervene for the objective benefit of the patient by guaranteeing the medical standard is the physician. In an emergency situation where the patient is unconscious, the required intervention is based on mentioned reason for compliance with the law, the scope and conditions of the state of necessity (TPC Art. 25/2) shall be sought in the concrete case.

If the patient has a declaration of will (medical testament) that he/she has already declared before he/she has lost consciousness, this will must be respected because of his/her right to self-determination. The state of necessity is the ultimate ratio; if there is a will statement determining the future, the conditions of necessity will no longer apply.

Presumed consent is a concept that is often mentioned in the medical law doctrine. We think that this concept does not constitute an independent justificatory defence. For us, the presumed consent is a concept that can be included in the state of necessity due to lawfulness. For this reason, the presumed consent must be determined according to the comparison of benefits objectively. It is an unfounded approach to criminal law to "assume" the subjective direction of a person who does not have an open declaration of consent, moving only from certain fulcrum points. Based on this assumption, avoidance from intervention may lead to responsibility for

the negligence of the physician. It is not right to transfer the concept of “acting without authority” in private law to criminal law as an independent justificatory defence. If there is no clear declaration of consent, consent must be assumed based on the comparison of objective benefits; in other words, the objective benefits must be weighed in accordance with the necessity, the intervention must be avoided or performed thereafter.

If the patient is unconscious but the situation is not urgent, we think that it is necessary to appoint a legal representative and receive the consent of the representative for subsequent interventions. Because in this case, the conditions of necessity have not occurred. The consent of related person is also relevant in these cases, as justificatory defence but the patient (the related person) will explain his/her consent through his representative.

At the end of the second chapter, malpractice and its types were mentioned; the disclosure of the matter in terms of liability for negligent has been dealt with in the third chapter where the relevant criminal norms are handled.

In the third chapter, medical interventions that are protected by independent penal norms are also mentioned due to the prominence of the subject; and the results of these interventions are systematically explained. In this section, scientific experiment on human subjects, transplantation of organs and tissue, sterilization, child abduction crimes are explained. Within the framework of the study, the systematic description of the mentioned norms was limited to the criminal responsibility of the physician due to medical intervention. The stated norms are the reflections of the physician's deliberate criminal responsibility in Turkish law. Every penalty norm can be considered as an independent subject of further studies, but we have not covered every issue related to these norms. We have mentioned the outlines of these crimes to a reasonable extent.

A patient can only consent to a physician (= competent person) for medically appropriate interventions. Compliance with the conditions prescribed by law in terms of consent and the competence of the physician are not sufficient for the physician to exempt from the responsibility of the intervention. The physician is obliged to comply with certain norms of care (= medical standards) to prevent harm to the patient, as he/she is in dangerous activity on the patient's life and body integrity. If

the cause of predictable and preventable damage is incurred without complying with these norms of care, physician's liability shall arise. In these cases, which are described as malpractice, it is necessary to evaluate whether the physician causes harmless behavior or not in terms of objective attribution. Given the negative result could be prevented "almost certainly" in a concrete case if appropriate norms of care were applied, then the negative result will be attributed to the physician. However, in spite of the presence of careless behavior, if the negative result is due to the defective behavior of the victim or any unexpected state (complication), the result will not be attributable to the physician.

The risks and usual deviations stemming from the nature of medical practice are in the area of allowed risk, and subsequent "inevitable" damages cannot be attributed to the physician. If the result is not foreseeable and preventable, accident and coincidence are concerned and accountable responsibility is not relevant. For this reason, complications are in the allowed risk area;. The harm caused by the complication will not lead to the responsibility of the physician except for the harm that can be prevented by the appropriate management of the complication process.

ÖZET

Tıp biliminin insan üzerinde uygulanması, insan hayatının önemli bir parçasıdır. İnsan sağlığını koruyan, hastalıkların giderilmesine veya acıların azaltılmasına yardımcı olan tıbbi müdahale, aynı zamanda kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü haklarını doğrudan ilgilendirmektedir. Tıp biliminin icrası insan hayatı ve sağlığının korunması açısından büyük bir önem taşıdığından, tıp uygulamasının kötüye kullanılması, hatalı uygulama yapılması gibi risk alanlarına karşı hukukun koruyucu normlar ve sorumluluk rejimi öngörmesi gereklidir.

Tıp hukuku; özel hukuk, idare hukuku gibi hukuk dallarını ilgilendiren boyutlara sahip olan çok boyutlu bir hukuk dalıdır. Çalışmamızda hekimlerin tıbbî müdahale nedeniyle cezaî sorumluluğu ele alınmaktadır. Bu nedenle diğer hukuk dalları açısından sorumluluk rejimine, ancak genel olarak ve karşılaştırma imkânı sunduğu ölçüde değindik.

Tıp uygulaması, önceleri sadece teşhis ve tedavi eksenli ele alınmış ise de, güncel gelişmeler doğrultusunda tıbbî müdahale tanımımızın gözden geçirilmesi gerekmiştir. Daha eski tarihli mevzuatta, “*teşhis, tedavi veya korunmak gayesi*” (TDT m.13/3) ekseninde ifade edilen bir tıbbî müdahale kavramının terk edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle, günümüzdeki ihtiyaçları karşılayıcı nitelikte olgusal bir tanımdan hareket etmeyi gerekli gördük. Bir müdahaleye tıbbî sıfatını kazandıran husus, yalnızca iyileştirmeye yönelik olması değildir; tıp biliminin insan üzerinde uygulamasını oluşturan her müdahale, tıbbî müdahaledir. Bu olgusal tanım yapıldıktan sonra, tıbbî müdahalenin normatif incelemesine geçmeyi yöntemsel açıdan uygun bulduk. Bu bakımdan Türk hukukunda izin verilip verilmediğinden bağımsız olarak, tıp bilimi uygulaması içeren her müdahale –örneğin Türk hukukunda yasak olan aktif ötanazi, taşıyıcı anneye embriyo nakli- tıbbî müdahale olarak kabul edilecektir. Aynı şekilde, tıbben kabul edilen diğer amaçlara yönelik müdahaleler de (örneğin nüfus planlaması amaçlı kısırlaştırma, rahim tahliyesi, üçüncü kişinin tıbbi yararı amaçlı organ nakli, insanlığın bilimsel yararı için insan üzerinde deney) tıbbî müdahaledir. Bu müdahalelerin hukuka uygunluğu için ise açık yasal dayanak bulunmalıdır.

Hekimlerin cezaî sorumluluğu rejimini açıklayabilmek için, öncelikle olağan ve hukuka uygun müdahalenin, ceza hukuku açısından kuramsal temellendirilmesinin yapılması gerekir. Vücut bütünlüğünü ihlal eden ve yaşam hakkını tehlikeye düşüren tıbbî müdahalenin, hangi nedenle hukuka uygun sayılabileceğini, öğretilerdeki farklı görüşleri tartışmak suretiyle, ikinci bölümde değerlendirdik. Türk hukukunda baskın görüş olan hakkın kullanılması, hastanın kendi kaderini tayin hakkı yerine, hekimin mesleğini uygulama hakkını ön plana çıkardığından; eski tıp uygulamasının¹ hukuk öğretisindeki izdüşümü olarak değerlendirilmelidir. Hakkın kullanılmasına taraftar olan görüşler içerisinde, hastanın rızasına da yer veren yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak düşüncemize göre bu kabul tutarlı değildir; hakkın kullanılmasını asıl hukuka uygunluk nedeni saymak ve ona birincil nitelik vermek, kaçınılmaz olarak rızayı ikincilleştirme sonucu doğuracaktır.

Kişi ruhsal ve bedensel yönden tam bir iyilik hali içinde olabilmek için, hekimlere başvurmakta, kendi bedeni üzerinde birtakım işlemlerin gerçekleştirilmesine rıza göstermektedir. Müdahale yapmasına rıza gösterilen kişi, genel hukuk düzeninin tıbbî müdahale icra etmesine izin verdiği bir kimse, yani hekim olmalıdır. Ancak somut müdahale için, salt hekim tarafından uygulanması yetmemekte; müdahaleye tabi tutulacak hastanın rızası da aranmaktadır. Çünkü insanlar kendi geleceklerini tayin etmekte, maddî ve manevî varlıklarını korumak ve geliştirmekte serbesttir (AY m.17). Bu nedenle, vücut bütünlüğünü ihlal eden ve tipik fiil niteliğine sahip olan somut tıbbî müdahalenin, hukuka uygunluğunu temellendiren husus, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebidir.

İlgili kişi, kendi durumu ve önerilen müdahalenin riskleri, alternatif seçenekler (ve bunların riskleri) hakkında bilgilendirilmesi halinde, kendi kaderini tayin hakkını özgür biçimde kullanabilir. Hastanın aydınlatılması

¹ “Eski tıp uygulaması” terimi ile ifade etmeyi amaçladığımız kavram, tıp terminolojisinde paternalist tıp olarak isimlendirilmektedir. Hekim ile hasta arasında belirli bir ilişki modelini anlatan, paternalist (babacıl; buyurgan) tıp anlayışı şu şekilde tanımlanabilir: Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, bir babanın çocuğunu yönlendirmesi ve yönetmesine benzer bir şekilde cereyan etmesine paternalist tıp denir. “Bu modelde hekim baba gibi davranır. Hastasının yararını gözетerek onun adına gerekli olanları yapar. Hasta, ileri derecede uzmanlaşmış tıp bilimi ve mesleği karşısında adeta çocuk gibi kabul edilir. “Karar hastaya bırakılırsa kendisi için doğru olanı bilemez, daha az zahmetli olanı veya kolayına geleni tercih eder, öyleyse, inisiyatif hastaya bırakılamaz” anlayışı hakimdir.” Bkz. Tefik Özlü, “Hasta-Hekim İlişkisi”, **Medilog Tıp Günlüğü Dergisi**, Sy:2, Mart 2015, (<https://medilog.com.tr/2015/08/03/hasta-hekim-iliskisi/>). Biz, “paternalist tıp” terimi, Türk hukuk diline yabancı olduğu için, paternalist tıbbın kökenleri *Hippokrates*’e (M.Ö. 460-377) dayanan bir yaklaşım olması nedeniyle, “eski tıp uygulaması” ifadesini kullanmayı yerinde bulmaktayız. Çalışmamızın devamında paternalist tıp yerine, “eski tıp uygulaması” terimi kullanılacaktır.

(=bilgilendirilmesi), kural olarak rızanın geçerlilik koşuludur. İstisnai hallerde, hasta aydınlatılmaksızın da rızası alınabilir. Hastanın aydınlatılmaktan vazgeçmesi, aydınlatmanın hastaya zarar verme (ağır bedensel veya ruhsal zarar) olasılığı nedeniyle (teröpatik nedenle) aydınlatmama halleri, bu kapsamdadır. Yine tıbbî vasiyet halinde, hastanın bilinci kapalı ise, bu vasiyete uyulmasını -olayın doğası gereği- aydınlatma koşuluna bağlamak doğru olmayacaktır.

Aydınlatma öğretide çeşitli şekillerde tasnif edilmektedir. Konumuz açısından önemli ve işlevsel olan ayrım; tedavi (= güvenlik; = koruma) aydınlatması ve karar (= otonomi; = risk) aydınlatması ayrımıdır. Teşhis ve tedavi süreci boyunca, hasta tarafından uyulması gerekli standartların ve alınması gerekli önlemlerin hastaya bildirilmesi, tedavi aydınlatmasıdır. Bu aydınlatma, tıbbî müdahaleye hastanın serbest iradesiyle karar vermesini etkilememekte; bundan dolayı, bu aydınlatmanın yerine getirilmemesi, rızayı geçersiz kılmamaktadır. Müdahalenin türü, ağırlığı, olası sonuçları ve riskleri hakkındaki karar aydınlatması; hastanın karar almasında etken olabilecek hususlara ilişkin bir aydınlatma olup, bunun yapılmaması halinde verilen rıza geçersiz hale gelecektir. Çünkü müdahale hakkında yeterli bilgi edinilmemiş ise, hastanın müdahaleye tabi tutulma veya reddetme yönündeki serbestçe irade oluşturduğundan söz edilemez. Ceza sorumluluğu bakımından konuya yaklaşıldığında, karar aydınlatmasının bulunmaması rızanın geçersizliği, dolayısıyla hukuka uygunluk sebebinin bulunmayışına yol açacaktır. Hukuka uygunluk sebebi olmadığında, tıbbî müdahale tipik fiil (kasten yaralama) niteliğini taşımaya devam eder. Oysa tedavi aydınlatması bulunmadığında, rıza geçersiz hale gelmeyecektir. Hukuka uygunluk sebebi varlığını sürdürdüğünden, tedavi aydınlatması eksikliği ancak –diğer koşulları da varsa- taksirli sorumluluğa yol açabilir.

Hastanın kendi kaderini tayin hakkı, olağan tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunun teorik açıdan temelidir. Ancak bu yaklaşım, bazı tıbbî müdahaleleri açıklayamamaktadır. Açıklayamadığı müdahalelerin başında, kamusal yararları ilgilendiren tıbbî müdahaleler gelmektedir. Benimsediğimiz teorik yaklaşım açısından, bu durum bir sapma oluşturmamaktadır. Çünkü kendi kaderini tayin hakkı, kişinin kendi “bireysel” yararları arasından ağır basan yararı özgür iradesiyle seçebilmesidir. Bu karar, tıp açısından mantık dışı ve akılcı olmayan bir tercih olabilir. Kişi kendisine yapılması gereken müdahaleyi ret hakkı açısından, mantık dışı tercihlerde bulunabilir; ancak eylemli olarak kendisine mantık dışı müdahalede

bulunulmasını isteyemez veya böyle bir müdahaleye rıza gösteremez. Münhasıran bireyi ilgilendiren bireysel yararlar açısından, hastanın kendi kaderini tayin hakkına öncelik tanınır ve saygı gösterilir. Eğer yararlardan birisi “kamusal” nitelikteyse, ağır basan hukukî yarar değerlendirmesi kanunla yapılabilir ve rıza olmaksızın tıbbî müdahale icra edilebilir. Bu durumda, kendi kaderini tayin hakkı geri çekilmekte; kamusal yararın korunması (örneğin suçlunun tespiti, infaz kurum düzeninin korunması, kamu sağlığının korunması) amacı ön plana çıkmaktadır. Ancak bu durum istisnai olduğundan, açık yasal dayanakla öngörülmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bu hallerde ağır basan yararı kanun göstermektedir.

Hastanın kendi kaderini tayin hakkı ile açıklanamayan müdahalelerden bir diğeri, acil hallerde bilinci kapalı hastaya uygulanacak tıbbî müdahalelerdir. Bu müdahalelerin üçüncü kişi yararına zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun olduğunu düşünmekteyiz. Zorunluluk hali uyarınca, somut olayda ağır ve muhakkak tehlikenin varlığına karşın kişinin rızasını alma olanağı bulunmuyorsa, hastanın objektif açıdan yararına müdahale yapılabilir. Bu ihtimalde, hasta lehine ağır basan hukukî yararı -hastanın rızasının alınması imkânı olmadığından- hekim belirleyecektir. Bu müdahaleyi somut olayda tıbbî standardı uygulayabilme yetkinliği olması nedeniyle ancak hekim icra edebilecek; acil hallerde ilk yardımla sınırlı müdahaleler dışında, hekim olmayan kişinin “zorunluluk haline” dayanarak müdahale edebilmesi de söz konusu olmayacaktır. Yetkili hekim koşuluna uyulmaması üstlenme kusuru teşkil edebilir. Çünkü tıbbî standardı garanti ederek hastanın objektif yararına uygun müdahalede bulunabilecek yegâne kişi hekimdir. Hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde yapılan müdahale, anılan hukuka uygunluk nedenine dayandığından, somut olayda zorunluluk halinin kapsam ve koşulları (TCK m.25/2) gözetilecektir.

Hastanın henüz bilincini kaybetmeden önce açıkladığı bir irade beyanının (tıbbî vasiyet) bulunması halinde, hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle bu iradeye uyulması gerekmektedir. Zorunluluk hali son çare (*ultima ratio*) niteliğindedir; geleceği belirleyen irade beyanı varsa, artık zorunluluk halinin koşulları uygulanmayacaktır.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde, müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenin varsayılan rıza olduğu, ceza hukuku öğretisinde ileri sürülen görüşlerden birisidir. Bu kavramın, bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi teşkil

etmediğini düşünmekteyiz. Bize göre, varsayılan rıza, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebine dâhil edilebilecek bir kavramdır. Bu nedenle varsayılan rızanın tespitinde, hastanın yararı, objektif açıdan yararların karşılaştırılmasına göre belirlenmelidir. Açık irade beyanı bulunmayan kişinin, sadece belirli dayanak noktalarından hareketle sübjektif yönden rızasını “varsaymak” ceza hukuku yönünden temelsiz bir yaklaşımdır. Örneğin bir kimsenin Yehova şahidi olması, kan naklini reddedebileceğine ilişkin bir veri olmakla birlikte, salt bu dayanak noktasından hareketle –açık bir irade beyanı veya tıbbî vasiyet yok ise-, bilinci kapalı Yehova şahidine kan naklinden imtina edilmemelidir. Bu varsayıma dayalı olarak müdahaleden imtina edilmesi, hekimin ihmalinden dolayı sorumluluğunu doğurabilir. Açık irade beyanı bulunmamakta ise, objektif yarar karşılaştırmasına dayalı olarak rıza varsayılmalıdır; yani zorunluluk hali uyarınca objektif yararlar tartılmalı, buna göre müdahalede bulunulmalı veya müdahaleden kaçınılmalıdır.

Kişinin bilinci kapalı olmakla birlikte, durumu acil değilse, kendisine kanunî temsilci atanarak, sonraki müdahalelere ilişkin işbu temsilcilerin rızasının alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü bu ihtimalde, zorunluluk halinin koşulları oluşmamıştır. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi, bu hallerde de söz konusu olacak; ancak hasta (ilgili), rızasını temsilcisi aracılığıyla açıklayacaktır.

İkinci bölümün son kısmında tıbbî uygulama hatası ve türlerinden bahsedilmiş; konunun taksirli sorumluluk ile açıklanması, ilgili ceza normlarının işlendiği üçüncü bölümde ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, konunun önemi nedeniyle bağımsız ceza normlarıyla koruma altına alınan tıbbî müdahalelerden ayrıca bahsedilmiş ve bu müdahaleler kapsamında varılan sonuçlar sistematik olarak açıklanmıştır. Anılan kısımda insan üzerinde deney ve deneme, organ ve doku nakli, kısırlaştırma, çocuk düşürtme suçları açıklanmıştır. Çalışma konumuz dâhilinde, hekimlerin tıbbî müdahale nedeniyle ceza sorumluluğu ile sınırlı olarak sözü edilen normların sistematik açıklaması yapılmıştır. Belirtilen normlar, hekimin kasten işlenen fiillerle ceza sorumluluğunun Türk hukukundaki yansımasıdır. Anılan her bir ceza normu, bağımsız bir çalışmaya konu edilebilecek nitelikte olup, tezimizde bu normlarla ilgili her husus ele alınmamış; makul bir ölçüde bu suçların ana hatlarından söz edilmiştir.

Kişi, bir hekime (= yetkili kimse), yalnızca tıp bilimine uygun müdahaleye tabi tutulmak için rıza gösterebilir. Rıza ve hekimin yetkili olması açısından hukukun öngördüğü koşullara uygunluk, hekimin müdahalesinden sorumlu tutulmaması için yeterli değildir. Hekim, kişinin hayatı ve beden bütünlüğü üzerinde tehlikeli faaliyette bulunduğundan, hastaya zarar vermemesi için sevk edilmiş belirli özen normlarına (= tıbbi standartlara) uymakla yükümlüdür. Bu özen normlarına uymaksızın, öngörülebilir ve önlenabilir zarar neticelerine neden olursa, hekimin taksirli sorumluluğu doğar. Tıbbî uygulama hatası olarak nitelenen bu hallerde, hekimin zarar neticesine, özene aykırı davranışıyla yol açıp açmadığını objektif isnadiyet açısından da değerlendirmek gerekir. Somut olayda özene uygun davranılmış olsaydı, olumsuz netice “*kesine yakın bir ihtimalle*” önlenebilir ise; bu takdirde netice hekime yüklenebilecektir. Ancak olumsuz netice, özene aykırı davranış olmasına karşın, mağdurun kusurlu davranışından veya beklenmeyen halden (komplikasyon) kaynaklanıyorsa, neticenin hekime isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Tıp uygulamasının doğasından kaynaklanan riskler ve olağan sapmalar, izin verilen risk alanında olup, bu nedenle meydana gelen zararlar hekime yüklenemez. Netice öngörülebilir ve önlenebilir nitelikte değilse; taksirli sorumluluktan değil, kaza ve tesadüften söz edilecektir. Bu nedenle komplikasyonlar, izin verilen risk alanındadır; komplikasyon sürecinin iyi yönetilmesi ile önlenebilecek zararlar haricinde, komplikasyon sonucu meydana gelen zararlar hekimin sorumluluğunu doğurmayacaktır.



GİRİŞ

İnsanlığın bilinen tarihinde, ruh ve beden hastalıklarının tedavi edilmesi ihtiyacının duyulmadığı bir zaman dilimi mevcut değildir. Tıbbi müdahale, bu nedenle insanlığın tarihiyle yaşıt sayılır. Tıbbi faaliyetin tarihsel olarak bir hayli köklü ve aynı zamanda her insanın hayatında rastlanmasından ötürü yaygın bir faaliyet alanı olması; hukukun gelişimi sürecinde tıbbi müdahaleden dolayı sorumluluğun düzenlenmesi, kurallara bağlanması, olası zararları asgarîye indirmek için belirli haklar ve yükümlülükler yaratılması ihtiyacını doğurmuştur. *Copernicus*, *Newton* ve *Galilei* tarafından başlatılan bilim devrimi, On ikinci yüzyıldan itibaren İtalyan Şehir Devletleri'nde ortaya çıkan kapitalizm, kentleşme, modern devletin oluşumu, aydınlanma ve sanayileşme süreçleriyle beliren modern medeniyet, hem modern tıbbın hem de modern hukukun doğumu ve dönüşümüne kaynaklık etmiştir. Bu nedenledir ki, önceleri tıp ve hukuk arasında -bazı uygarlıklarda- münferit olaylara ilişkin kurulan hukuki bağintıların yerini; modern dönemde, hekimin sorumluluğunun detaylı bir şekilde tartışılması, farklı sorumluluk kategorilerinin yaratılması, tıbbi faaliyetin hukuki çerçevesine ilişkin teorik temellerin izah edilmesi, tıbbi müdahalenin hukuki konumunun ve meşruluğunun belirlenmesi, karşılıklı haklar ve yükümlülüklerin ayrıntılı açıklanması almıştır.

Bu çalışmanın amacı, tıbbi müdahalelerden dolayı hekimlerin cezaî sorumluluğunun açıklanmasıdır. Bu bağlamda, hekimin, yalnızca hekimlik sıfatıyla doğrudan bağlantılı, yani tıbbi müdahaleyi icrası nedeniyle cezai sorumluluğu ele alınmıştır. Çalışmamızın kapsamı belirlenirken, niteliği gereği herkes tarafından işlenebilen suçlar, hekimin tıbbî müdahalesi ile doğrudan ilgili olduğu ölçüde ele alınmıştır. Bu nedenle, kasten öldürme ve yaralama, taksirle öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin açıklamalar, hekimlerin tıbbî müdahaleden doğan sorumluluklarının tartışılmasıyla sınırlı tutulmuştur. Niteliği gereği herkesçe işlenebilen ve yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçlardan, tıbbi müdahalenin icrası ile doğrudan bağlantılı olmayan suçlar, çalışma konumuzun dışındadır.

Tıp biliminin gelişimiyle birlikte, tıbbi faaliyet alanı, kullanılan teşhis ve tedavi yöntemleri bir hayli genişlemiş ve çeşitlenmiştir. Bu durumun, insanlığın

ortalama yaşam süresinin ve kalitesinin artmasına, salgın hastalıkların ve çocuk ölümlerinin engellenmesine yol açan büyük bir tarihsel kazanım olduğu açıktır. Fakat bu kazanıma karşılık, tıbbi faaliyetin doğurduğu, insan hayatına yönelik zarar veya tehlike doğurucu risk alanları da artmaktadır. Tüm bunlar, olası zarar veya tehlike neticelerinin önlenmesi ve gerçekleşen kusurlu müdahalelerin suç ve/veya haksız fiil olarak tanımlanarak yaptırımla karşılanması bakımından, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun ceza hukuku ve diğer hukuk dalları açısından çerçevesinin çizilmesini bir zorunluluk haline getirmektedir. Bu nedenle çalışmamız boyunca, öncelikle birinci bölümde tıbbi faaliyetin izahı, hukuk düzeninin bütünüyle ilişkisi; ikinci bölümde hukuka uygunluğunu sağlayan teorik temeller incelenmiştir. Bu inceleme esnasında, hem olağan tıbbi faaliyetler, hem de özellik arz eden müdahale tiplerinin hukuki açıdan açıklanması hedeflenmiştir. Son olarak da, tıbbî faaliyetin ceza hukuku sorumluluğu doğuran biçimleri, belirli tipik fiiller açısından ele alınmıştır. Bu fiiller, ancak tıbbi müdahaleyle doğrudan ilişkili olanlarla sınırlı tutulmuş; hekimin bir kamu görevlisi olduğu hallerde söz konusu olabilen ama tıbbi müdahaleyle ilgisi bulunmayan suçlar (rüşvet, irtikâp, resmî belgede sahtecilik gibi), hekimin sağlık personeli olmasından kaynaklı ama tıbbi müdahaleyle ilgisi olmayan suçlar (sağlık personelinin suçu bildirmemesi gibi) ve hekimin de bir insan olarak işleyebildiği diğer suçlar (dolandırıcılık, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ifşası gibi) çalışma alanımızın dışında bırakılmıştır. Tıbbi müdahalenin genel hukuk düzenindeki yeri incelenirken özel hukuk ve idare sorumluluğundan da birinci bölümde özet olarak söz edilmiş; diğer bölümlerde ise ceza sorumluluğuna ilişkin bir hususu açıklarken faydalı bir mukayese sunabildiği ölçüde değinilmekle yetinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TİBBİ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ YERİ

I. TİBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİM

A. Kavram

Hekimin tıbbi müdahale nedeniyle ceza sorumluluğunu açıklayabilmek için, öncelikle tıbbi müdahale kavramının tanımlanması gerekmektedir. Öğretide tıbbi müdahalenin; kişinin ruh ve bedeninin anormal bir durumunu ortadan kaldırmaya veya hafifletmeye, bu anormalliğin ortadan kaldırılması veya hafifletilmesini mümkün kılmaya yönelik tıbbî işlemlerin icra edilmesini ifade ettiği belirtilmiştir². Bu tanım, tıbbi gerekliliği (endikasyon) ön planda tutmakta ve tedavi fiillerini ifade etmektedir; tıp biliminin güncel gelişmeleri dolayısıyla tıbben kabul edilen amaçlara yönelik diğer müdahaleleri içermemekte olduğundan dolayı eksiktir. Kanaatimizce, tıbbi müdahale; kişinin, doğrudan veya dolaylı olarak tedavisine veya tıbben kabul edilen başka bir amaçlara yönelik, tıp biliminin insan üzerinde uygulanması ile bağlantılı olarak, tıbbî müdahale yapmaya yetkili olanlar tarafından icra edilen her türden faaliyeti kapsamaktadır³. Diğer bir ifadeyle, tıbbi müdahalelerin kapsamına en basit teşhis işlemlerinden en ağır cerrahi müdahalelere kadar her türlü faaliyet girmektedir. Faaliyetin vücut bütünlüğüne doğrudan müdahale oluşturacak şekilde girişimsel (*invaziv*) veya dolaylı müdahale teşkil eden, girişimsel olmayan (*noninvaziv*) türde olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴. Aynı zamanda tedavi

² Selahattin Keyman, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, *AÜHFD*, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, s.58.

³ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2016, s. 27; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul: Legal Yayıncılık, Ocak 2003, s.24; Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2013, s.39.

⁴ “Hekimler hem sağlıklı kişilerde hem de hastalarda gerektiğinde cildin bütünlüğünü bozan girişimlerde bulunma yetkisine sahiptirler. İğne yapma, ameliyat etme, dikiş atma, sonda takma gibi tüm bu girişimler hekimliğin en temel özelliğidir ve tüm bu girişimler, cildin bütünlüğünü bozduğu

amacı dışında, nüfus planlaması (gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon), tıbbi deney, estetik müdahale gibi bir dizi özel müdahale tipi de tıbbi müdahale kavramının içerisinde değerlendirilir. Bu anlamda, insan üzerinde tıp biliminin icrasına dönük tüm faaliyetler, tıbbi müdahaledir. Fakat bu faaliyetlerin hukukî koşulları ve hukuka uygunluğu, tıbbî faaliyetin normatif incelemesi anlamına geleceği için ayrıca ilgili kısımlarda incelenecektir. Bu bağlamda bir hekim tarafından, kurtulması mümkün olmayan bir hastaya, o hastanın acısız ölümünün gerçekleşmesi için yapılan bir tıbbî yardım, olgusal-ontolojik anlamda tıbbi müdahale teşkil etmekle birlikte, Türk Hukukuna uygun olmayacaktır. Yine eşlere ait embriyonun, taşıyıcı anneye nakledilmesi tıbbi müdahale olmakla birlikte, bu müdahale Kıta Avrupası ülkelerinde yürürlükte olan mevzuata göre yasaklanmıştır⁵. Bu nedenle, tıp bilimini icraya yetkili kimse (hekim veya hekimin denetim ve gözetiminde ya da kendi yetkileri kapsamında diğer sağlık personeli)⁶ tarafından, tıbben kabul edilen her türlü amaca yönelik (iyileştirme, nüfus planlaması, üçüncü kişinin tıbbi yararı), insan üzerinde tıp biliminin uygulanmasını oluşturan tüm müdahaleleri, tıbbi müdahale kavramı içerisinde değerlendirmektediriz.

B. Tarihsel Gelişim

Hekimlerin tıbbî faaliyetlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluğuna ilişkin en eski tarihli kurallara Mezapotamya Medeniyetleri'nden olan Babiller'de rastlanmaktadır. Meşhur *Hammurabi Kanun Derlemesinde* başarısız olan cerrahların kısas usulüne göre cezalandırılmasına ilişkin maddeler mevcuttur. Meslekî bilginin kötüye kullanılmasını ve yanlış uygulanmasını engelleme amacı taşıyan bu maddelere göre, mesela;

“Bir cerrah, asil sınıftan birini tedavi ederken ölümüne sebep olursa veya göz bölgesini neşteriyle açıp tedavi ederken gözünü kör ederse elleri bileklerinden kesilecektir. Aynı ameliyatı köleye yaparken köle ölürse sahibine yeni bir köle verecek, gözü kör olursa kölenin yarı değeri kadar gümüşü sahibine ödeyecektir.”⁷

için invaziv girişim olarak kabul edilirler. İnvaziv girişimlerin tersi, noninvaziv girişimdir, bu tarz tıbbi girişimlerde kişinin hiçbir organı olumsuz etkilenmez. Ultrasonografi noninvaziv girişimlere bir örnektir.” (<http://www.ansiklopediatri.com/goster.asp?dil=tr&terim=423>, 12/02/2017)

⁵ Bkz. Hakeri, **op.cit.**, s.148.

⁶ Gökcan, **op.cit.**, s.39.

⁷ Ali Haydar Bayat, **Genel Tıp Tarihi**, İstanbul: Zeytinburnu Bel. Kültür Yayınları, 2016, s.57.

Bu hükümlerde köle kişilerin hukuken mal olarak kabul edilerek, onlara verilen zararlarda tazminat esasının geçerli olduğu; özgür kişilere verilen zararlar açısından ise cezada kısas ilkesinin geçerli olduğu görülmektedir⁸. Enfeksiyon riskinin yüksek olduğu ve mikropların bilinmediği bir çağda, bu cezaların varlığına rağmen nasıl cerrahî müdahalenin yapılabilirdiği akla gelen bir sorudur. Fakat cezalar yalnızca dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklandığı kesin olan olaylar bakımından uygulanmıştır⁹. Bu dönemde tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk, tedavinin başarılı olup olmaması yönünden değerlendirilmiş; rızanın bulunup bulunmaması hukuki bir sorun olarak ele alınmamıştır¹⁰.

Eski Mısır Medeniyetinde mevcut tıp birikimine göre yapılan, kitaplardaki usullere uygun müdahalelerden dolayı, olumsuz sonuç gerçekleşse bile hekim sorumluluğu kabul edilmemekteydi. Fakat hekim mevcut tıp birikimince kabul edilmeyen bireysel yollarla tedavi uyguladığı takdirde, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmekte ve ölüm cezası ile cezalandırılabilirdi. Bu açıdan Mısır Medeniyetinde tıbbi kusur, yerleşik tıbbi kurallara uymamakla ortaya çıkmaktaydı¹¹.

Hint Medeniyetinde M. Ö. 200 ile M. S. 200 arasındaki yıllarda yürürlükte olan *Manu* ve *Zoroastre Kanunlarında*, hekimlerin sorumluluğuna ilişkin maddeler bulunmaktadır. *Manu Kanununa* göre, hekimlerin mesleğini kötüye kullanması para cezası ile yaptırım altına alınan fiillerdendi. *Zoroastre Kanuna* göre hekimlik mesleğini yürütmede yetersiz olduğu tespit edilen kişi, bu mesleği icraya devam ederse parçalanarak öldürülürdü. Hastada meydana gelen olumsuz neticeden hekimin sorumlu olup olmadığını, hekimlerden oluşan bir jüri tespit ederdi. Jüri kötü niyet ve dikkatsizlik hallerinde, hekimin sorumluluğuna karar verir; tıbbi uygulama hatası ilk defa oluyorsa para cezası verilirdi. Tekerrür söz konusu ise, verilecek ceza ölüm de olabilirdi. Sorumluluğun temeli olarak kötü niyet veya dikkatsizlik şeklinde kusurun aranması, tıbbi sorumluluk tarihi açısından önem taşımaktadır¹².

⁸ Ahmet Nezih Kök, “Hasta-Hekim İlişkisi Tüketici Hukuku ile Bağdaşabilir mi?”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C.V, Sy:5, 2015, s.607.

⁹ Bayat, **op.cit.**, s.56-57.

¹⁰ Yenerer Çakmut, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi op.cit.**, s.56.

¹¹ Bayat, **op.cit.**, s.67; Özilek, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, ([http:// kazanci.com.](http://kazanci.com), 22/02/2017).

¹² Bayat, **op.cit.**, s.95

Eski Yunan Medeniyetinde tıp biliminin dinî-büyüsel yönleri büyük ölçüde ortadan kaldırılmış; bu olguya koşut biçimde, hastayla ilişkisinde, hekimin otoritesi, din adamı otoritesinden, hastanın iyiliğini düşünen baba otoritesi tipine geçiş yaparak dönüşüme uğramıştır. Bu durum, etkileri yirminci yüzyıla dek ulaşan eski tıp uygulamasına¹³ yol açmış; hekimin hastanın yararını olanı, en iyi bildiği, tıpkı bir babanın çocuğunu yönlendirmesi gibi hekimin de hasta hakkında en iyisini kendiliğinden uygulayacağı uzun yüzyıllar hâkim anlayış olarak yaşamıştı¹⁴. Bu dönemde hekimin sorumluluğu daha çok etik temelde tanımlanıyordu. Tıp biliminin kurallarına uyulmaması meslek etiğine aykırı ve kusurlu davranış olarak nitelendirilmekteydi¹⁵. *Hippokrates*'in bazı özdeyişleri tıbbi sorumluluğun temellerini teşkil edecek etik ilkeleri ifade etmektedir. “*Hekimlikte esas hastaya zarar vermemektir*”, “*Zarar verecek şeyi azaltmak, fayda verecek şeyi çoğaltmaktan daha iyidir*”, “*Elde çeşitli metotlar olduğu zaman en az gösterişli olan seçilmelidir*” gibi özdeyişler bu ilkelere örnek olarak sayılabilir¹⁶.

Roma Medeniyetinde hekimlerin sözleşmesel sorumluluğu konusunda hekimin köle, azatlı veya hür olmasından kaynaklanan farklar bulunmaktaydı. Fakat meslekî deneyimsizlikten dolayı hekimin sözleşmesel sorumluluğu temelde *locatio conductio* sözleşmesine göre belirlenmekteydi. Bu sözleşme, modern hukukta kira, hizmet ve eser sözleşmelerini kapsamaktadır¹⁷. O halde köle hekimin tıbbi müdahalesine ilişkin olarak, *locatur* (kiraya veren) tarafından, bir ücret karşılığı *conductor* (kiracı)’da bir malın (= köle hekim), bir hizmet (= tıbbi yardım) görülmesi amacıyla hazır bulundurulmasından söz edilebileceği için, köle hekimin müdahalesi *locatio conductio rei* (mal-ayın kirası) olarak düşünülmekteydi. Azatlı veya özgür kişi için, kişinin kendi emeğini kiralaması anlamına gelen *locatio conductio operarum* (hizmet sözleşmesi) veya kişinin bir eserin yapımını üstlenmesi manasında *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi)’in söz konusu olduğu düşünülmekteydi. Bu sözleşmenin özelliği, kiraya verenin ücretle borçlu olmasıdır; bu nedenle Roma

¹³ Bkz. 1 nolu dipnot.

¹⁴ Kök, *op.cit.*, s.607

¹⁵ Bu etik ilkelerden konumuzla ilintisi yönünden en çok bilineni, Latince “*Primum non nocere*” şeklinde dile getirilen “*öncelikle zarar verme*” ilkesidir. Bu ilke de *Hippokrates* geleneğine dayandırılmaktadır. Bkz. Erdem Aydın, “Tıp Etiğinde Temel İlkeler”, (<http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/doc/ilkeler.doc>), s.2.

¹⁶ Bayat, *op.cit.*, s.117.

¹⁷ Paul Koschaker, *Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977, s.237-238

Hukukunda ücret karşılığı olmayan vekâlet (*mandatum*) sözleşmesi¹⁸ tedavi faaliyetinde söz konusu olmayacaktır. Fakat konuya ilişkin bir başka görüş, Roma’da hekimin tedavi faaliyetinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu, fikrî faaliyet sayılan ve bu nedenle *operae liberales* (para ile ölçülemeyen yüksek düzeyli faaliyet) kategorisine giren tedavinin, ancak vekâlet sözleşmesi ile ifa edilebileceği; “özgürce teklif edilmiş şeref ücreti” (*honararium*) verilmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğine zarar verecek bir ivaz olmadığı veya bu tip bir ivazın eski dönemlerden beri yapılan yorumlarla vekâlet sözleşmesi niteliğini bozmayacak türde bir vekâlet ücreti olarak kabul edildiği şeklindedir. Fakat *Digesta*’da hekimin bir köleyi beceriksizce tedavi etmesi halinde, *actio ex locatio*’nun (*locatio conductio*’nun varlığı halinde söz konusu olabilecek dava türü) kendisine açılabilirliğinin belirtilmiş olması, hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin *locatio conductio* olarak nitelendiği yönündeki görüşü desteklemektedir. Yine hekim hakkında *lex aquilia*’ya dayanılarak haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilmekteydi; *Digesta*’da bu imkâna ilişkin ifadeler yer almaktadır. Bu ihtimalde hekim, en küçük ihmalden dahi sorumlu tutulmaktaydı. Hekimin cezaî sorumluluğu ise *lex cornelia sicairiis et veneficis*’te düzenlenmiş olup, hastaya zehir verme, büyü yapma, çocuk düşürme ve kısırlaştırma gibi fiiller söz konusu olduğunda, hekim bu kanuna göre cezalandırılırdı. Kasten öldürme ve yaralamalarda *lex cornelia* uyarınca hekim sorumlu tutulmaktaydı; ancak ihmali davranış bu kanunun kapsamına girmemekteydi. Fakat taksirli fiillere ilişkin bir tür sürgün cezası olan *relegatio* uygulanırdı¹⁹.

İslam hukuku kaynaklarında hekim ve diğer sağlık personelinin müdahalelerinin hukuki sonuçları genellikle kira sözleşmesi (icare akdi) olarak nitelenmiştir. Buna göre hekimler, *ecîr-i müşterekin* (sadece bir kişiye değil, iş sahibi herkese iş yapan ücretli kişi) hukuki yetki ve sorumlulukları ile bağlı kabul edilmişlerdir²⁰. Hukuki niteliğinin kira sözleşmesi (icare akdi) olarak nitelenmesi, bugünkü anlamıyla kira sözleşmesinden ziyade, hizmet sözleşmesine (emeğin

¹⁸ Vekil tarafından müvekkile ait bir muamelenin ivazsız olarak idare edilmesi olarak tanımlanan vekâlet sözleşmesi (*mandatum*); hizmet, kira ve eser sözleşmesinden farklı olarak *operae liberales*’leri konu edinebilmektedir. Bkz. *Ibid.*, s.244.

¹⁹ Pervin Somer, “Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.XIV, Sy:4, 2008, s.141-151.

²⁰ Ahmet Ekşi, *İslam Hukukunda Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s.122.

kiralanması) denk düşmektedir²¹. Hekimin emeğinin kiralanması şeklindeki tanım, İslam hukukunda tedavi ilişkisinin, Roma hukukunda bir tür *locatio conductio* türü olan *locatio conductio operarum*'a (hizmet sözleşmesi) benzediğini düşündürmektedir. Bu bağlamda, egemen oldukları coğrafyanın önemli bir bölümü Suriye ve Anadolu gibi Eski Roma toprakları olan Müslümanların, Roma Hukukundan etkilendiklerini düşünmek mümkündür.

Müşterek Hukuk döneminde, *Constitutio Criminalis Carolina* ile ceza hukukunda modernleşmenin adımları atılmıştır²². 1810 tarihli, Napolyon dönemi Fransız Ceza Kanunu ile bugünkü modern hukuk birikimi oluşmuştur. Modern hukuk birikiminde, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk, hukuki olarak sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiili sorumluluğu; cezaî olarak bazı özel suç tipleri (çoğunlukla taksirli suçlar), idarî olarak da hizmet kusuru kavramları çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ileriki bahislerinde bu kavramlar açıklanacak olup, tıbbi sorumluluğun tarihsel gelişimine ilişkin bu açıklamalarla yetinmekteyiz.

II. TEMEL HAKLAR ÇERÇEVESİNDE TIBBÎ MÜDAHALE

Tıbbî müdahalenin icrası, kişinin temel haklarını ilgilendiren bir durumdur. Doğa bilimlerindeki gelişimi ile bu bilime ilişkin verilerle tekniğin tıpta kullanımının baş döndürücü biçimde artmasının kaçınılmaz sonucu olarak, hasta ve hekim arasındaki ilişkilerin insan hakları boyutuyla incelenmesi gerekmektedir²³. İzleyen kısımda tıbbî müdahaleyle doğrudan ilgili olan bazı temel hak ve hürriyetler ele alınacak; tıbbi müdahale, bu haklara müdahalesi itibarıyla değerlendirilecektir.

²¹“(Hekim ile hasta arasındaki sözleşme E.D.) İslam hukukunda da “hizmet akdi” olarak isimlendirilen bir akit niteliğinde görülmüştür. Hizmet akdi, belirli veya belirsiz bir sürede hizmet görmek üzere kurulur. İslam hukukunda bununla ilgili konular icare akdi içinde, insanların emeğinin kiralanması bölümünde işlenmiştir.” **Ibid.**, s.123.

²² Modern Ceza Hukukunun doğuşu, ceza (kusur) sorumluluğunun akılcı temellere oturtulması, manevi unsur kategorilerinin biçimlenişi, kişisel dava ilkesinden kamu davası ilkesine geçiş gibi konularda, *Constitutio Criminalis*'in ceza hukukunu Ortaçağ'dan Modernliğe bağlayan tarihsel uğrak olarak önemini açıklayan bir çalışma için bkz. Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Rasyonelleşmesi ve Kamusallaşması**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s.199-267.

²³ Yener Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:3, Nisan 2007, (<https://jurix.com.tr/article/2814>, 26/02/2017), s.2 vd.

A. Yaşam ve Vücut Bütünlüğünü Koruma Hakları

Yaşam hakkı, insana ait değerlerin en üstünüdür; diğer tüm hakların özünü ve varlık nedenini oluşturmaktadır²⁴. Yaşam hakkı, insanın fiziksel, biyolojik ve psikolojik varlığını, tam bir iyilik halinde sürdürebilmesi için gerekli bir sağlık ve bütünlük içerisinde dünyaya gelebilmesini; ruhsal ve fiziksel varlığını koruyup, sürdürebilmesini ve ruhsal-fiziksel bütünlüğünün devlet yararına bile olsa –doğa yasalarının zorunlu kıldığı haller hariç- bu bozulmamasını, sınırlandırılmamasını, eksiltilmemesini, yok edilmemesini ifade eder²⁵. Toplumun, üçüncü bir kişinin ve hatta kişinin kendisinin bile yaşam hakkını sona erdirmeye konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Yaşam hakkı, hak öznesi olan kişiye; ruhsal ve fiziksel bütünlüğünü koruyabilmesi için varlığını sona erdirmeye yönelik etkenlere karşı koyma hak ve yetkilerini içermektedir. Bu açıdan, yaşam hakkının kişinin hayatı kabul etme görevi ve kendi hayatına başkalarının ve devletin saygı göstermesini talep hakkı tanıyan iki boyutundan söz edebiliriz²⁶.

Yaşam hakkı, anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır. En önemli evrensel insan hakları belgelerinde bu husus yer almaktadır; Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesi yaşam hakkını korumaktadır²⁷. Bu

²⁴ Douwe Korff, **Yaşam Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:8, Kasım 2006, s.6.

²⁵ Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980, s.14.

²⁶ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1972, s.13.

²⁷ Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, “Yaşama Hakkı” başlıklı 6. maddesi: “1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok ağır suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde bu maddedeki hiç bir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına mahkûm olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir.

5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez, hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez.”

6. Bu maddedeki hiç bir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.”

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Yaşam Hakkı madde başlıklı 2. Maddesi:

maddelerde belirtilen istisnaların²⁸ dışında, hiç kimse yaşam hakkından mahrum edilemez. Bu maddeler devlete bir yandan, istisnai haller dışında yaşam hakkına müdahale etmeme şeklinde, negatif yükümlülük yüklemektedir. Diğer yandan ise insan yaşamının etkili korunması için gerekli tedbirleri alma, insan hayatına yönelik fiillere karşı caydırıcı cezalar öngörme, etkin ceza kovuşturması ve infaz sistemi tesis etme şeklinde olumlu davranışta bulunma yükümlülüğü de, devletin yaşam hakkının korunması açısından sorumluluk alanı içerisinde görülmektedir²⁹. Anayasamızın 17. maddesi de yaşam hakkını güvence altına almakta, maddenin 4. fıkrasında meşru müdafaa, yakalama ve tutuklamanın yerine getirilmesi, tutuklu ve hükümlünün kaçmasının önlenmesi ve isyanın bastırılması gibi hallerde kanunen mümkün kılınan silah kullanma halleri ile meydana gelen ölümlerin, yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün istisnası olarak sayılmaktadır.

Vücut bütünlüğü korunması hakkı, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün dış etkilere karşı korunmasını ifade eder³⁰. Yaşam hakkı ile sıkı irtibatı bulunan ve bir anlamda yaşam hakkının sonucu olan bu hak, insan hakları öğretisinde üst kavram olarak vücut bütünlüğüne dokunulmazlık kuramı içerisinde ifade edilir. Bu kuram gereği kişi öldürülemeyeceği gibi (kuramın yaşam hakkı boyutu), görülen görülmeyen herhangi bir organında noksanlık yaratılmaz, maddi ve manevî açıdan işkenceye, eza ve cefaya uğratılamaz³¹. Bu haklar arasındaki bağ nedeniyle Anayasamızın 17. maddesi yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkını bir arada düzenlemiştir; 17. maddenin 2. ve 3. fıkrası özellikle vücut bütünlüğü hakkını korumakta, istisna olarak hukuk düzenince meşru sayılan vücut bütünlüğüne müdahale hallerini ifade etmektedir. Buna göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk hâline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali sûretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için

b) Usûlüne uygun olarak yakalamak için veya usûlüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için

c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için"

²⁸ 6. ve 13. Ek Protokollerin yürürlüğe girmesiyle ölüm cezası kaldırılmış bulunduğu, İHAS 2. Maddede yaşam hakkının korunmasının istisnalarından birisi olarak sayılan, ölüm cezası istisnasının bugün için bir anlamı kalmamıştır.

²⁹ Ulaş Karan, "Yaşam Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta, 2013, s.119.

³⁰ Gökcen, **op.cit.**, s.43.

³¹ Savcı, **op.cit.**, s.16.

haller dışında vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, kişinin rızası olmadan tıbbi deneye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Tıbbî müdahale ile yaşam ve vücut bütünlüğü hakkı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Öncelikle tıbbî müdahalenin yöneldiği amaç, doğrudan veya dolaylı olarak kişinin ruhsal ve fiziksel iyilik halinin sağlanmasıdır. Bu nedenle Anayasa m.17/2’de belirtildiği gibi, tıbbî müdahale yapılması, vücut bütünlüğüne yönelik bir ihlal olmasına rağmen, hukuk düzenince hukuka uygun sayılmıştır. Tıbbî müdahalenin neticesi olarak kişinin hayatını kaybetme ihtimali de mevcuttur. Yine bazı hallerde ise müdahale yapılması yükümlülüğü doğmakta, bu müdahalenin yapılmaması nedeniyle ölüm neticesi meydana gelmektedir. Tüm bu haller, tıbbî müdahaleye ilişkin icraî ve ihmalî fiillerle, insan hayatının sona ermesi arasında nedensellik bağının kurulabilmesine neden olmaktadır. Konunun önemi ve müdahalenin insan hayatı üzerinde yarattığı tehlikelilik nedeniyle, tıbbî müdahale hukuk düzenince belirli şartlara bağlanmıştır. Korunan hukukî değer açısından yaşam hakkını merkeze alan ceza normları (taksirle öldürme gibi), tıbbî müdahalenin koşullarına uygun olmaması halinde, yaşam hakkının ihlal edilmesi nedeniyle gündeme gelecektir. Yine vücut bütünlüğü hakkını korumaya yönelik ceza normları, koşulları bulunmayan tıbbî müdahalenin vücut bütünlüğünü ihlal etmesini yaptırım altına almaktadır. Hatta bazı hallerde, kişinin ölmemiş olmasına karşın, yaşam hakkının korunmasına ilişkin ihlalin olup olmadığı tartışılabilir; çünkü hukukî değer olarak yaşam hakkı, biyolojik-fiziksel anlamda yaşam sonlanmasa bile, yaşam hakkının tehlikeye atıldığı hallerde ihlal edilmiş sayılabilecektir.

Yaşam ve vücut bütünlüğü hakları, kişinin bizzat kendisinin bile üzerinde mutlak anlamda tasarruf edemeyeceği haklardan sayılır. Yaşam hakkının mutlak anlamda tasarruf edilemeyen haklardan olmasının en önemli sonuçlarından birisi, aktif ötanazinin ve talep üzerine öldürmenin cezayı gerektiren fiillerden olmasıdır.

Mağdurdan gelen talep üzerine, failin öldürme fiilini işlemesi hallerine talep üzerine öldürme denir. Ötanazi, talep üzerine öldürmenin, belirli koşullar altında gerçekleştirilmesini ifade eder³². Bu yönüyle, talep üzerine öldürmenin oluşum

³² Mehmet Emin Artuk/ Caner Yenidünya, “Ötanazi”, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, Derleyen: Nur Centel, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2011, s.109-110; Yusuf Yaşar / Işıl Turan, “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, **MÜHF – HAD**, C.19, Sy:1, 2013, s.44-45.

şekillerinden yalnızca birisidir. Ötanazi, tıp bilimine göre iyileştirilmesi olanağı bulunmayan ve dayanılmaz acılar içerisinde bulunan hastanın, kendi rızasıyla, hekim tarafından tıbbi yöntemlerle ölümüne eylemli biçimde yardım edilmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölümüne terk edilmesidir³³. Ötanazi fiili, işleniş yönünden ikiye ayrılmaktadır. Ötanazi, hastanın bir süre daha yaşamasını sağlayan tedavinin sunulmaması veya sona erdirilmesi şeklinde, hareketsiz kalarak işlendiğinde, pasif ötanaziden söz edilir. Aktif ötanazi ise, eylemli bir şekilde ölümüne yardım fiilinin (ölümcül dozda ilaç enjekte edilmesi gibi) gerçekleştirilmesidir³⁴. Değnilmesi gereken bir diğer kavram, dolayısıyla ötanazidir. Bu kavramın ifade ettiği husus, ölümcül hastalığı bulunan kişiye, acılarını dindirmeye yönelik yapılan müdahalenin dolaylı sonucu olarak yaşamın kısılmasıdır. Hekim görevlerin birisi de, hastanın acılarını dindirmek olduğundan, aydınlatılmış rıza ile bu tip bir müdahalenin uygulanması hukukten mümkündür³⁵.

Hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle, hasta tarafından açık bir irade beyanıyla tedaviyi ret hakkının kullanılması hukuka uygundur. Bu nedenle, Türk hukukunda pasif ötanazi ve dolayısıyla ötanazi oluşturur fiiller, hekimlerin cezaî sorumluluğunu doğurmayacaktır³⁶. Kişinin, kendi yaşamının eylemli olarak sonlandırılmasına yönelik verdiği rıza ise hukukten geçersizdir; bundan dolayı aktif ötanazi –Hollanda, Belçika ve İsviçre gibi istisnalar dışında- hukuk düzenlerinin tamamına yakını tarafından meşru kabul edilmemektedir³⁷.

B. Sağlık Hakkı

Yaşam hakkının etkin bir şekilde teminat altına alınabilmesi için sadece devletin ve kişilerin müdahalesinden korunması yetmemektedir; bu hakkın ikinci kuşak haklar veya pozitif statü hakları da denilen sosyal haklardan olan sağlık hakkı ile pekiştirilmesi gerekir. Sağlık; “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp*

³³ Artuk / Yenidünya, **op.cit.**, s.109; Muharrem Özen / Meral Ekici Şahin, “Ötanazi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.68, Sy: 2010/4, s.17.

³⁴ Sibel İnceoğlu, **Ölme Hakkı**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s.135.

³⁵ Artuk / Yenidünya, **op.cit.**, s.118.

³⁶ **Ibid.**, s.118.

³⁷ Yaşar / Turan, **op.cit.**, s.64-66.

*bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.”*³⁸ Sağlık hakkı, hem sağlığın korunması için koruyucu önlemlerin alınmasını hem de sağlığın bozulması halinde gerekli tıbbi müdahaleyi talep hakkını içermektedir. Bu nedenle devlet de sağlığın korunması için gerekli tedbirleri alma ve sağlığı bozulmuş kimselerin – istemleri halinde- tedaviye erişimini sağlamak için sağlık hizmetlerini kurmak, işletmek ve özel kişilerce işletilen hizmetleri denetlemekle görevlidir³⁹. Sağlık hakkı, bireylere devletten bazı olumlu edimleri, hizmetleri ve yardımları isteme hakkı tanıdığından, hak tasnifi açısından pozitif statü haklarından⁴⁰. Esasen yaşam hakkının etkin şekilde korunması, ancak sağlık hakkı gibi pozitif statü haklarının varlığı sayesinde mümkün olur; bu açıdan bireysel bir hak olan yaşam hakkı ile sosyal hak olan sağlık hakkı arasında tamamlayıcılık ilişkisi mevcuttur. Hürriyetlerin monizmi olarak adlandırılan, hürriyetlerin özünde bütün olduğu görüşünü, yaşam hakkı ile sağlık hakkının birbirini bütünleyen ilişkisinde görebilmekteyiz⁴¹.

Türk hukukunda sağlık hakkı, Anayasamızın 56. maddesinde güvence altına alınmıştır⁴². Buna göre, devlet herkesin ruh ve beden sağlığı içerisinde hayatını sürdürmesini sağlayacak tedbirleri alır, bu görevini gerek kendisi kurup işlettiği sağlık kurumları ile gerekse özel sağlık kurumlarını denetleyerek yerine getirir. Anayasamızın 65. maddesine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî

³⁸ 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanunun Tanımlar başlıklı 2. maddesi. Aynı maddede devletin bizzat veya özel kişiler yoluyla yürüteceği sağlık hizmetleri de şu şekilde tanımlanmaktadır: “İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.”

³⁹ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.14-15; Gökcan, op.cit., s.44.

⁴⁰ Klasik hakların da, o haklardan yararlanılmasının devletten talep edilebilmesi anlamında olumlu edim gerektirdiği, dolayısıyla salt bu haklar bakımından devletin ödevinin “müdahale etmeme” ile sınırlı sayılamayacağı; bu nedenle klasik haklar ile sosyal hak ayrımının “olumlu edim gerektirip gerektirmeme” üzerinden yapılamayacağını iddia eden karşı görüş için bkz. İbrahim Şahbaz, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sy:86, 2009, s. 416.

⁴¹ “Pozitif statü hakları” ve “hürriyetin monizmi” kavramları için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınları, Ekim 2010, s.112.

⁴² 1982 Anayasasının 56. Maddesine göre: “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.”

kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu açıdan, topluma sunulacak kamu hizmetlerinin teknik araç ve personel sayısına ilişkin yönünü belirlemek, hukukî bir konu değil, yerindelik konusudur. Anayasa Mahkemesi, AY m.65 hükümlerinin, sağlık hakkının yaşama, vücut bütünlüğü ve kişinin maddi manevi varlığını geliştirme haklarıyla ilgili boyutları bakımından değil; yalnızca sağlık hizmetlerinin düzeni bakımından uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir⁴³.

Sağlıklı yaşamın bir hak olduğundan ilk defa 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 25. maddesinde bahsedilmiştir⁴⁴. Beyannamenin hukukî olmaktan ziyade ahlakî otoritesi bulunmaktadır; kendisinden sonra imzalanan bağlayıcı uluslararası hukuk metinlerine bu açıdan ilham kaynağı olmuştur. 1966 yılında Birleşmiş Milletler tarafından meydana getirilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, ırk, din, inanç, ekonomik ve sosyal ayırım yapılmaksızın her insanın erişilen en yüksek seviyede sağlık standartlarına sahip olma hakkının bulunduğu (m.12), taraf devletlerin bu sözleşmede yer alan hakları gerçekleştirmek için, mevcut kaynaklarının azamisini kullanarak gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlü olduklarını (m.2) belirtmiştir. 1961 tarihli ve Türkiye tarafından 1989’da onaylanan Avrupa Sosyal Şartı’nın Birinci Bölümünde yer alan 11. maddesine göre, herkesin ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını sağlayacak önlemlerden faydalanma hakkı olduğu belirtilmiştir. İkinci Bölümün 11. maddesinde, taraf devletlerin sağlığın korunmasını etkin bir şekilde sağlamaya yönelik yükümlülükleri yer almaktadır. Şart’ta, sağlık bozucu nedenlerin ortadan kaldırılması, salgın hastalıkların önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması, sağlık hususunda eğitim ve danışma kolaylıklarının sağlanması taraf devletlerin ödevleri arasında sayılmaktadır⁴⁵.

⁴³ AYM, 2010/29 E. 2010/90 K. 16.07.2010 tarihli, RG, 04.12.2010, 27775

⁴⁴ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 25. madde: “Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır.”

⁴⁵ Avrupa Sosyal Şartı Birinci Bölüm 11.madde “Herkes ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir.”

İkinci Bölüm 11. Madde: “Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;

2. Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;

Devlet, sağlık hakkına saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Saygı ödevi, devletin, sağlık hakkından yararlanılmasına engel olmaktan kaçınmasını ve sağlık hakkının özgürlük boyutuna ilişkin –kişilerin üreme ve cinsiyet özgürlükleri de dâhil olmak üzere- ihlal edici tutumlardan uzak kalmasını gerektirir. Koruma ödevi, sağlık hakkının üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesine engel olunmasını gerektirir. Örneğin, alternatif tıp ismi altında yerleşik kabul görmemiş yöntemlerle sözde tedavi yapan veya bunun ticaretini yapan kişi veya organizasyonların faaliyetlerinin insan sağlığına ilişkin tehlike yaratma boyutu mevcut olabilir; bu nedenle bu tıp faaliyetlere ilişkin gerekli önlemlerin alınması da sağlık hakkı kapsamında değerlendirilir. Yine devlet, sağlık hakkının gereğini yerine getirmekle de yükümlüdür; bu kapsamda sağlık hakkından yararlanılması için gerekli idarî, malî ve yasal tedbirleri almak zorundadır⁴⁶.

Sağlık hakkı, yaşam, vücut bütünlüğü haklarının hem devletin kendisinden hem de üçüncü kişilerden korunmasını sağlamak açısından, klasik haklarla bağlantılıdır; fakat tıbbî müdahaleye erişimi sağlayacak mekanizmaların tesisi ve denetlenmesi sağlık hakkının bir diğer önemli boyutunu oluşturmaktadır. Sağlık hizmetleri klasik kamu hizmetlerinden sayıldığı için, bu hizmet büyük ölçüde Sağlık Bakanlığı bünyesinde teşkilatlanmış kamu hastaneleri ve üniversiteler bünyesinde yer alan Eğitim ve Araştırma Hastaneleri tarafından yürütölmekte; yani devlet çoğunlukla sağlık hizmetinin bizzat kurucu ve işleticisi olarak faaliyet göstermektedir. Özel kişilerce kurulma ve işletilme halinde de, devlet sağlık hakkının gereğini, denetleme yükümlölüğü ile ifa edecektir. Bunun yanı sıra sağlık hakkına erişimi destekleyici –genel sağlık sigortası gibi- faaliyetler nedeniyle, sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasında bir bağın bulunduğunu da ifade etmek gerekir. Dolayısıyla, sağlık hakkı ile tıbbî müdahale kavramı arasında güçlü bir bağ vardır; sağlık hakkı temelde tıbbî müdahaleye herkesin erişimini sağlamayı güvence altına almaktadır. Bu amaca ilişkin doğrudan veya dolaylı her faaliyet sağlık hakkının uygulanması sayılır.

3. Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.”

⁴⁶ Özgür Temiz, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, AÜSBFD, C.LXIX, Sy:1, 2014, s.176-177.

C. Hastanın Kendi Kaderini Tayin Hakkı

Kendi kaderini tayin hakkı (kişi özerkliği), kişinin maddî ve manevî gelişimini, bizzat kendi iradesiyle, hür seçimleriyle belirleyebilmesidir. Anayasamızın 17. maddesinde, herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunun belirtilmesi, kendi kaderini tayin hakkının anayasal temeli olarak görülmektedir⁴⁷. İnsan haklarının öznesi olan kişi, kendi hayatı ile ilgili kararları alma, kendi geleceğini belirleme hak ve yetkisine sahiptir. Bu hakların insan onuruyla bağlantısının önemi dolayısıyla, kişi kendi rızasıyla bile olsa özgürlüklerinden vazgeçemez, onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz (4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 23/2).

Bireysel kendi kaderini tayin hakkının, tıbbî müdahaleye ilişkin alandaki görünümü, hastanın kendi kaderini tayin hakkı olarak ifade edilir. Bu hakka ilişkin olarak hasta özerkliği veya otonomisi ifadesi de kullanılmaktadır. Buna göre, hasta kendisine uygulanacak tedaviyi kabul edip etmemeyi ve kendi hayatının nasıl devam edeceğini özgür seçimiyle belirleme hakkına sahiptir. Bu özgür seçim, sadece tıbben en iyi olanın seçilmesi değil; hastanın iyileşmesi için gerekli görülen müdahalelerin reddedilmesini yani tedaviyi ret hakkını da kapsamaktadır⁴⁸. Hastanın alışılmış ve kendi tıbbî geleceği bakımından makul olmayan kararlarına da saygı gösterilmelidir. Modern tıp hukuku anlayışında, eski tıp uygulamasında hâkim anlayışın aksine, “*kim iyileştiriyorsa haklıdır*” tezi kabul görmemekte; aydınlatılmış hastanın iradesinin, hekimin tıbbî müdahalesinin sınırlarını oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

Hastanın kendi kaderini tayin hakkı, tıbbî müdahaleye rıza açısından önem taşımaktadır. Kamu sağlığına ilişkin istisnalar hariç, bilinci açık olan bir kimseyi iradî tercihiine aykırı olarak tıbbî müdahaleye tabi tutmak mümkün değildir. Hekimin, hastasının her koşulda iyiliğine karar veren, tıpkı bir babanın çocuğunu gözetmesi gibi, hastasını gözetten bir otorite teşkil ettiği kanaatine dayanan eski tıp anlayışının terk edilmesi, eşzamanlı olarak özerkliğe saygı ilkesinin gelişmesine yol

⁴⁷ Gülşah Ayhan Aygörmmez, “Hukukî Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.138.

⁴⁸ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 110-111; Gökcan, **op.cit.**, s.46-48.

⁴⁹ Brigitte Tag, “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik”, (Çev: Yener Ünver), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.194.

açmıştır. Özerkliğe saygı ilkesi, daha çok Tıp Etiği öğretisinde kullanılmakta olup, konu ceza hukuku öğretisinde daha çok hastanın kendi kaderini tayin hakkı kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır.

Rızanın aranması, sadece olağan tıbbî müdahaleler için değil; bilimsel amaçla insan üzerinde icra edilen deneyler için de söz konusudur. Kişinin rızası dışında tıbbî deney ve denemeye tabi tutulması, insan onuruna aykırıdır⁵⁰. Bu konuda yakın tarihli bir örnek verilecek olursa, Almanya’da Nasyonal Sosyalist dönemde, hekimlerin bu konularda işlediği suçlar Nürnberg Mahkemesi’nde yargılama konusu yapılmış; tıbbî deneye rıza hususu, iki Amerikalı bir Alman Hekim tarafından insan üzerinde yapılacak deneylere ilişkin standartları tespit etme amacıyla oluşturulmuş Nürnberg Şartı’nda da belirtilmiştir. Nürnberg Şartı, tıp biliminin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla hüküm içeren ilk uluslararası belge olup, rıza alınmasının Şart’ta yer alması, Nazi Döneminde yaşanan kötü tecrübelerin hukuk dünyasına yansıyan bir sonucu olmuştur⁵¹.

Hastanın kendi geleceğini tayin hakkını kullanabilmesinin önkoşulu, hastanın kendi geleceğini bilme hakkı olarak da ifade edilen, hastanın mevcut sağlık durumunu ve uygulanacak tedavinin etki ve sonuçlarını bilmesidir. Hasta ancak bu bilgiye istinaden özgür seçimde bulunabilecek; tedaviye razı olma, devam etme veya sonlandırma yönünde irade ortaya koyacaktır⁵². Bu açıdan, hastanın kendi kaderini tayin hakkını kullanabilmesi ancak bilgilendirilmiş veya aydınlatılmış rıza ile mümkün olacaktır. Hasta özerkliğini sağlamaya yönelik hekim davranış modelleri ise

⁵⁰ Kişinin kendi geleceğini belirlemeye ilişkin soyut yeteneğinin insan onuru ile bağlantısı *Immanuel Kant*’ın felsefesine uzanmaktadır. Kişi hem doğa yasasına hem de aklın-ahlakın yasasına bağlıdır; o doğa yasasına tabi bir varlık olarak doğal nedenselliğe zorunlu olarak bağlıdır; fakat bir akıl sahibi varlık olarak doğal nedenselliğe rağmen ahlaki seçimlerini oluşturabilir. İnsan onuru kavramı ve ceza hukukundaki yerine ilişkin olarak bkz. Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:7, Ağustos 2008, s. 43-44.

İnsan onuru kavramı; embroyonal kök hücreler yardımıyla araştırmalara, yeni üreme tekniklerinden, kürtaja, cinsiyet tespiti ve estetik görünüm gibi nedenlerle prenatal testlere, sağlar arasında organ nakline, ölüden canlıya organ nakline, hayvan-insan melezlerine, ölüm anının tespitinden ötenaziye, çok ağır özürle doğan ve yaşama şansı çok zayıf olan ve yaşadığında da ağır engelliliği sürecektir olan bebeğin durumuna kadar insan üzerinde tıp biliminin icrasını teşkil eden bir dizi faaliyete ilişkin olarak tartışmaların odak kavramını oluşturmaktadır. “İşin ilginç yanı insan onuru ile ilgili bir konu tartışılırken, hem bir tezin karşıtları hem de taraftarları argümanlarında insan onuruna dayanmaktadır. Örneğin embroyanal kök hücrelerle araştırmayı yasaklamak veya sınırlamak isteyen Alman Federal Meclis milletvekilleri görüşlerini insan onuruna bağlarken, araştırmayı savunanlar alzheimer vb. gibi hastalıklardan muztarip insanların onurunu dile getirmektedirler.” Yener Ünver/Altan Heper, “İnsan Onuru Araştırması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.V, Sy:12, Nisan 2010, s.8.

⁵¹ Tacir, **op.cit.**, s.25-26.

⁵² Köksal Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, in **Sağlık Hukuku Sempozyum No:1**, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Ocak 2007, s.97-98.

üçlü bir tasnifle ele alınmaktadır: Hekim, hastaya ilişkin tüm bilgileri eksiksiz olarak, doğru ve tam olarak vermekte, hastayı yönlendirmekten kaçınmakta ise aydınlatıcı modelden söz edilir. Hekim, hastanın kararının olgunlaşmasına bir danışman olarak katılmakta; fakat danışmanlığı, hastanın kendi irade ve kararını oluşturmaya yardımcı olmak seviyesinde icra etmekte ise, bu davranış biçimi yorumlayıcı model olarak adlandırılmaktadır. Hekim, hastanın karar sürecine, hasta için en iyinin hasta tarafından belirlenmesi için, gerektiğinde tartışacak bir şekilde katılım sağlamakta ise müzakereci model söz konusudur⁵³. Aydınlatma yükümlüğünün kapsamı açısından, hekimin hangi tür davranış modeline ağırlık vereceği ele alınırken, somut olayın özelliği, hastanın ağırlığı, kişisel bilgi seviyesi, aydınlatmanın geniş tutulmasının hastalığı kötüleştirici bir etki yapıp yapmayacağı, müdahalenin ağırlık ve riski dikkate alınacaktır. Hasta özerkliğinin bir gereği olarak tıbbî müdahaleye aydınlatılmış rıza, çalışmamızın ilerleyen sayfalarında daha detaylı olarak açıklanacaktır.

III. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKÎ KAYNAKLARI

İzleyen kısımda tıbbî müdahalenin hukukî çerçevesini çizen uluslararası ve ulusal kaynaklara değinilecektir.

A. Uluslararası Kaynaklarda Tıbbî Müdahale

Hekimin tıbbî müdahaleden kaynaklı sorumluluğuna ilişkin olarak kabul edilen uluslararası metinleri, yalnızca ahlakî-manevî otoriteye sahip olan metinlerle, hukukî bağlayıcılığa sahip metinler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Uluslararası hekim örgütlerince hazırlanan ve tıp etiğini açıklayıcı işlev yüklenmiş metinler, ilk türü oluşturmaktadırlar. Bu bağlamda anılması gerekli ilk uluslararası metin Haziran 1964'te Helsinki'de yapılan 18. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda kabul edilmiş Dünya Tabipleri Birliği Helsinki Bildirgesi'dir. Bu bildirgede, insanlar üzerinde yapılan tıbbi araştırmalarla ilgili etik ilkeler yer almaktadır. Çeşitli

⁵³ Tacir, **op.cit.**, s.103-105.

zamanlarda gerçekleştirilen Genel Kurullarda, Helsinki Bildirgesi üzerinde değişiklikler yapılmıştır⁵⁴.

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981’de yayımlanan “Lizbon Bildirgesi” bu alanda kabul edilen en önemli uluslararası belgelerden birisidir⁵⁵. Bu bildirgenin ilk hali bir hayli kısadır; fakat hasta hakları alanında bir ilk teşkil ettiğinden tarihsel önemi büyüktür. Hastanın hekimini özgürce seçme hakkı, tıbbî bakım hakkı, yeterli bilgilendirmeden sonra tedaviyi kabul veya ret hakkı, özel hayata saygı hakkı, onurlu bir şekilde ölme hakkı, dinî veya ruhî telkin ve teselliye kabul veya ret hakkı; bildirmede sayılmıştır. Anılan Bildirge’nin genişletilmiş ve gözden geçirilmiş şekli, 1995 yılında Endonezya’nın Bali şehrinde kabul edilmiştir. Bildirge’nin genişletilmiş halinde, hasta hakları, insan üzerinde uygulanan ve tedavi amaçlı olmayan tıbbî deneylerin muhatabı kişiler için de geçerli kabul edilmiştir. Yasal ehliyeti olmayan kişinin durumu gibi hususlar, ilk bildirmeden farklı olarak genişletilmiş haline eklenmiş; ilk bildirmedeki haklar detaylandırılmıştır. İlk bildirmede bilgilendirme sonrası tedaviyi ret ve kabul hakkı şeklinde yer alan ve hastanın kendi kaderini tayin hakkı bakımından son derece önemli olan hasta rızası, bu bildirmede kendi kaderini belirleme hakkı üst başlığıyla ele alınmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu’nca, 1994 yılında Amsterdam kentinde kabul edilen Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi’nde (diğer adıyla “Amsterdam Bildirgesi”) hastanın bilgi alma, onay verme, özel hayatına saygı haklarına yer verilmiştir. Avrupa ölçeğinde, bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğinde kuralları ihtiva eden bir diğer tebliğ, Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’dür⁵⁶. 2002 yılının Kasım ayında Roma’da hazırlanan Statü çerçevesinde, koruyucu tedbirler, yararlanma, bilgi, rıza (onay), özgür seçim, özel ve gizlilik, hastaların vaktine saygı, kalite standartları, güvenlik, yenilik (tedavi), gereksiz ağrı/acı ve

⁵⁴ Son hali için bkz. (<http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2013/helsinki.pdf>, 24/05/2018)

⁵⁵ Lizbon Bildirgesi, Dünya Tabipler Birliği’nin 34. Genel Kurulu’nda, Eylül-Ekim 1981 tarihinde, Portekiz’in başkenti Lizbon’da kabul edilmiştir. Bildirge’de kabul edilen ilkelere göre; “a) Hastanın hekimini özgürce seçme hakkı vardır. b) Hastanın dışarıdan herhangi bir karışma olmadan klinik ve ahlaki yargılara özgürce varabilen bir hekim tarafından bakılmaya hakkı vardır. c) Hastanın, yeterli bilgileri aldıktan sonra tedaviyi kabul etmeye ya da yadsı- maya hakkı vardır. d) Hastanın, kendisiyle ilgili tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekimden beklemeye hakkı vardır. e) Hastanın, saygın bir şekilde ölmeye hakkı vardır. f) Hastanın, uygun bir dine bağlı bir din adamının yardımı da içinde olmak üzere, ruhsal ve ahlaki teselliye istemeye ya da yadsımaya hakkı vardır.” Bkz. Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, **Fusun Sayek TTB Raporları / Kitapları**, Ankara: TTB Yayınları, 2009, s.32.

⁵⁶ Metni için bkz. (<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, 23/03/2017)

kişisel tedavi, şikâyet ve tazminat hakkı düzenlenmiştir. Statü'nün giriş kısmında belirtildiği gibi bu haklar, Dünya Sağlık Örgütü ve Avrupa Konseyi'nin tebliğ ve tavsiyelerine koşut biçimde düzenlenmiştir.

Tavsiye ve tebliğ niteliğindeki uluslararası metinlerden hukukî bağlayıcılığının bulunuşu yönüyle ayrılan, konumuz bakımından ilk ve önemli olan uluslararası belge, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'dir⁵⁷. Kısaca Biyotıp Sözleşmesi olarak ifade edilen bu sözleşme, taraf devletleri hukuken yükümlü kılmasıyla, tebliğ ve tavsiye niteliğindeki yol gösterici uluslararası belgelerden farklılaşır. Sözleşme Avrupa Konseyi Biyoetik İzleme Komitesi'nce hazırlanmış⁵⁸, 4 Nisan 1997 tarihinde Oviedo kentinde imzaya açılmış, 3 Aralık 2003 tarihinde TBMM tarafından 5013 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 16 Mart 2004 tarihinde de onaylanmıştır. Türkiye, Sözleşme'nin muvafakat verme yeteneği olmayanlardan kendisini yenileyen dokuların alınmasına ilişkin 20. maddesinin 2. bendine, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi ile uyumlu olmaması nedeniyle çekince koymuştur. Diğer hükümler, Türk hukuku açısından bağlayıcıdır.

Biyotıp Sözleşmesi'ni doğuran en önemli etken, biyoloji ve tıp biliminin gelişiminin insan hayatı üzerinde yaratabileceği olası tehlikelerden sakınmayı sağlayacak nitelikte, bağlayıcı uluslararası norm oluşturma zorunluluğudur. Bu normlar oluşturulurken, birden fazla hukukî değer bağdaştırılarak çözüme varılmaya çalışılmıştır. Örneğin 5. maddede hasta özerkliği, 10. maddede özel hayata saygı, 11. maddede ayrımcılık yasağı, 12-13. maddeler genel olarak insan onuru ve insanın araçsallaştırılmaması, 15-18. maddeler bilimsel araştırma özgürlüğü, 26. madde kamu güvenliği, kamu sağlığı ve suçun önlenmesi şeklindeki hukukî yararları korumaktadır. Sözleşme, zaman zaman birbiriyle çatışan bu hukukî değerleri, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında insan onurunu koruyacak şekilde düzenlemiştir. Örneğin 11. maddedeki insanların genetik nedenlerle ayrımcılığa uğratılamayacağı

⁵⁷ Tuğrul Katoğlu, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", **AÜHFD**, C.LV, Sy:1, 2006, s.159.

⁵⁸ İspanya'nın Oviedo kentinde imzaya açılan sözleşme, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1160 (1991) sayılı tavsiye kararı doğrultusunda hazırlanmakla birlikte, Konsey üyesi olmayan ülkelerin katılımına da açıktır.

ilkesi, Nazi Döneminde tıbbın kötüye kullanılması suretiyle yaşanan ırkçı ayrımcılık vakalarına tepki olarak yorumlanabilir.

Sözleşme “insan onuru”, “kişi”, “vücut bütünlüğü” gibi hususlarda tanımlar yapmaktan kaçınmıştır. Örneğin, Sözleşme’de kişiye tanınan hakların, hayatın başlangıcına uzatılıp uzatılamayacağı belirsizdir. Bu nedenlerdir ki, kişiler üzerinde yapılan bilimsel araştırmalar sıkı koşullara tâbi iken, embriyo üzerinde yapılan araştırmalar taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Yine kişiler üzerinde uygulanacak genetik testler Sözleşme’de düzenlenmiş, fakat tüpteki embriyolar bakımından bu hususta bir hukukî boşluk bırakılmıştır⁵⁹. 13. maddede yer alan “*insan genomunu değiştirmeye yönelik girişimlerin*”, yalnızca önleme, tanı koyma ve tedavi amaçlarıyla yapılmasına ilişkin sınırlama, “hayatın başlangıcı” hususunda ortak bir normatif temel yaratılamaması ve bundan dolayı Sözleşme’nin bağlayıcı kural koymaması nedeniyle, embriyo bakımından koruyucu değildir. Sözleşme’nin benzer hususlarda bilinçli bir suskunluğu tercih ettiği, mesela ötenazi gibi kültürel etkenlerin yoğun müdahil olduğu konularda çözüm yolu sunmadığı, bazı konularda ise muğlâk ifadeleri tercih ettiği ya da konu bakımından çok önemli temel kavramları tanımlamayıp, bu kavramların içini doldurmayı iç hukuka havale ettiği görülmektedir⁶⁰. Yine genom üzerindeki müdahalelerde, altsoyun genetik yapısında değişiklik yapılması amacı –insan soyunun ıslahı, *öjenizm*- kabul edilmezken; embriyo bakımından bu güvence Sözleşme’de yer almamaktadır. Tüpteki embriyoya ilişkin bilimsel araştırma bakımından ortak norm oluşturulmamış, bu husus taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Tüpte embriyo üzerinden araştırma yapmayı iç hukukunda düzenleyen devletler, “*uygun koruma*” sağlamakla yükümlü sayılmıştır. Yalnızca araştırma amaçlı insan embriyosu yaratılması ise yasaklanmıştır (m.18). Sözleşme bir taraftan ilkeleri belirten “çerçeve” niteliğini taşımakta, diğer yandan insan üzerinde bilimsel araştırmalar gibi hususlarda ayrıntılı hükümler içermektedir. Fakat asıl olarak, bu temel prensiplere uygun protokollerle detaylı düzenlemeler getirilecektir. Sözleşme ile ilgili ilk ek protokol olan Biyomedikal Araştırmalarla İlgili Ek Protokol, 12 Ocak 1998 tarihinde imzaya açılmış olup, buna göre ölü veya canlı bir insanın genetik kopyalanmasına yönelik her türlü tıbbî müdahale yasaklanmıştır.

⁵⁹ Zeynep Kıvılcım Forsman, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.XXI-XXII, 1999-2000, s. 97.

⁶⁰ Tuğrul Katoğlu, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **op.cit.**, s.163.

Biyotıp Sözleşmesi, Türk Anayasasının 90/5. maddesine⁶¹ göre iç hukukumuzun bir parçasıdır. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin olduğundan, aynı konuda kanunla çeliştiği hallerde Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle, çalışmamızın ilerleyen kısımlarındaki ilgili bahislerde, Sözleşme hükümleri de dikkate alınarak Türk Hukukundaki durum açıklanmıştır.

B. Türk Mevzuatında Tıbbî Müdahale

Türk Hukukunda, tıbbî müdahaleden doğan sorumluluğu münhasıran ele alan bir kanun bulunmamaktadır. Hukukî sorumluluk için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden sorumluluğa ilişkin 49-56. maddeleri; hekim-hasta ilişkisindeki hak ve borçlar açısından vekalet sözleşmesi hükümleri (m.502-514); estetik ameliyat, diş veya protez takılması gibi bazı özel müdahalelerde eser sözleşmesi hükümleri (m.470-486); sözleşmesel borca aykırılık sayılan hallerde genel borçlu temerrüdü hükümleri (m.125), rıza olmaksızın (m.526-531) müdahale hallerinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmaktadır. Cezaî sorumluluk için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kasıtlı ve taksirli sorumluluk haline ilişkin hükümleri, özellikle taksirle öldürme (m.85), taksirle yaralama (m.89) uygulanır. Yine tıbbî müdahaleden kaynaklanan cezaî sorumluluk için insan üzerinde deney suçu (m.90), organ ve doku ticareti (m.91), çocuk düşürtme (m.99), kısırlaştırma (m.101) hükümleri de uygulama alanı bulabilmektedir.

Tıp biliminin uygulanma koşulları içeren 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, hekimlerin, ebelerin, diş hekimlerinin, hasta bakıcı hemşirelerin hangi koşullarla tıbbî faaliyeti icra edeceğini, bu koşullara uyulmaması halinde uygulanacak bazı yaptırımları düzenler. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun organ ve doku alınmasının ve naklinin koşullarını düzenlemekte, bu koşullara uyulmamasının yaptırımlarını içermektedir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, gebeliğin

⁶¹ Anayasa'nın 90/5. Maddesine göre; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

sonlandırılabilceğı ve sterilizasyon yapılabilceğı halleri ve bunun koşullarını düzenlemektedir. Kamu sağığı nedeniyle zorunlu muayene, aşılama ve diğere tedbirleri içeren hükümler, 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer almaktadır. Anılan kanunda, genel sağığının korunması amacıyla, bulaşıcı hastalıkların önlenmesine yönelik tedbirler öngörölmüşür. Bu tedbirler kapsamında, hastanın rızası olmaksızın tecrit, gözlem altına alma, serum ve aşı uygulamasını mümkün kılan hükümler bulunmaktadır.

Bunların yanında, sağık hizmetlerinin düzenlenmesi hakkındaki mevzuat da, konumuz bakımından ikinci derecede önemli olsa da, yer yer kendilerine başvurmaya gerektirmektedir. 2219 sayılı Hususî Hastaneler Kanunu, 224 sayılı Sağık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, 3359 sayılı Sağık Hizmetleri Temel Kanunu, 663 sayılı Sağık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname sağık hizmetleri açısından önemli hükümler içermektedir. 6023 sayılı Türk Tabipler Birliğı Kanunu, hekimlerin meslek örgütü olan Tabip Odaları ve disiplin yaptırımları uygulamaya yetkili haysiyet divanlarının teşkili hakkında normatif kaynaktır. Yine bazı kanunlarda istisnaî tıbbî müdahale halleri bulunmaktadır: 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdurun ve sanığın beden muayenesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nda açlık grevi ve ölüm orucu hallerinde zorla müdahale ve tedaviyi düzenleyen hükümler, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda cinsiyet değışikliğine ve soybağının tespitinde araştırmaya ilişkin hükümler, yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda soybağının tespitinde zorla inceleme yapılmasına ilişkin hükümler, tıbbî müdahaleyle bağlantılıdır.

Hastanın ve hekimin hak ve yükümlölüklerini belirleyen mevzuat da konumuz bakımından önemlidir. Tıbbî Deontoloji Tüzüğü⁶², hekimler ve diğere hekimlerinin deontoloji bakımından uymakla yükümlölü oldukları kuralları göstermektedir. Sağık hizmetleri hakkında hüküm içermesi yönüyle, Özel Hastaneler Tüzüğü de konumuzla ilgili tüzük düzeyindeki hukukî kaynaklardan birisidir. Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi

⁶² Asıl adı, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'dir. Nizamname, bugünkü hukuk dilimizde pek kullanılan bir kavram olmadığından ve tüzüğe tekaböl ettiğinden dolayı, çalışmamızda Tıbbî Deontoloji Tüzüğü isimlendirmesini kullandık. Tüzük, 13.1.1960 tarihli, 4/12578 nolu Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiş, 19.2.1960 tarihli, 10436 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Yayımlanma tarihinden iki ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nde⁶³ de kamu sağlığı nedeniyle zorunlu muayene ve diğer sağlık tedbirleri yer almaktadır. Anılan tüzükte, genel kadınlar hakkında zorunlu olarak, belirli aralıklarla muayene yükümlülüğü (m.25-26) ve zührevi hastalıkların saptanması halinde uygulanacak zorunlu tedavi hakkında hükümler bulunmaktadır (m.32/b).

Hasta Hakları Yönetmeliği⁶⁴ hem hastaların haklarını, hem de tıbbî müdahaleye ve bilimsel araştırmaya rıza gibi hususlarda, bu hakların nasıl kullanılacağını düzenlemektedir. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, insan üzerinde bilimsel araştırma yapılmasının koşullarını ve gönüllülerin haklarını içermektedir. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, çocuk sahibi olmayan çiftlerin tüp bebek olarak bilinen yöntemle çocuk sahibi olmalarını sağlayacak tıp bilimi uygulaması hakkındaki usul ve esasları göstermektedir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği de, tedavisi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatını sürdürmesine yönelik nakilleri gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku tipleme laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimi ile organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken usul ve esasları öngörmektedir.

Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği de, birey dünyaya gelmeden önce genetik hastalıkların teşhisi için faaliyet gösterecek kamu kurumu ve özel hukuk tüzel kişilerinin, anne ve çocuk sağlığının korunması açısından uymaları gereken usul ve esasları içermektedir.

Türk hukukunda tıbbî müdahaleye ilişkin düzenlemeler, çalışmamızda yeri geldikçe anlatılacaktır.

⁶³ 30.3.1961 tarihli, 5/984 nolu Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilmiş, 19.4.1961 tarih ve 10786 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁴ 01.08.1998 tarih, 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

IV. TIBBÎ MÜDAHALE VE ÇEŞİTLİ SORUMLULUK TİPLERİ

Tıp uygulaması alanında insan haklarının korunmasının, çeşitli hukuk dalları ile bağlantısı bulunmaktadır. Tıbbî müdahalelerin hastalara zarar vermeyecek şekilde icra edilmesini sağlamaya yönelik olarak özel hukuk, idare hukuku ve ceza hukuku alanında belirli kurallar ve yaptırımlar öngörülmüştür⁶⁵. Ayrıca disiplin hukuku ve tıp etiği de, tıp biliminin hukuk düzeni içerisinde icrası için yardımcı araçlardır. Çalışmamızın asıl konusu hekimlerin cezaî sorumluluğu olmakla birlikte, hukukî ve idarî sorumluluğa da kısaca değinmeyi uygun bulmaktayız.

A. Hukukî Sorumluluk

1. Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahalenin Hukukî Niteliği

Hekimin tıbbî müdahalesinden kaynaklı olarak doğan zararların, tazminat yoluyla giderilmesi hukukî sorumluluğun konusunu oluşturur. Hukukî sorumluluğu açıklayabilmek için öncelikle, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini belirlemek, buna göre hekimin ve hastanın karşılıklı hak ve ödevlerini tespit etmek gerekmektedir. Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, hekimin bağımsız çalışması, kamu hastanesinde kamu görevlisi olarak faaliyette bulunması ve özel hastanede hizmet sözleşmesiyle çalışması ihtimallerine göre farklılık arz etmektedir. Ayrıca hastanın durumuna göre, bazen karşılıklı irade uyuşması olmaksızın da tıbbî müdahale yapılabilir. Bu halde, aradaki ilişki –özel hukuk açısından- ancak vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilebilmekte, eğer tıbbî uygulama hatası gerçekleşmişse haksız fiilden ve vekâletsiz iş görmeden sorumluluğun tartışılması

⁶⁵ “Asıl önemli husus, bu hakların korunmasının öncelikli olarak hangi hukuk branşı ile sağlanacağı olup, genel kabul gören anlayış da Avrupa ülkelerindeki tecrübeler ve hatta ceza hukukunun bizzatı niteliği de ceza hukukunun bu alandaki fonksiyonunun çok dar olduğu ve asıl sorunların başta borçlar hukuku, tazminat (sorumluluğu) hukuku ve idare hukuku olduğu yönündedir. Bunun nedeni o ülkelerde iyi işleyen bir borçlar, tazminat ve idare hukuku istemi ile çok iyi kurulmuş ve işlerliği olan sigorta sisteminin bulunmasıdır. Ancak kanımca, az da olsa ceza hukukunun da bu hakların ilişkin olduğu hukuksal değerlerin korunması fonksiyonu vardır ve bundan vazgeçilemez.” Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **op.cit.**, s.4.

gerekmektedir⁶⁶. Biz öncelikle, karşılıklı irade uyuşması ile gerçekleşen tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini açıklayacağız.

Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin nitelendirilmesinde, birden fazla yaklaşım mevcuttur. Hekim-hasta ilişkisinin nitelenmesinde Avusturya, Almanya, Belçika, Fransa gibi Kıta Avrupası hukuk geleneğine bağlı ülkelerde sözleşmesel temel vurgulanırken, Anglo-Sakson hukuk geleneğinde (*Common Law*) konuya haksız fiil esasları açısından yaklaşılmaktadır⁶⁷. Türk hukuku bakımından hekim-hasta ilişkisinin nitelenmesinde sözleşmesel yaklaşım söz konusu olmakla birlikte, tıbbi uygulama hatası durumunda, hem sözleşmesel borca aykırılık hem de haksız fiil sorumluluğu sebepleri yarışmaktadır.

Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13/1 gereği tıbbî faaliyetin mutlak suretle iyileşme ile sonuçlanmamasından dolayı hekim kınanamaz. Fakat sonucun taahhüt edilebildiği estetik ameliyat, diş, bacak, kol protezi⁶⁸, silikon takılması⁶⁹ ve saç ekimi⁷⁰ eser sözleşmesi olarak nitelenmektedir. Bir diğer görüş, hekimin tedavi sözleşmesinin kendine özgü (*sui generis*) nitelikte olduğunu ileri sürer. Bu sözleşmelerin unsurları kanunda belirtilen sözleşme tiplerinden hiçbirisine tam anlamıyla uygun olmayıp, bu

⁶⁶ Gökcan, **op.cit.**, s.897; “Örneğin seyahat eden hekim, karayolunda bir trafik kazasına müdahale etse, şuurunu kaybetmiş olan kazazedeye ilk tedaviyi yapsa burada bir sözleşme yoktur. Keza, kalp krizi geçirmekte olan kişiye hekimin müdahalesinde de durum aynıdır. Bu gibi hallerde zararların hukukî dayanağı haksız fiildir. Ancak benzeri durumlar, Borçlar yasamıza göre vekâletsiz iş görme de sayılabilecektir.” Seza Reisoğlu, “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s.3.

⁶⁷ Dieter Giesen, **International Medical Malpractice Law**, London: Nijhoff Publishers, 1988, s.9.

⁶⁸ “...davalının, tedavi için hazırlık yaptığı, diş kontrolü ölçüsü alınıp yaptığı, diş kesimi, kanal tedavisi, diş eti tedavisi yaptıktan sonra davacının tedaviye başka hekim tarafından devam ettiği, davalının yapmış olduğu tedavi işlemlerine karşılık 3000 TL'yi davacıdan aldığı, davanın ispat edilemediği gerekçe gösterilerek, reddine karar verilmiştir.

Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi davacının yapacağı iş protezdir. ... ise eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.” Yargıtay 3. HD. 2015/4474 E. 2016/3589 K. 10.3.2016 T. (<http://kazanci.com>., 04/05/2017)

⁶⁹ “Davaya dayanak yapılan maddi olgu, göğüslere silikon takılması ve göğüslere istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında BK. nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır.” Yargıtay 3. HD. 2015/11701 E. 2015/19001 K. 26.11.2015 T. (<http://kazanci.com>., 04/05/2017)

⁷⁰ “Dava; saç ekiminden kaynaklanmaktadır(...) Somut olayda; davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişki eser sözleşmesine dayanmakta olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanması hukuken mümkün değildir.” Yargıtay 3.HD. 2012/22501 E. 2013/1065 K. 24.01.2013 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>., 04/05/2017)

sözleşmelere Borçlar Kanunu'nun genel hükümleriyle, aslî edimlerin niteliğine uydukça, diğer sözleşme hükümleri kıyasen uygulanır⁷¹.

Türk hukukunda hekim ile hasta arasındaki tedavi ilişkisi, vekâlet sözleşmesi olarak nitelenmektedir⁷². Bunun nedeni, hekimin hastadan görece bağımsız olarak iş görmeyi taahhüt etmesi ve sonucun elde edilmesinin zorunlu olmamasıdır⁷³. Vekâlet sözleşmesi, bağımlılık unsurunun daha gevşek olması itibariyle hizmet sözleşmesinden, sonucun taahhüt edilmemesi yönüyle de eser sözleşmesinden ayrılmaktadır. Burada söz konusu vekâlet sözleşmesi, hukukî işlem ve hukukî işlem benzerlerinin yapılmasına ilişkin değil; maddî fiillerin (teşhis ve tedavinin) yapılmasına ilişkin kendine özgü bir vekâlettir⁷⁴.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, kamu hastanesinde çalışan kamu görevlisi hekim, özel hastanede hizmet sözleşmesine göre çalışan hekim ve bağımsız çalışan serbest meslek erbabı hekim bakımından farklılık göstermektedir. Diğer yandan hastanın rızası ile tedavi uygulanan hallerde sözleşmesel ilişkinin; hastanın bilincinin kapalı bulunduğu acil hallerde vekâletsiz iş görme ilişkisinin varlığı kabul edilmektedir. Kamu hastanesinde çalışan hekimin dışında, diğer hekimler açısından hasta ile ilişki vekâlet sözleşmesinin hükümlerine tabidir. Özel muayene sahibi

⁷¹ Gökcan, **op.cit.**, s.899.

⁷² “Dava, davacının teşhis ve tedavisini üstlenen davalı doktor ve özel hastanenin teşhis ve tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesi isteğine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır... Vekil hastanın zarar görmemesi için, meslekî tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeksizin belirleyip uygulamak zorundadır. Asgarî düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altında tutacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir.” Yarg. 13. HD. 2013/26332 E. 2014/5046 K. 25.02.2014 T. **YKD**, C.XLI, Sy:6, Haziran 2015, s.1158-1159.

⁷³ “Davacılar vekili; müvekkili N.... G....'in hamileliği sürecine ilişkin olarak davalı Kadın Doğum Uzmanı Dr. M.... K....'nın..., doktorun genel olarak tıbbî kötü uygulaması sonucu, down sendromunun hamilelikte teşhis edilmediği ve küçük Y... K....'nın down sendromlu olarak doğduğunu, hasta-hekim ilişkisi vekalet sözleşmesi kapsamında olup doktorun yüksek özen borcu altında olduğunu...” Yargıtay 11. HD 2016/4948 E. 2016/5303 K. 11/05/2016 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, 04/05/2017); Gökcan, **op.cit.**, s.901 vd.; İ. Hamit Hancı, **Malpraktis Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, Nisan 2006, s.147-150; Zafer Zeytin, “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukukî (Tazminat) Sorumluluğu”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.101-102.

⁷⁴ Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.LVII, Sy:3, 2008, s. 238.

hekim, bu sözleşmenin tarafı olmakla birlikte, özel hastane çalışanı hekimin uyguladığı tedavide sözleşmenin tarafı özel hastanedir. Hekimin başladığı tedaviyi hukukten kabul edilir sebepler dışında yarıda kesememesi ve tedavi sonunda ücrete hak kazanması gibi hususlar, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğunu göstermektedir⁷⁵. Kamu görevlisi hekimin hastayı tedavi etmesi ise sözleşmesel bir ilişki değildir. Kamu görevlisi hekim bakımından tedavi ilişkisinin kamu hukukundan kaynaklandığını kabul etmek gerekmektedir. Bu ayrımın pratik sonuçları da bulunmaktadır⁷⁶.

Hekim ile hasta arasındaki vekâlet sözleşmesi, taraflara çeşitli ödevler yüklemektedir. Sadakat ve özen yükümlülüğü, şahsen ifa zorunluluğu (yetki verilmesi, durumun veya teamülün zorunlu kıldığı hallerde müstesna), hesap verme yükümlülüğü hekimin ödevleri arasında yer almaktadır. Özen yükümlülüğünün ölçüsü olarak, benzer alanda iş ve hizmet yürütmeyi üstlenen basiretli vekilin davranışı kabul edilmektedir.

2. Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Dayandığı Esaslar

Hekimin tıbbî müdahale nedeniyle sorumluluğu için hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil hükümlerinin yarıştığı belirtilmektedir⁷⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar

⁷⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.33.

⁷⁶ Sözleşmesel ilişkinin varlığı halinde kural olarak sözleşme serbestisi vardır. Vekâlet sözleşmesinde, vekil işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa öneriyi hemen reddetmedikçe sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. Fakat burada dahi öneri ve kabul vardır; sadece “susma” beyanına hukukî sonuç bağlanmış, “susma” kabul beyanı sayılmıştır. Bu açıdan, sözleşmesel ilişki, mutlaka irade uyuşmasını yani öneri ve kabulü gerektirmektedir. Bu nedenle, kamu görevlisi olmayan hekim ayrıca meşru sebeplere dayanma zorunluluğu olmaksızın hastaya bakmaktan kaçınabilir. Kanunun kendisine yüklediği hastaya müdahale zorunluluğu gibi haller istisnaidir (acil hallerde müdahale gibi). Kamu görevlisi hekim ise aynı vaziyette meşru sebeplere dayanmaksızın hastaya müdahaleden çekinemez, bu tür hallerde başkaca şartlarını da taşırsa görevi ihmal suçundan, ihmal suretiyle öldürmeye kadar çeşitli suçlar ile muhatap olabilir. Yine kamu görevlisi hekimin görevi nedeniyle kusurlu bir fiil işlerse, bu kusur görevin icrasından ayrılabilir nitelikte bir kişisel kusur olmadığı takdirde, zararı tazmin için idari yargıda idare aleyhine tam yargı davası açılması gerekir. Diğer hallerde hekimin tazminat sorumluluğu için adli yargıda hekimin (özel hastanede çalışan hekim bakımından, hastane ile müteselsil sorumlu olarak) hasım gösterilmesi gerekir. Tüm bu nedenlerle kamu görevlisi hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi sözleşmesel bir ilişki olarak nitelendirmek doğru değildir.

⁷⁷ “Görülüyor ki, pratik olarak, kusuru ispat yükü bakımından, hekimin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılığa veya haksız fiile dayanması, bir fark yaratmamaktadır. Her iki durumda da önemli olan, sorumluluk kaynağı olayı çerçeveleyen olguların zarar gören tarafından ortaya konulmasıdır.” Selim Kaneti, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**,

Kanunu'nun 60. maddesi sebeplerin yarışması konusunda özel hüküm içermekte, zarar birden fazla sebebe dayandırılabiliriyorsa, zarar görenin aksine talebi bulunmadıkça, hâkimin en iyi giderim sağlayan sorumluluk sebebine dayanacağını hüküm altına almaktadır. İzleyen kısımda, hekimin özel hukuk açısından sorumluluğuna yol açan hukukî sebepleri kısaca ele alacağız.

a. Sözleşmesel Sorumluluk

Vekâlet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birisi, vekilin sonucu taahhüt etmemesidir. Vekil yalnızca iş görme borcu ile yükümlüdür; neticeye ilişkin verdiği garanti hukukî sonuç doğurmaz⁷⁸. Bu nedenle, hekime yüklenebilir kusurlu bir fiilin sonucu olmadıkça, salt iyileşmeme olgusu veya meydana gelen olumsuz neticeden dolayı hekim sorumlu tutulamaz. Fakat estetik ameliyatlar, diş dolgusu ve protez takılması gibi tıbbî faaliyetlerde eser sözleşmesi hükümleri uygulanır; yani bu faaliyetler bakımından hekim, sonucun gereği gibi ayıplı olmayan şekilde ifasını taahhüt eder. Sonucun gereği gibi ifa edilmemesi halinde hekim kusurlu sayılarak, zarardan sorumlu tutulacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar esasen özel hastanede çalışan hekim için de geçerli olup, bu konuda yegâne fark sözleşmenin hasta ile özel hastane arasında kurulmasıdır.

İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983 s.72; “Fakat pratik bakımından zamanaşımı bir tarafa bırakılırsa neticeler arasında büyük bir fark yoktur.” Mustafa Reşit Belgesay, “Doktorun Hukukî Borçları”, **İÜHFM**, C.XI, Sy:3-4, 1945, s.109.

⁷⁸ “*Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.*” Yarg. 13. HD. 2014/12524 E. 2015/2706 K. 05.02.2015 T., **YKD**, C.XLI, Sy:6, Haziran 2015, s.1160-1161.

b. Haksız Fiilden Sorumluluk

Haksız fiil sorumluluğunda aranan şartlar, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır. Bu açıdan sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki fark, sözleşmeden doğan sorumlulukta bir sözleşmenin varlığı ve bu sözleşmenin kapsamındaki bir borca aykırılığın söz konusu olması; haksız fiil sorumluluğunda ise genel hukuk düzenine ait bir davranış kuralı ihlalinin yeterli olması, ayrıca sözleşmesel ilişkinin aranmamasıdır.

Özen yükümlülüğünün kapsamı tayin edilirken hem bağlayıcı mevzuata uygunluk hem de tıp biliminin gereklerine uygunluğun değerlendirilmesi yapılacaktır. Düzenlemelere uygun davranmama (nizamlara riayetsizlik; örneğin aydınlatılmış rızanın alınmaması, sır saklama yükümlülüğünün ihlali) ve tıp biliminin gereklerine uygun olmama (tıbbî uygulama hatası) objektif özen yükümlülüğü ihlali niteliğinde sayılan kusurlu fiillerdir. Benimsenen objektif ölçüt nedeniyle, somut olaydaki hekimin özellikleri değil; söz konusu tedavi bakımından gerekli meslekî bilgiye sahip, muhtemel riskleri öngören ve gerekli tedbirleri alan basiretli hekimden (ilgili uzmanlık alanındaki ortalama seviyede, tedbirli hekim) beklenen özenin gösterilmesi gerekmektedir⁷⁹. Aksi durum hukukî sorumluluk doğuracaktır.

Zarar açısından hem fiilî zararlar (yeniden tedavi yapılması gerektiği halde, tedavi gelirleri; ölüm halinde cenaze giderleri), hem de yoksun kalınan kâr (iş gücü kayıpları [maluliyet] halinde geçici ve sürekli iş göremezlik tazminatı; ölüm halinde, destek olunan kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı) maddî tazminat olarak talep edilebilecektir⁸⁰. Kişinin hukuka aykırı müdahaleden dolayı, yaşadığı manevî acı ve elemin giderilmesi için, kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle manevî tazminat isteyebilmesi de mümkündür.

Hekimin zarardan sorumlu tutulabilmesi için, tıbbî müdahale ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Hekim ancak bilgisizlik, tedbirsizlik gibi objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar ile zararlı sonucu doğrudan gerçekleştirmiş veya hastanın bünyesinden kaynaklanan nedenler etken olmakla

⁷⁹ Gökcan, **op.cit.**, s.911.

⁸⁰ Hancı, **op.cit.**, 144-146. “Fiilî zarar” ve “yoksun kalınan kar” kavramları için bkz. M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s.434-435.

birlikte, hekimin kusurlu fiili, zararın gerçekleşme ihtimalini önemli derecede artırmış ise fiil ile zarar arasında nedensellik bağı kurulmuş sayılır. Ancak kusurlu davranış olmasına rağmen, hastalığın doğal gelişimi veya gerçekleşen beklenmeyen haller (komplikasyonlar) nedeniyle zarar gerçekleşmişse, hekim zarardan sorumlu tutulamaz. Komplikasyonun hekimin kusurlu davranışı sonucu meydana gelen zarara etkili olması, hastanın birlikte kusuru, tıbbî tedavinin hatır için ücretsiz olarak yapılması, kaza sonucu yapılan ilk yardım müdahalesinde zarara yol açılması gibi hallerde hekimin sorumlu tutulacağı tazminat miktarından hakkaniyet indirimi yapılması mümkündür⁸¹.

c. Vekâletsiz İşgörmeden Sorumluluk

Acil durumlarda bilinci kapalı olan hastaya, rızası olmaksızın hekim tarafından müdahale edildiğinde, hasta ile hekim arasında vekâletsiz iş görme ilişkisi kurulmaktadır. Bir kişi, başkası yararına, onun bilgisi ve iradesi dışında iş yaptığı takdirde, bu ilişki hukuken vekâletsiz iş görme olarak nitelenir. Burada özen yükümlülüğü, sözleşmeye dayalı müdahalelerdeki özen yükümlülüğü ile aynı seviyede kabul edilir. Fakat hastanın karşı karşıya bulunduğu zarar veya zarar tehlikesini önlemek amacıyla yapıldığında, hekimin yalnızca kast veya ağır ihmalinden sorumlu tutulması gerektiği, hafif ihmalinden sorumlu tutulamayacağı yönündeki kanaat, öğretide savunulmaktadır. Trafik kazası sonucu ağır yaralanan, bilinci kapalı hastaya yapılan ilk müdahale ve başlangıçta hastanın rızası ile yapılan ameliyatta, başta öngörülemeyen fakat hastanın hayatı için tehlike arz eden ve sonraya ertelenmesi halinde tehlikenin artacağı durumlarda (ameliyatın genişletilmesi) yapılan müdahale, vekâletsiz iş görme hallerine örnek olarak verilmektedir. Vekâletsiz iş gören, bu iş nedeniyle yaptığı giderleri ve gerektiğinde uygun ücret ödenmesini iş sahibinden isteyebilir⁸². Bu tip müdahaleler, tıp bilimine

⁸¹ Hancı, **op.cit.**, s.141.

⁸² Gökcan, **op.cit.**, s.919; Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan (Özel Sayı), C.XXI, Sy:2, 2015, s.798-799.

uygun olduğu sürece, hastanın üstün nitelikte özel yararına ve varsayımsal iradesine istinaden hukuka uygun sayılmaktadır⁸³.

B. İdarî Sorumluluk

1. Genel Olarak

Tarihsel olarak, idarenin hizmet kusurundan sorumlu tutulmasını gerektiren kusur derecesi, ağır kusur olarak görülmüştür. Bunun nedeni, hafif kusurdan sorumluluğun, idarenin kamu hizmetlerini icra etmede çekingen davranmasına yol açacağı, bunun ise daha büyük zararlar doğuracağı düşüncesidir. Özellikle bünyesinde risk taşıyan tıbbî müdahalelerde, idarenin sorumluluğu için ağır kusur aranmaktaydı⁸⁴. Tıbbî hataya hoşgörü düzeyi de zaman içinde değişim geçirmiştir. Örneğin, Fransa’da idari yargı mercileri 1992 yılına kadar, hekimi sorumlu tutmak için ağır kusur aramışlardır; bu tarihten sonra sorumluluk için hafif kusur (ihmal) da yeterli görülmeye başlamıştır⁸⁵. Bugün idarenin sorumlu tutulabilmesi için basit kusur yeterli görülmektedir.

2. Devletin Sağlık Kamu Hizmeti Bağlamında İdarî Sorumluluğu

Anayasamızın 56. maddesine göre devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içerisinde sürdürmesini sağlamak için sağlık hizmetini tek elden planlayarak yürütmekle görevlidir. Bu görevi, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirir. Bu nedenle, sağlık hizmetleri kamu hizmetlerinden sayılmaktadır. İdarenin anılan kamu hizmetlerini yerine getirirken hizmet kusurunda bulunması, idarî sorumluluğa neden olmaktadır. Fransa’da belirli müdahaleler –kan nakli, belirli koşullarda olağanüstü tıbbî yöntemler ve tehlikeli durumlar- açısından devletin kusursuz sorumluluğu da kabul

⁸³ Zeytin, *op.cit.*, s.102.

⁸⁴ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, *op.cit.*, s.752.

⁸⁵ Florence G’Sell-Macrez, “Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: the French Rules of Medical Liability since the Patients’ Rights Law of March 4, 2002”, *Chicago Kent-Law Review*, Vol.86/3, 2011, s.1098.

edilmiş olmakla birlikte⁸⁶; Türkiye’de sağlık kamu hizmeti açısından herhangi bir kusursuz sorumluluk öngörülmemiştir.

Sağlık hizmetlerinin, hizmet gereklerine uygun olarak “*çağdaş düzenli bir idarenin tutum ve davranışları*” ölçüt alınarak yerine getirilmesi gerekir⁸⁷. Aksi durum, hizmet kusuruna yol açar. Sağlık hizmeti alanında hizmet kusuru, tıbbî müdahaleden kaynaklanabileceği gibi, tıbbî müdahaleden bağımsız olarak da gerçekleşebilir. Örneğin idarenin özel kuruluşlarca verilecek sağlık hizmetine izin, ruhsat verme ve denetim yapma gibi ödevlerini hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklı bir zarar da, idarenin kusur sorumluluğu içinde değerlendirilir. Bu hallerde idare bir tür kolluk faaliyeti icra etmektedir. Yine sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişinden kaynaklı zararlarda da, idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Tıbbî araçlarda eksiklik veya bozukluk, hastanede hijyenin sağlanamaması gibi haller sağlık hizmetlerinin kuruluş ve işleyişine ilişkin hizmet kusuru teşkil ederler⁸⁸. Yine ilaçların ithali, ihracı, üretimi, dağıtımı, ruhsatlandırılması, izin verilmesi ve fiyatlandırması gibi konulara ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı’na ilgili mevzuat tarafından yüklenen görevlere ilişkin hususlar da idarî sorumluluk doğurabilmektedir⁸⁹. Bu sayılan kusur türleri sağlık hizmetiyle ilgili olmakla birlikte, hekimin tıbbî müdahalesinden kaynaklı olmadığından ötürü konumuzun dışında kalmaktadır.

3. Tıbbî Müdahalelerden Doğan Zararlardan Hizmet Kusuru Kapsamında Sorumluluk

Hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanan zararların hizmet kusuru oluşturup oluşturmadığı öncelikle tartışılmalıdır. Bu hususun pratik önemi hizmet kusurunun idarî sorumluluğa yol açması, kişisel kusurun ise haksız fiil sayılmasından ötürü

⁸⁶ Ramazan Çağlayan, “Kamu Görevlilerin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.50-51.

⁸⁷ Sait Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s.84.

⁸⁸ Melikşah Yasin, “Tıbbî Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, in **Sağlık Hukuku Sempozyum No:1**, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Ocak 2007, s.244-245.

⁸⁹ Ahmet Kürşat Ersöz, **İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2016, s.3-4 vd.

hukukî sorumluluğa yol açmasından kaynaklanır. Bu da, hizmet kusurundan doğan zararların yalnızca ilgili idare hasım gösterilerek, idare hukuku esaslarına göre idarî yargıda; kişisel kusura ilişkin davaların ise hekim hasım gösterilerek özel hukuk esaslarına göre adlî yargıda tazmin edilebileceği anlamına gelir.

Hizmet kusuru, idare hukukunun gelenekselleşmiş tanımına göre; hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde, bünyesinde, personeline ve işleyişinde gereken emir ve talimatların verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin yerine getirilmemesi, hizmete özgülünen araçların yetersiz ve elverişsiz olması, gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin geç ve vakitsiz işlemesi şeklinde ortaya çıkan aksaklık, aykırılık, bozukluk ve sakatlık halleridir⁹⁰. Hizmet kusuru, hizmetin hiç işlememesi, kötü işlemesi veya geç işlemesi olarak da tanımlanmaktadır. Fakat bu tanımın yetersiz olduğu çağdaş öğretide ifade edilmektedir⁹¹. Hizmet kusuru ile kişisel kusur arasındaki fark şu şekilde ifade edilebilir: İdarenin kamu hizmetini örgütleyişi, işletmesi ve gerekli önlemleri alışımda meydana gelen hizmet kusurunun; bir kişiyle bağlantısının kurulması, o kişiye atfedilmesi ve yüklenmesi mümkün değildir. Hizmet kusurunun anonim niteliği buradan kaynaklanır. Kişisel kusurda ise, kamu adına faaliyet gösteren görevli, “kamu görevlisi” sıfatının ötesine geçen bir şekilde kusurlu hareket etmiş, doğrudan doğruya kendisiyle bağlantısı kurulabilecek şekilde, resmî sıfatından bağımsız “herhangi bir kimse” olarak zarara yol açmıştır⁹². Bu teorik ayrımın, somut olayda kurulması ise kolay değildir. İdare bir tüzel kişilik olduğuna göre idarenin faaliyeti, her halde idare adına hareket eden kimselerin faaliyeti anlamına gelir. Aslında hizmet kusuru oluşturan haller de, kamu görevlilerinin faaliyetlerinden kaynaklanmıştır. Örneğin, devletin yerleşim yerinde kurduğu sağlık kuruluşunda, yeterli sağlık malzemesi bulundurma ve personel görevlendirme gerekliliğine uymaması nedeniyle bir zarar meydana gelirse, burada hizmet kusurundan sorumluluk söz konusu olur⁹³. Çünkü bu kusurun, belli bir veya birkaç kamu görevlisine atfedilmesi mümkün değildir; gerçekte bu kusur yine idare

⁹⁰ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XIV, Sy:4, 1949, s.858.

⁹¹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınları, Ekim 2011, s.749.

⁹² Güran, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.79.

⁹³ Nitekim Danıştay, zehirli haşeratın ve bunlardan kaynaklı zehirlenme olaylarının sıkça gerçekleştiği, zehirlenme olasılığının fazla olduğu yerlerde; zehirlenmeyi zarar görenlerin tedavisini gerçekleştirecek ilaç, alet ve personelin sağlık birimlerinde hazır bulunmamasını hizmet kusuru olarak kabul etmiş, bu nedenle gerçekleşen çocuk ölümünden dolayı idarenin sorumlu olduğu yargısına varmıştır. Aktaran: Gökcan, **op.cit.**, s.1013.

adına hareket eden kimselerin gerekli önlemleri almamasından kaynaklı olsa da, bu halde anonim niteliğe bürünmüş bir şekilde ortaya çıkar. Bu açıdan hizmet kusuru, idare hukukuna özgü, idarenin aslî ve birinci dereceden sorumlu olduğu, hizmetle bütünleşmiş nitelikte ve bir kişiye atfedilemeyen (görevlinin kişisel kusuru da bulunsa dahi ondan özerk nitelikte), varlığı ve yokluğu somut olayın koşullarına göre değerlendirilen, idarenin genel sorumluluk nedenidir⁹⁴.

Anayasa'nın 129/5. maddesine göre 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. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi de kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açılacağı ifade edilmiştir. Kusurun Anayasa'da "*Yetkilerini kullanırken işledikleri*" ve DMK'da "*kamu hukukuna tabi görevleriyle ilgili*" şeklinde nitelendirilmesi, idare aleyhine dava açılırken hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımının dışında, görevle bağlantılı kişisel kusur (kısaca "görev kusuru")-görevle bağlantılı olmayan kişisel kusur (kısaca "kişisel kusur") ayrımının yapılmasını gerektirmektedir⁹⁵.

Görev kusuru, kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak tanımlanmaktadır. Bu kusur türü, görevle bağlantılı olarak ve dolayısıyla idarenin personeline sunduğu yetki ve araçlarla işlenmektedir. Görevle bağlantısı bulunmayan kişisel kusur ise, kamu görevlisinin kusurlu fiilinin açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilmesi halinde söz konusu olur⁹⁶. Öğretide görevin tamamen

⁹⁴ **Ibid.**, s.1021.

⁹⁵ **Ibid.**, s.1023; Sait Güran, "İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler", **Amme İdaresi Dergisi**, C.XII, Sy:1, 1979, s.56.

Suç oluşturan fiiller uzun zamanlar hizmet kusuru sayılmamakta, bu fiillerin görevle bağlantılı işlenmesi bile, kişilere atfedilmesine ve "idari eylem" sayılmasına engel olmaktadır. Fransız İçtihadı, bu geleneksel anlayışı daha sonra terk etmiş; görevin icrası ve hizmetin ifasıyla bağlantılı işlenen suçların da hizmet kusuru oluşturabildiğine karar vermiştir. Bu tarihsel gelişimi gösteren içtihatlar için bkz. Ragıp Sarıca, "İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir mi?", **İÜHFM**, C.XI, Sy:3-4, 1945, s.19-27.

Suç oluşturan fiillerin zorunlu olarak haksız fiil ve dolayısıyla kişisel kusur olarak değerlendirilmesinin gerekmediğini; ceza sorumluluğu ile hukuk sorumluluğunun farklı esaslara dayanması üzerinden açıklayan bir çalışma için bkz. Ragıp Sarıca, "Vazifeye Mütcellik Bazı Suçların Hizmet Kusuru Sayılmasına Karşı Serdedilen İtirazlara Cevap", **İÜHFM**, C.XII, Sy:2-3, 1946, s.440-442.

⁹⁶ "... görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura dair olmayıp, davacının salt kişisel kusuruna dair bulunmaktadır. Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına, eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmamasına ve hizmet kusuru niteliğinde

dışındaki “saf kişisel kusur” ile birlikte “görevin içinde işlenmekle birlikte olağanüstü ağır nitelikteki kusurlar” da kişisel kusur olarak sayılmaktadır⁹⁷. Kanaatimizce, görevin sağladığı yetki ve araçlarla işlenen her türlü kusurlu fiil –ağır kusur ya da suç oluştursa dahi- görev kusuru olarak nitelenmelidir. Türk uygulamasında önceleri hizmet kusuruyla tamamen ilgisiz sayılan, kamu görevlisinin suç teşkil eden fiilleri bile, hizmet kusuru olarak idarenin sorumluluğunu doğurmaya başlamıştır⁹⁸. Sonuç olarak, görevle ilgili, görevin sağladığı yetki ve araçlarla işlenen her kusurlu fiil, idarenin sorumluluğunu gerektirmekte⁹⁹; geleneksel hizmet kusuru-

bulunmamasına göre...” Yargıtay HGK 2014/4-1067 E. 2016/512 K. 13.4.2016 T. (<http://kazanci.com., 09/02/2017>)

“Özellikle kamu görevlilerinin .../... görev kusurları sebebiyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında eylemin idariliği, bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu, yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir.” Danıştay 15. D. 2015/7308 E. 2017/555 K. 7.2.2017 T. (<http://kazanci.com., 09/02/2017>)

⁹⁷ Görevin içinde işlenmekle birlikte olağanüstü ağır nitelikteki kusurlar: a) Kişisel saikle işlenen kusurlar b) aşırıya kaçan davranışlar c) mazur görülemeyecek hatalar olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kusurlar da kişisel kusur olarak sayılmaktadır. Gözler, **İdare Hukuku Dersleri, op.cit.**, s.754-755.

⁹⁸ Suç teşkil eden fiilin de, görevle ilintili olarak işlendiği halde görev kusuru sayıldığı Danıştay kararları da mevcuttur:

“Nezarethane sorumlusu ... hakkında açılan kamu davası sonucunda Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemiş sonucunda düzenlenen bilirkişi raporu ve mahkeme kararında havalandırma için yapılan pencerenin sağlam demir parmaklıklarla korunması gerektiği, içeriye ve dışarıya birşey atılmasını önleyecek tel kafes ile muhafaza edilmesi gerektiği halde pencerenin bu koşullara uygun olmadığı tespitinin yapıldığı, ayrıca olayın meydana gelmesinde görevli polis memurunun ihmalinin bulunduğu belirtilmiştir.”

Bu durumda, kamu görevlisinin suç niteliğindeki eylemi idarece yürütülen hizmetten soyutlanamaz ve ayrılamaz nitelikte olduğundan, .../...hizmet kusurunun bulunduğu...” Danıştay 10. D. 2013/5175 E. 2016/1543 K. 21.3.2016 T. (<http://kazanci.com., 09/02/2017>)

Yine taksirle yaralamadan kamu davası açılmış bir fiile ilişkin olarak;

“Hastane personelinin, doktor tarafından düzenlenen hasta tabelasına uymak zorunda olmaları sebebiyle hasta tabelasında İ.M. tedavi yönteminin belirtilmemiş olması, doktor tarafından bu yönde sözlü olarak da talimat verilmediğinin belirtilmesi sebebiyle davacının hastanede yatarak tedavi gördüğü dönemde kalçasından yapılan enjeksiyon sebebiyle 18 ay iş ve gücünden mahrum kalacak şekilde zarar görmesinde, hasta için düzenlenen tedavi yöntemine uyulmamış olması, bu yönde gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle hizmet kusuru bulunmaktadır.” Danıştay 15. D. 2013/4490 E. 2016/3879 K. 30.5.2016 T. (<http://kazanci.com., 09/02/2017>)

⁹⁹ Fransız Öğretisinde “sorumlulukların birleşmesi” (*cumul des responsabilités*) kuralı da denilen, kamu görevlisinin kişisel kusurdan dolayı hem idarenin hem de kamu görevlisinin sorumlu tutulması kuralı; Türk Öğretisinde “görev kusuru” ile ifade edilmek istenene denk düşmektedir. Görevin sağladığı yetki ve araçlarla işlenen kişisel kusur olarak tanımlanan görev kusurunun, bazen hizmet kusuru ile eş anlamlı, bazen hizmet kusurunun alt türü olarak ifade edilmesindeki kavram karmaşası da kanaatimizde buradan doğmaktadır. Matematiksel bir dille ifade etmek gerekirse, görev kusuru, hizmet kusuru ile kişisel kusurun kesişim kümesini oluşturmaktadır; bu nedenle idarenin sorumluluğu doğmaktadır. “Sorumlulukların birleşmesi” (*cumul des responsabilités*) kuralı ve kuralı örnekleyen içtihatlar için bkz. Gözler, **İdare Hukuku Dersleri, op.cit.**, s.756-757.

kişisel kusur ayrımı ise yalnızca kusurlu personele rücu bakımından önem taşımaktadır¹⁰⁰.

Danıştay, riskli bir durumda yapılması gerekli tetkikin yapılmamasının, tıbbî faaliyet alanında meydana gelen hizmet kusurunun görünümlerinden birisi olduğunu şu şekilde ifade etmektedir:

“Prematüre doğumun yaratabileceği risklerin takibi ve bertaraf edilmesi görevi sadece anne ve babaya değil, böyle bir doğumun ve tedavi sürecinin sonuçlarını izlemesi gereken İdareye de aittir. Dosyadan, çeşitli tarihlerde muayeneye gitmelerine rağmen, davacıların bebeklerinin ROP muayenesinin yapıp yapılmadığının kontrol edilmediği, bu konuda ailenin uyarılmadığı anlaşılmaktadır... Bu durumda tıbbi ameliye kapsamında dâhil edilemeyecek bir takım bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması sebebiyle oluşacak zararlarda, hekim yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de, İdarenin sorumluluğundan söz edilebilecektir. Somut olayda da hekime yahut diğer sağlık personeline doğrudan kusur atfedilemeyecekse de doğan organizasyon eksikliği sebebiyle sağlık hizmetini gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna gidilebilecektir”¹⁰¹

Danıştay ilgili kararında, tedavinin tıp kurallarına uygun yapılmamasının da, idarenin hizmet kusurunu oluşturduğunu şu şekilde ifade etmektedir:

“.... Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemez veya öngörülse bile önlenemeyecek olan bir sonuç değildir.

Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması sebebiyle adli tıp kurumunca ikinci bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasızdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması sebebiyle oluştuğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır.”¹⁰²

Danıştay, hizmet kusurunun oluşum şekillerinden bir diğerinin, şüpheli bulgu halinde yapılması gerekli cerrahi girişimin hastaya önerilmemesi olduğunu şu şekilde açıklamaktadır:

¹⁰⁰ Gökcan, **op.cit.**, s.1029.

¹⁰¹ Danıştay 15. D. 2015/2607 E. 2016/3893 K. 30.5.2016 T. (<http://kazanci.com.>, 09/02/2017)

¹⁰² Danıştay 15. D. 2015/8936 E. 2016/1604 K. 10.3.2016 T. (<http://kazanci.com.>, 09/02/2017)

“İdarelerin kamu hizmetinin gereği gibi işleyebilmesini sağlayacak organizasyonları yaparak, yeterli araç ve gereçle donatılmış bina ve tesislerde, hizmetin özelliğine uygun olarak seçilen ve yetişmiş personelle hizmeti yürütmek yükümlülüğünün bulunduğu hususunun tartışmasız olduğu gözönünde bulundurulduğunda, sağlık hizmetini yürüten personelden olan Genel Cerrah konsültan hekimlerinin 08/07/2010 tarihinde çekilen batın BT deki mevcut serbest havaya rağmen takip önerip acil cerrahi girişim düşünmemelerinin tıp kurallarına uygun olmadığı anlaşılmaktadır.”¹⁰³

Danıştay, doğrudan tıbbî müdahalenin kendisi ile ilgili olmamakla birlikte, tedavi sürecinde hijyen koşullarının sağlanmamasının da hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğunu doğuracağını ilgili kararında şu şekilde ifade etmektedir:

“Dava konusu olayda, Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda en gelişmiş ülkelerde bile tüm önlemlere rağmen, yüksek ölüm riski bulunan bu enfeksiyonun görülebildiği, hastanede bulunan süre içinde bu enfeksiyona maruz kalınabileceği, tanının konulmasıyla birlikte gerekli tedavinin hastaya zamanında yapıldığı, dolayısıyla hastane personeli ve hekimlere atfi kabil kusurun bulunmadığı belirtilmiş ise de yukarıda açıklamasına yer verilen "tıbbi uygulama hatası-komplikasyon" ayrımına dair açıklamalar dikkate alındığında; oluşan durumun, hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, davalı idareye ait hastanede hijyen şartları açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucu doğduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği anlaşıldığından davanın reddi yolundaki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”¹⁰⁴

Danıştay’ın ilgili kararında belirttiği üzere, hastanın sevkinde özen gösterilmemesi de, idarenin sorumluluğunu doğuran hallerden birisidir:

“... B..... Devlet Hastanesiyle sevkten önce irtibata geçilmediği için bu hastanede de göğüs cerrahi bulunmadığının bilinmediği, bilinseydi hasta doğrudan Harran Üniversitesine sevk edilerek böyle ağır bir travmada zaman kaybedilmeyeceği, bu durumun hizmetin işleyişinde bir eksiklik olduğu, acilde görevli hekiminde sevk prosedürüne uymamasının özen eksikliği olduğu sonucuna varılmıştır.”¹⁰⁵

Hizmet kusurunun görünüm biçimlerinin tamamını ifade etmek mümkün değildir. Hizmetin kuruluşu ve işleyişinde, yukarıda belirtilen koşulları sağlayan her türden aksaklık ve bozukluğun, hizmet kusuru kavramı çerçevesinde idarî sorumluluğa yol açacağını belirtelim.

¹⁰³ Danıştay 15. D. 2016/2388 E. 2016/4714 K. 29.9.2016 T. (<http://kazanci.com.>, 09/02/2017)

¹⁰⁴ Danıştay 15. D. 2015/6119 E. 2015/5733 K. 8.10.2015 T. (<http://kazanci.com.>, 09/02/2017)

¹⁰⁵ Danıştay 15. D. 2013/4253 E. 2016/3225 K. 5.5.2016 T. (<http://kazanci.com.>, 09/02/2017)

C. Cezaî Sorumluluk

Hekimin tıbbî müdahaleden doğan sorumluluğunun üçüncü boyutu, ceza sorumluluğudur. Çalışma konumuzun ana doğrultusunu oluşturan bu hususu, çeşitli yönleriyle ilerideki bölümlerde ele almakla birlikte, diğer sorumluluk türleriyle olan farkını genel bir şekilde, özet olarak ifade ederek, cezaî sorumluluğun özgünlüğünü vurgulamakta yarar görmekteyiz.

Özel hukuk haksızlığı ile suç teşkil eden ceza hukuku haksızlığı¹⁰⁶ arasındaki fark, hekimin sorumluluğunun değerlendirilmesine de yansıtacak boyutlara sahiptir. Bu iki sorumluluk türü arasında, derece farkı değil; mahiyet farkı bulunmaktadır. Yine, kusur değerlendirmeleri, isnat yeteneği, hukuka uygunluk nedenleri de farklılaşacaktır. Delillerin değerlendirilmesi ve uygulanacak yaptırım türüne ilişkin farklılıkları da, cezaî ve hukukî sorumluluğun farkları arasında anmak gerekir¹⁰⁷. Bu sorumluluk türleri arasındaki ayırt edici niteliği açıklamak için, ceza hukuku felsefesini derinden etkileyen Hegel'in görüşlerine başvurmakta yarar görmekteyiz. Hegel'e göre, medenî hukuk haksızlığı, failin genel hukuk düzenini "*tanıdığı*", ancak kişilerin "*özel iradeleri*"ni (sözleşmeye dayalı hukukî ilişkileri) ihlal ettiği bir haksızlık türü olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın ceza hukuku haksızlığında, fail, "*hem özel hem de genel iradeyi ihlal etmekte, onu "yok saymakta" ve kendi iradesini dışsallaştırdığı eylemini geçerli "hukuk olarak" (= "als Recht") onun*

¹⁰⁶ Haksızlık terimi ile "hukuka aykırı fiil"i ifade etmekteyiz. Buna göre; "*Hukuka aykırılık, fiilin norma aykırılığını belirtir. Haksızlık ise fiil hakkında verilmiş bir değer yargısıdır. Hukuka aykırılık suç teşkil eden fiilin bir vasfıdır. Haksızlık ise fiilin hem tipe uyması hem de hukuka aykırı bulunmasıdır.*" Bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2015, s.375.

Genel anlamda haksızlık, emir ve yasaklardan oluşan davranış normlarını ihlal eden fiilleri ifade etmektedir. Özel hukuk haksızlığı, özel hukukun ölçütlerine göre hukuka aykırı fiili, ceza hukuku haksızlığı ise ceza hukuku ölçütlerine göre hukuka aykırı fiili ifade etmektedir. Buna göre, ceza hukuku haksızlığı, tipikliğe uyan, hukuka uygunluk nedeni bulunmayan fiilleri ifade etmektedir. Ceza hukuku, suç teşkil eden haksızlıkları (ceza hukuku haksızlığı) konu edinmektedir. Tipe uygun ve hukuka aykırı fiilin varlığı belirlendikten, eş söyleyişle haksızlığın varlığı saptandıktan sonra, failin işbu haksızlıktan kişisel olarak sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkin kusurluluk incelemesi yapılacaktır. Failin kişisel özellikleri, işlenen haksızlıktan ötürü kişisel olarak kınanıp kınamayacağı bu evrede belirlenecektir. Haksızlık, kusur yargısının da zeminini oluşturmaktadır; ancak haksızlık oluşturan fiil saptandıktan sonra kusurluluk incelemesine geçilebilmektedir. Bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2015, s.75-76.

¹⁰⁷ Ronald W. Scott, **Legal, Ethical and Practical Aspects of Patient Care Documentation**, Jones & Barlett Learning, 2013, s.22.

*yerine kaim kılmak istemektedir.”*¹⁰⁸ Tüm diğer önemli ayrımlar bu noktadan türetilir. Ceza hukukunun kamusal olması, taleple bağlı olunmaması, delillerin taraflar dışında kamu erki tarafından araştırılıp, ortaya konması gibi özel hukuk sorumluluğundan farklılaştığı özelliklerin nedeni olarak bu felsefi ayrım görülebilir. Örneğin bir insanın öldürülmesi fiili, yalnızca bir insanın hakkına yönelik görülmemekte, bilakis korunan hukukî değer olarak yaşam hakkına dönük bir ihlal – yani genel hukuk düzeninin reddi- olarak mütalaa edilmektedir; bu nedenle eski hukuk düzenlerinde kabul edilen şahsî dava, mirasçıların affı ve diyet gibi usuller, modern ceza hukukunca dışlanmaktadır. Bu nedenle “*borca aykırılık*”, hürriyeti bağlayıcı cezaya neden olamaz; fakat “*hukuk düzeninin*” –ya da daha çağdaş tabirle, “*korunan hukukî değerlerin*”- reddi söz konusu olduğunda, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanır. Hukukî sorumlulukta asıl olan, zarardan önceki hale getirme, zararı gidermedir. Cezaî sorumluluk ise toplumsal düzenin ihlaline karşı ızdırap verici, korkutucu, caydırıcı ve eza verici bir yaptırım olan, bireyi yeniden toplumsallaştırma ve ıslah işlevi de yüklenen hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasına yol açar¹⁰⁹.

Suçun işlenmesinde, belirli bir zararın varlığı ön koşul olarak aramamaktadır. Tehlike suçları bulunduğu gibi, zarar suçlarında -765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki tabirle- eksik teşebbüs olduğunda da zarar meydana gelmemesine rağmen fail cezalandırılır. Fakat tıbbî müdahale alanında esas olarak karşılaşacağımız suçlar, çoğunlukla taksirli suçlardır. Basit (adî) taksir bakımından, “haksızlık bilincine sahip olmak” söz konusu olmamaktadır¹¹⁰; fakat çağdaş toplumun karmaşıklığı ve gelişmişliği nedeniyle, kişilerin özen yükümlüğüne aykırı ve tipe uygun davranışları da ceza sorumluluğu içerisinde değerlendirilmiştir. Toplum taksirli suçlarla, her kişiyi veya belirli mesleği icra eden kimseyi, daha basiretli, başkasının haklarını daha fazla koruyucu bir şekilde davranmaya davet etmekte, zararlı neticeyi öngörebildiği halde, buna ilişkin –ya bizzat devletin koyduğu veya ortak hayat tecrübesinden doğan- kurallara (özen yükümlülüğüne) aykırı harekette bulunmasına cezaî sonuçlar bağlamaktadır¹¹¹.

¹⁰⁸ Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.13.

¹⁰⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.726.

¹¹⁰ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, Eylül 2015, s.256.

¹¹¹ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Umumî Kısım, C.II**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971, s.278.

Hekimin tıbbî faaliyetlerden kaynaklı cezaî sorumluluğu temel olarak, söz konusu taksirli suçlara –taksirle öldürme ve yaralama- gibi neden olmaktadır. Bunun yanı sıra bazı kasıtlı suçlar da hekimin cezaî sorumluluğuna yol açmaktadır. Taksirli sorumluluğa, hem hekimliğin gerektirdiği ortak meslekî tecrübeye uymama, hem de paramedikal nitelikte, bağlayıcı mevzuata uymama (aydınlatılmış onam alınmaksızın; örneğin hayati tehlike olmamasına rağmen ameliyatın genişletilip rahmin alınması gibi) şeklinde gerçekleşen özen yükümlülüğü ihlalleri yol açmaktadır. Hekimlik faaliyetinin içinde barındırdığı risk nedeniyle, gerektirdiği özen yükümlülüğü önemli hale gelmiş; yalnızca zararı gideren, onarıcı adalet niteliğindeki tazminat sorumluluğunun yeterli olmayacağı görülmüştür. Bu nedenle, yaşam ve beden bütünlüğü hakkı gibi hukukî değerlere yönelik olası zarar ve tehlikelerin önlenmesi için gerekli taksirli cezaî sorumluluk, hekimler için de söz konusu olabilmektedir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında, tıbbî müdahalenin ceza hukukundaki teorik konumu ve hekimin tıbbî müdahaleden doğan cezaî sorumluluğu -özel suç tipleriyle- ayrıntılı olarak işlenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN TEMELLENDİRİLMESİ

I. TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Tıbbî müdahale, icra ediliş biçimi itibariyle ceza hukukunun konusu olan fiilin gerçekleştirilmesine benzemektedir. Vücut bütünlüğünü ihlal eden fiilin, hareket ve dış dünyada yarattığı değişiklik açısından kasıtlı veya taksirli yaralama –ölüm neticesi gerçekleştiğinde öldürme- fiilleriyle uygunluğu, dar anlamda tipik fiil olduğu gözlenmektedir¹¹². Bu bölümün izleyen kısımları, somut hareket ve dış dünyada yarattığı değişiklik açısından ceza hukukunca yasaklanan bazı fiillere, eş söyleyişle, kanunda yer alan soyut tanıma tıpatıp uygunluk gösteren tıbbî müdahalenin, hangi ölçütler dikkate alınarak cezalandırılmayacağının teorik temellendirilmesini hedeflemektedir.

A. Suçun Maddî Unsurunun Yokluğu Görüşü

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini açıklayan görüşlerden bir kısmı, tıbbî müdahalede tipikliğin bulunmadığı yönündedir¹¹³. Buna göre, tıbbî müdahalede, suçun unsurları bulunmamaktadır. Suçun unsurları bulunmadığından dolayı, hekimler tıbbî müdahale fiilleri nedeniyle ceza yaptırımına uğramayacaklardır. Tipikliğe yoğunlaşan görüşlerden bazıları, tıbbî müdahalenin hukukî niteliği bakımından ayırt edici yönünün, suçun maddî unsurunu (tipikliğin objektif unsuru)

¹¹² Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahî Müdahalenin Sınırları”, *İÜHFİM*, C.XLV, Sy:1-4, 1979-1981, s.267.

¹¹³ Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s.34

taşınamaması olduğunu ileri sürerken; diğerleri ise suçun manevî unsurunun (tipikliğin subjektif unsuru) bu müdahalelerde bulunmamasından dolayı, tıbbî müdahalenin suç teşkil etmediği görüşünü savunmaktadır.

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini açıklamak için, öne sürülen bir görüşe göre, tıbbî müdahale fiilinde, suçun maddî unsuru bulunmamaktadır. Bu görüşün temel gerekçesi, tıbbî müdahalenin iyileştirici etki doğurmasından dolayı, kanunî tanımda öngörülen zarar neticesinin, bu tip müdahalelerde gerçekleşmemesidir. Maddî unsurun yokluğu görüşü¹¹⁴, tıbbî müdahalenin uygulanmasında, neticenin tipik fiilin haksızlık muhtevasını yansıtmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, tıbbî müdahalenin başlangıcı ile sonucu bir bütün olarak dikkate alındığında, “sağlığın bozulmasından” söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla zarar neticesi içermeyen bir fiilin, ceza hukuku bakımından haksızlık olarak nitelenmesi söz konusu olmaz. Buna göre, tipik netice, fiziksel olarak müdahalenin safhalarında ayrı ayrı değerlendirilmemelidir; müdahalenin başındaki durum ile sonundaki durum karşılaştırılmalıdır¹¹⁵. Müdahalenin öncesi ve sonrası karşılaştırıldığında, iyileşme olgusunun varlığı nedeniyle, zarar neticesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla tıbbî müdahalenin icra edilmesinde suçun maddî unsuru bulunmamaktadır.

Maddî unsurun yokluğu görüşünü iki noktada eleştirmektediriz. *Birinci eleştirimiz*, yalnızca zarar neticesinin yokluğunun, tıbbî müdahalelerde suçun maddî unsurunun bulunmadığının göstergesi olamayacağına dayanmaktadır. Hukukî değeri ihlal eden veya tehlikeye düşüren hareket, tek başına tipikliğin oluşmasında yeterlidir. *İkinci eleştirimiz*, tıbbî müdahalelerde zarar neticesinin de çoğunlukla bulunmasına dayanmaktadır.

Ele alınan görüşe yönelik *birinci eleştirimiz*, yalnızca neticenin yokluğunun, suçun maddî unsurunun bulunmadığını göstermemesidir. Hukukî değeri ihlal eden veya tehlikeye düşüren hareket, tek başına tipikliğin oluşmasında yeterlidir.

¹¹⁴ Suçun maddî unsuru terimi ile kast ettiğimiz unsur, bazı hukukçularca tipikliğin objektif unsuru olarak isimlendirilmektedir. Bu ifade ile kast edilen fail, hareket, netice, nedensellik bağımlı ihtiva eden suç genel teorisi unsurudur. Bu nedenle biz, suçun maddî unsurunun yokluğundan bahsederken, tipikliğin objektif unsuru olmadığından dolayı tipikliğin ortadan kalkması veya kısaca tipikliğin olmayışı ifadelerini de eş anlamlı olarak kullandık. Aynı şekilde manevi unsur için de, tipikliğin subjektif unsuru ifadesi kullanılmaktadır. Tipikliğin objektif ve subjektif unsurları terimleri için bkz. Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.101-102 vd.

¹¹⁵ Erman, **op.cit.**, s.34-35.

Tıbbî müdahalenin, zarar neticesi doğurmadığını ve bu nedenle tıbbî müdahalelerde suçun maddî unsurunun bulunmadığını ileri süren görüşü irdeleyebilmek için öncelikle suçun maddî unsuruna ilişkin birtakım açıklamalar yapmakta gerek görmekteyiz. Birinci eleştirimizi açıklamak ve temellendirmek için bu zorunludur. On dokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın başlarında öğretilde hâkim olan klasik suç ekolüne göre hareket gözlemlenebilen doğal bir olgudur; insanın iradî olarak dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesini ifade etmektedir¹¹⁶. Bu ekol, hareketi iradî insan davranışı olarak, yani doğal (nedensel) hareket kuramı çerçevesinde anlamlandırmakta; hareketin dış dünyada yarattığı değişiklik (netice) nedeniyle, failin cezalandırılacağını savunmaktaydı. Böylece fiilin anlaşılmasında, netice unsuruna ağırlık verilmekte, her suçun bir neticesinin olduğu ileri sürülmekteydi¹¹⁷. Bir başka ifadeyle, “*klasik (nedensel) ya da neticenin değersizliği teorisi*”, tipe uygun neticenin meydana gelmesiyle taksirli fiilin tipiklik unsurunun gerçekleştiğini savunmaktaydı¹¹⁸.

Yirminci yüzyılın ilk yarısında Alman hukukunda finalist (amaçsal; gayeci) hareket teorisi geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, ceza hukukunda hareket, bilinçli bir amaçla yönlendirilen eylemi ifade etmektedir¹¹⁹. Bir başka deyişle, insan hareketi salt bir doğal nedensel seri olarak anlaşılamaz; bu hareketin hâkim niteliği amaçsal oluşudur¹²⁰. Finalist hareket kuramı, hareketi insanın davranışlarını amaçsal gereklilikler üzerinden şekillendirebilme yeteneği ile tanımlamaktadır. Buna göre hareket, doğal hareket teorisinin benimsediği şekilde, sinir sisteminin kasları uyarması ile başlayan kör bir nedensel seri olarak görülmemektedir¹²¹. Bu görüşün sonucunda, “(harekete yön veren) *bu bilinç, kasttan başka bir şey olmadığından, kast hareketin dışında kalan bir unsur olarak, yani kusurluluğun bir şekli sıfatıyla değil, fakat hareketin içinde ona anlam veren bir husus olarak nazara alınmalıdır.*”¹²²

¹¹⁶ Bu ekole Türk ve Alman ceza hukukunda, “klasik suç sistemi”, “klasik ekol” ve “tasnifçi” ekol de denmektedir. Dönemin düşüncesinde etkin olan pozitivistizmden etkilenecek, Hegelci Alman idealizmine tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. Mehmet Cemil Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, op.cit., s.23-24.

¹¹⁷ Her suçta bir netice bulunduğunu ileri süren görüş için bkz. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.I, İstanbul: Beta, Ocak 1997, s.384.

¹¹⁸ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.183.

¹¹⁹ Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.I, op.cit., s.371.

¹²⁰ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s.32.

¹²¹ Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, op.cit., s.32.

¹²² Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C.I, op.cit., s.371. Suçun manevi unsurunun tipiklik içerisinde incelenmesi, anılan teorisin bir yansımasıdır. Günümüzde bu hareket

Ceza hukukunda, finalist hareket kuramının ardından, neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisi yerine, hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı suç teorisi geliştirilmiştir¹²³. Finalistler, bütün ceza hukuku sorumluluğunun “*dış dünyadaki maddî değişiklik*” anlamına gelen neticeyi temel almasına karşı çıkmakta, “*hareketin olumsuz değeri*” kavramını vurgulamaktadır. Bu nedenle zarar neticesi gerçekleşmeyen fiillerde bile, hareket kendi başına haksızlık muhtevası taşıyabilmektedir¹²⁴.

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini suçun maddî unsurunun bulunmaması ile açıklayan görüş, finalist hareket kuramının verileri çerçevesinde ele alındığında, şu sonuca ulaşmak mümkündür. Salt (iyileşme olgusu nedeniyle) zarar neticesinin bulunmaması, suçun maddî unsurunun bulunmadığını göstermez. Yalnızca hareketin varlığı, haksızlığın gerçekleştirilmesinde yeterli olabilir. Hekimin tıbbî müdahalesi beden bütünlüğünü ihlal edici niteliktedir. Bu nedenledir ki, zarar neticesi müdahalenin başlangıcı ve sonu karşılaştırılarak belirlense bile, tek başına hareketin –hukuka uygunluk sebebi olmayan hallerde- “*haksızlık muhtevasına sahip olduğu*” görülmektedir. Neticenin haksızlık içeriğini yansıtmadığı varsayılsa bile, hareketin (tıbbî müdahalenin) hukukî değeri tehlikeye düşürmesi, finalistlerin deyimi ile hareketin bizzat kendi içinde saklı olan haksızlık muhtevasını göstermekte, dolayısıyla tipiklik oluşmaktadır. Tipe uygun haksızlığın gerçekleşmesi için suçun kanunî tanımında belirtilen şekil ve tarzda hareket veya hareketlerin icra edilmesi gerekir. Dış dünyada icra edilen davranış, kanunî tanıma uygunluk taşımıyorsa, ceza hukuku bakımından önem taşımamaktadır¹²⁵. 5237 sayılı TCK’da, neticenin fiilin alt unsuru olduğu, her suçta netice bulunduğu şeklindeki klasik anlayış terk edilmiş; neticenin fiilden ayrı olarak suçun maddî unsurlarından birini oluşturduğu ve sadece suçun kanunî tanımında unsur olarak yer aldığı hallerde ceza hukuku bakımından

teorisi, Alman hukuk öğretisinde baskın görüş değildir. Buna karşın, kastın suç teorisi içerisinde tipikliğin manevî unsuru olarak ele alınması bakımından ortaya çıkan etkisini, hala baskın görüş olarak sürdürmektedir. Bkz. Hakan Karakehya / Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.III, Sy: 2, 2015, s.16.

¹²³ Hareketin haksızlığı kavramı, Alman hukukçu Welzel’in finalist hareket kuramı ile suç teorisinde yer edinmiştir. “Bu öğretiye göre, sadece dış aleme yansıyan netice (neticenin haksızlığı) değil aynı zamanda bu neticenin gerçekleşmesine yönelik failin icra ettiği gai (amaçsal) hareket de hukuka aykırılık yargısının esasını teşkil etmektedir. Öğreti taraftarı pek birçok yazara göre neticenin ve hareketin haksızlığı (Erfolgs und Handlungsunrecht) eşit değerdedir.” Selman Dursun/ Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFİM**, C.LXXIII, Sy:1, 2015, s.69.

¹²⁴ Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, op.cit., s.33-34.

¹²⁵ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.111.

önem taşıdığı görüşü benimsenmiştir¹²⁶. Dolayısıyla salt olumlu sonuçlanması üzerinden tıbbî müdahalenin tipik olmadığını açıklamak, yürürlükteki hukuk açısından da –tipiklikte vurgunun neticeden harekete kayması nedeniyle- mümkün değildir.

Vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, neticesinde sağlıklı hale erişilse dahi, vücut bütünlüğünü ihlal etmekte ve yaşam hakkını tehlikeye düşürmektedir. Bu hareketin bizatihi kendisi tipiktir; zarar neticesi doğurup doğurmamasının bir önemi yoktur. Bir an zarar neticesinin bulunmadığı varsayılsa bile, zarar neticesi yokluğu, tek başına maddî unsur yokluğunu göstermeye yeterli değildir; teorik açıdan daha “sorunlu” kısım, hukukî değeri tehlikeye düşüren hareketin, tipikliğin maddî unsurunu teşkil etmediğini açıklamaktır. Bu nedenle, tıbbî müdahalelerde tipikliğin maddî (objektif) unsurları daima bulunmaktadır. Ancak hukuka uygunluk nedenleri, tipik fiilin haksızlığını ortadan kaldırmaktadır.

Ele alınan görüşe yönelik *ikinci eleştirimiz*, tıbbî müdahalede zarar neticesinin de çoğunlukla bulunmasına dayanmaktadır.

Tıbbî müdahale her zaman başarılı geçmemekte, dolayısıyla “zarar sonucu” da birçok olayda gerçekleşmektedir. Yine “zarar sonucu” belirlenirken, müdahalenin başı ve sonunun dikkate alınması, süreç içinde hastanın çektiği acıyı veya beden bütünlüğünün zedelenmesini göz ardı etmektedir¹²⁷. Vücut bütünlüğünü ihlal eden müdahalenin her bir evresi tekil olarak ele alınmalıdır. Bu açıdan, tıbbî müdahalelerde çoğu zaman “netice” de haksızlık içeriğini yansıtmaktadır. Eş söyleyişle, hekim tıp bilimine uygun hareket etse bile, hastanın acı duyması ve eza görmesi şeklinde zarar neticeleri sıklıkla doğmaktadır. Bazı hallerde, hastanın ölümü veya ağır maluliyeti ile müdahale sona ermekte, müdahale edilmeden önceki duruma göre daha büyük zarar oluşmaktadır.

Sonuç olarak, “kişinin yararına sonuç doğursa bile, onun beden bütünlüğünü ihlal eden fiil, hangi nedenle hukuka uygundur” sorusuna; “tipikliğin maddî unsurunun olmadığı” şeklinde cevap vermek –sorunun bizzat kendisinin “*ihlal edici*” fiile ilişkin tarifi gereği- mümkün değildir. Çünkü kişi yararına bile olsa, kişiye rağmen veya kişinin rızasıyla bedensel bütünlüğün bir başkası tarafından ihlal edilmesi, modern

¹²⁶ Özgenç, *op.cit.*, s.174-175.

¹²⁷ Erman, *op.cit.*, s.43.

ceza hukuku açısından tipik fiili oluşturacaktır. Ancak hukuka uygunluk nedenleri, tipik fiili oluşturan tıbbî müdahalenin hukuken meşru olduğunu açıklayabilecektir.

B. Suçun Manevî Unsurunun Yokluğu Görüşü

Tıbbî müdahalelerin hukukî niteliğini açıklayan bir diğer görüşe göre, tıbbî müdahalelerde suçun manevî unsuru bulunmamaktadır¹²⁸. Bir diğer deyişle, iyileştirme amacına yönelik olarak icra edilen tıbbî müdahale, suç işleme kastını içermemektedir. Eğer tıp biliminin yerleşik standartlarına riayet edilmezse, taksirli sorumluluk hali söz konusu olabilmektedir. Ama tıp bilimine uygun müdahale, kast bulunmadığından dolayı tipikliğin manevî unsurunu taşımamaktadır.

Manevî unsurun yokluğu görüşünü üç noktada eleştirmektediriz. *Birincisi*, amaç veya saikle, suç işleme kastının karıştırılması doğru değildir. *İkincisi*, her tıbbî müdahalenin iyileştirme amacı içerdiği söylenemez. Bu nedenle iyileştirme amacının kastı kaldırdığı varsayılsa bile, bu görüş tüm tıbbî müdahalelerin hukukî niteliğini açıklayamaz. *Üçüncüsü*, manevî unsur yokluğu görüşünün kabul edilmesi, rızanın temellendirilmesini olanaksız kılar; bu nedenle hastayı nesneleştirme riski taşır.

Ele alınan görüşe yönelik *birinci eleştirimiz*; amaç veya saikle, suç işleme kastının karıştırılması doğru olmamasına dayanmaktadır. Tıbbî müdahalelerde, iyileştirme amacının varlığı nedeniyle, suç işleme kastının bulunmadığı görüşü, amaç ve saik ile kastın karıştırılmasından kaynaklı bir yanılgının sonucudur. Kural olarak, suç tipinde özel olarak aranmadıkça, amaç veya saike, ceza hukukunda itibar edilmez¹²⁹. Dolayısıyla saik gibi, ceza kanunlarınca açıkça atıf yapılmadığı müddetçe bir önem taşımayan hususlara kastı bertaraf edici etki tanınamaz¹³⁰. Ancak tipiklikte bir unsur olarak yer aldığı haller istisnadır; “töre saiki ile” kasten öldürme¹³¹

¹²⁸ Dönmezer / Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II, op.cit.*, s.53.

¹²⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.*, s.317.

¹³⁰ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, op.cit.*, s.99.

¹³¹ Kasten öldürmenin temel şekli bakımından saikin önemi bulunmamakta, fakat sadece bazı nitelikli haller bakımından saike hukukî sonuç bağlanmaktadır. Töre saiki, kan gütme saiki ve bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla suçun işlenmesi halinde, saik ceza sorumluluğunun belirlenmesinde etken olacaktır. Kural olarak saike, suçun unsurları ve oluşumu açısından ceza hukukunda itibar edilmemekle birlikte, suç vasfı tayin edildikten sonra cezanın bireyselleştirilmesinde, TCK m.61/1-g gereğince saik dikkate alınacaktır.

(m.82/1-k) ve “cinsel amaçlı” taciz eden (m.105/1) kişinin ceza sorumluluğunu tayin bakımından amacın aranması gibi. Saik veya amaç, kastı hazırlayan ve kasta öngelen (takaddüm eden) düşüncedir¹³². Bir kişinin, diğer bir insanın bedenine kesici bir aletle belirli genişlik ve derinlikte yara açması halinde; bu hususta suç tipikliği bakımından sadece kast aranmakta olup, suç işleme kastı suçun maddî unsurlarının (olayımızda bedene, kesici aletle müdahalenin) bilerek ve istenerek işlenmesine münhasırdır¹³³. Bu müdahalenin saldırıyı defetme amacıyla yapılması veya iyileştirme amacıyla yapılması, kast bakımından önemli değildir. Fakat tipiklik mevcut olsa da, ilk örnekte meşru savunmanın (m. 25/2), ikinci örnekte de ilgilinin rızasının (m.26/2) koşulları bulunması halinde fiil hukuka uygun hale gelecektir. Bu açıdan bir operatörün, hastayı iyileştirme amacıyla yaptığı cerrahi faaliyet içerisinde, neşterle hastanın vücuduna müdahale etmesi halinde, maddî unsurlar bilerek ve istenerek işlendiğinden dolayı kastın yokluğundan bahsedilemez.

Ele alınan görüşe yönelik *ikinci eleştirimiz*, her tıbbî müdahalenin iyileştirme amacı içermemesidir. Dolayısıyla iyileştirme amacının varlığı nedeniyle, tıbbî müdahalelerde manevî unsurun bulunmadığı görüşü kabul edilse bile; bu görüşün iyileştirme amacı taşımayan tıbbî müdahaleleri açıklaması mümkün değildir.

Günümüzde tıbbî müdahaleler yalnızca iyileştirme amaçlı olarak yapılmamakta; tıbben kabul edilmiş diğer amaçlara yönelik de icra edilebilmektedir. Müdahalenin “*tıbbî*” nitelikte olup olmasını amaç değil, müdahalenin doğal niteliği belirlemektedir¹³⁴. Manevî unsur yokluğu görüşü ise iyileştirme amaçlı olmayan organ nakli ve estetik müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklayamamaktadır¹³⁵. Yine gönüllü insanın üzerinde bilimsel deney, dinî nedenlerle sünnet, isteğe bağlı kürtaj ve sterilizasyon gibi müdahaleler, iyileştirme amacı taşımamakta olmasına rağmen hukuka uygun kabul edilmektedir. Eleştiriye konu manevî unsur yokluğu görüşü, bu müdahaleleri de açıklamakta yetersizdir.

¹³² Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.364.

¹³³ “Bir hastanın bacağına kesen operatör, bir kimsenin cismanî bütünlüğünü ihlal ettiğini bilmekte ve bunu istemektedir ve kast da bu bilmek ve istemekten başka bir şey değildir.” Dönmezer/ Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II**, op.cit., s.54.

¹³⁴ Yener Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.250.

¹³⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.99

Ele alınan görüşe yönelik *üçüncü eleştirimiz*, bu görüşün kabul edilmesinin, rızanın temellendirilmesini olanaksız kılması ve bu nedenle hastayı nesneleştirme riski taşımasıdır.

Kastın bulunmaması görüşünün en önemli pratik sonucu, taksirin söz konusu olmadığı tıbbî standarda uygun müdahale türlerinde, hastayı nesneleştirme riski taşımasıdır. İyileştirme amacının varlığı nedeniyle kastın kalktığı kabulü halinde, hastanın rızası olmaksızın zorla tıbbî müdahale yapılabilmesinin meşrulaştırılması gibi kabul edilemez sonuçlar doğabilecektir. Çünkü amacın, kastı kaldırdığı kabul edildiğinde, tipiklik oluşmadığı için, artık herhangi bir hukuka aykırılık tartışması (hakkın kullanılması, ilgilinin rızası) yapabilmek mümkün olmayacaktır. Bu açıdan, eleştiri konusu görüş, hastanın rızasına yer vermemektedir. Hastanın kendi kaderini tayin hakkı, hastanın yararına bile olsa onun nesneleştirilmesinin mümkün olmamasına yol açar; aksi durum, hastanın hürriyetinin –rızası olmaksızın– kısıtlanması nedeniyle çeşitli suç tiplerini ihlaline (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve cebir gibi) yol açabilecektir.

C. Hukuka Uygunluk Nedeninin Varlığı Görüşü

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini tipikliğin bulunmaması ile açıklayan görüşler dışında, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına dayanarak, tıbbî müdahalenin hukukî açıklamasını yapan görüşler bulunmaktadır. İzleyen kısımda tıbbî müdahalenin hukukî niteliğinin açıklanması için ileri sürülen, kanun hükmünün icrası, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenleri değerlendirilmiştir.

1. Kanun Hükmünü İcra Nedeniyle Hukuka Uygunluk

Tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunu, kanun hükmünü icra ile izah eden görüşe göre, tıbbi müdahalenin tipik fiillerden suçun maddî ve manevî unsuru açısından farkı bulunmamaktadır. Fakat hukuk düzeni, hekime kanunen müdahale yükümlülüğü yüklemiş; hatta bazı hallerde (örneğin TCK m.83 uyarınca garantörlük

yükümlülüğünün doğduğu hallerde) bu müdahalenin gerçekleştirilmemesi suretiyle zarar neticesine (ölüm halinde TCK m.83, yaralanma halinde m.88) sebebiyet verilmesini ihmalî suç olarak yaptırım altına almıştır. Dolayısıyla, hekim hastanın vücut bütünlüğünü ihlal edici fiiliyle, tipikliği ihlal etmekte, fakat kanun hükmünü icra ettiği için fiil hukuka uygun sayılmaktadır. Çünkü hukuk düzeninin bir taraftan izin ve yetki verdiği bir fiilin icrasını, -yasal sınırlar içerisinde kaldığı sürece- bir başka normla yaptırım altına alınması düşünülemez. Hekimliğin uygulanmasına ve tıp öğretimine ilişkin yasal düzenlemeler yapan, sağlık hizmetlerini kuran, işleten ve denetleyen devletin, tıbbî müdahalelere de kanunen izin verdiği söylenebilir¹³⁶.

Kanun hükmünün icrasının teorik açıklaması, hukukî değerlerin karşılaştırılması (yararların tartımı) görüşü ile yapılmaktadır¹³⁷. Buna göre, iki hukukî değer çatışmasının çözümü, ağır basan hukukî değer korunması kanunca üstün tutularak gerçekleşmektedir. Böylece bir hukukî değeri ihlal edici fiil, daha üstün nitelikte bir başka hukukî değeri koruduğu için, kanunî düzenlemeye kavuşturulmuş ve hukuka uygun hale gelmiştir. Öğretide *Dönmezer-Erman*, kanun hükmünün icrasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak teorik izahını “görevin ifa edilmesi” açısından yapmakta; görevin ifasının hem kanun hükmü hem de yetkili amirin hukuka uygun emriyle gerçekleştirilebileceğini, dolayısıyla görevin doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı hallerde kişinin işlediği fiilde hukuka uygunluk sebebi bulunduğunu belirtmişlerdir¹³⁸. Tıbbî faaliyete ilişkin kanunun hükmünün icra edilmesinin, kanunla hekime mesleğini icra etmede hak tanınmasından dolayı, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinden esasta bir farklılık taşımadığı da öğretide ileri sürülmüştür¹³⁹.

Kanun hükmünün, tek taraflı bir şekilde, hastanın rızası koşulu olmaksızın müdahale yapılmasına imkân tanıdığı hallerde, kanun hükmünü icra sebebiyle fiil hukuka uygundur. TCK m.24/1, kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza

¹³⁶ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.87.

¹³⁷ Zeynel Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, Sy:89-90, 2012, s.27-28.

¹³⁸ Dönmezer-Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C.II, *op.cit.*, s.90-91; Özgenç de bu kanaattedir: “Aslında kanunun hükmünün yerine getirilmesinin söz konusu olduğu hallerde, kişi açısından bir görev vardır. Bu itibarla yukarıdaki örneklerde “görevin ifası” veya “görevin yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeninden söz etmek daha doğru olacaktır.” Bkz. Özgenç, *op.cit.*, s.312.

¹³⁹ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.88.

verilmeyeceğini hükme bağlamaktadır. Ancak eski tıp anlayışını yansıtan bir düşünceyle, tüm tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunu kanun hükmünü icra sebebinden hareketle temellendirmek mümkün değildir. Çünkü kanun hükmünü icra, ancak kamu sağlığının veya kamu düzeninin, kendi kaderini tayin etme hakkına üstün tutulduğu, yani kanun tarafından kamu sağlığı/düzeni ile kendi kaderini tayin hakkına ilişkin hukukî değerler arasında ilkinin tercih edildiği belirli spesifik müdahale tiplerinde söz konusu olmaktadır. Bu müdahalelerin özelliği, zorla (rıza olmaksızın) tıbbi müdahale yapılabilmesidir.

Kamu sağlığına ilişkin tıbbî müdahalelerde, hastanın iyileştirilmesine ilişkin bireysel hukukî yarardan ziyade, toplumun korunmasına ilişkin hukukî yarar gözetilmekte, bu nedenledir ki bireyin rızası aranmamaktadır. Kamu düzenine ilişkin müdahaleler ise, tedavi amacıyla değil, suçlunun tespitine ilişkin delil elde etme, kusur yeteneği olmayan akıl hastası faile güvenlik tedbiri uygulamak suretiyle topluma kazandırma gibi kamusal amaçlarla yapılmaktadır. Bu müdahalelerde, suçluların tespitine veya topluma kazandırılmasına ilişkin kamu yararı, bireyin beden bütünlüğüne müdahale edilmesine ilişkin irade özerkliğine üstün tutulmuştur. O halde, bir müdahale doğrudan etki ve sonuçlarıyla yalnızca birey özelinde etki yaratıyorsa, kendi kaderini tayin hakkından dolayı, kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk sebebi söz konusu olmayacaktır. Müdahalenin kamusal etki ve sonuçları baskın, müdahale edilmediği takdirde kamu sağlığı veya düzeninin doğrudan etkilenmesi söz konusuysa, bu halde müdahale meşru dayanağını kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinde bulacaktır. Tıp hukukunda “zorla tıbbi müdahale” teşkil eden bu hallerde, teşhis ve tedaviye yönelik tedbirler, hastanın rızasına bakılmaksızın uygulanacaktır¹⁴⁰.

1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu kolera, veba gibi bulaşıcı hastalıklarda, ilgilinin rızası olmasa bile uygulanabilecek tedbirleri içermektedir. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun, Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü de, kamu sağlığı nedeniyle yapılabilen müdahaleleri içermektedir. CMK’da yer alan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma (m.75-76), TCK m.51/1’de akıl hastalarının, m.51/7’de suç işleyen alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının yüksek

¹⁴⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.244-245.

güvenlikli sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınması, CGTİHK'un 82/2. maddesine göre açlık grevinde veya ölüm orucunda bulunan kimsenin hayatî tehlikeye girmesi veya bilincinin bozulması nedeniyle ve aynı kanunun 82/3. maddesine göre muayene veya tedaviyi reddeden tutuklu/ hükümlünün sağlığının ciddi tehlikeye girmesi veya başkalarının sağlığı için tehlike yaratması halinde yapılan zorla müdahaleler kamu düzeni nedeniyle, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebine dayanılarak yapılabilen müdahalelere örnektir.

2. Hakkın Kullanılması Nedeniyle Hukuka Uygunluk

Hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan menfaate ilişkin bir yapabilme yetkisi olan hak¹⁴¹, ceza hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinden birisidir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesine göre tıp öğrenimi gördükten sonra usulüne uygun bir şekilde diploma alan; aynı kanunun 2. maddesi gereği diploması muteberlik şartlarını haiz olan ve (yalnızca serbest meslek erbabı hekimler yönünden) Tabip Odası'na kaydolma¹⁴² gibi mesleğin icrasının mevzuat tarafından belirlenmiş gerekliliklerini yerine getiren kimse açısından, mesleğin icrası bir sübjektif hak oluşturmakta ve tıbbî müdahalede bulunulması halinde hekim hakkını kullanmaktadır¹⁴³.

Mevzuatın gerekliliklerine uygun olarak edinilmiş hekimlik sıfatı, hekimliğin icrasına yetkili olmak açısından ön koşuldur. Herkesçe yapılabilir ilk yardım müdahaleleri ve mevzuat tarafından izin verilmiş istisnai haller¹⁴⁴ hariç, hekimliğin icrasına yetkili olmayan kişinin müdahalesi, iyileştirme amacı olsa ve sonuç olarak iyileşme neticesi gerçekleşse dahi, vücut bütünlüğüne yönelik etkili eylem teşkil eder¹⁴⁵. O halde, ancak mesleği icra etmeye hakkı olan kişi, belirli müdahaleyi

¹⁴¹ Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s.5.

¹⁴² Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 7. Maddesine göre; "*Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler.*"

¹⁴³ Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II, op.cit.**, s.60.

¹⁴⁴ Örneğin 1219 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası acil tıbbi bakım ve yardımla sınırla olmak üzere Acil Tıp Teknikerleri ilk müdahale yapabilmektedir.

¹⁴⁵ 1219 sayılı Kanun, hem menfaat karşılığı olmasa bile diploması olmayan kişinin müdahalesini; hem de meslekten menedilen hekimin müdahalesini yaptırım altına almaktadır. (m.25-26)

yapmaya yetkilidir¹⁴⁶. Nitekim TCK m.26/1 hakkını kullanan kimseye ceza verilemeyeceğini belirtmekte, madde gerekçesinde söz konusu hakkın kanun, tüzük, yönetmelik ve genelge gibi nizamlara dayanabileceği veya hukuken ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, hekimin tıp bilimini insan üzerinde uygulayarak gerçekleştirdiği tedavi, estetik veya bilimsel amaçlı müdahaleler hakkın kullanılması olarak değerlendirilmektedir.

Devlet tarafından tıp uygulamasının yapılabilmesi için tıp öğrenimi verildiğine, hastane kurulduğuna ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin kanunlar konulduğuna göre, esas olarak tıbbî müdahale hukuka uygundur¹⁴⁷. Hakkın kullanılmasını teşkil etmektedir. Hukuk düzeninin bir taraftan tıbbî müdahalenin sağlanması için sağlık hizmetlerini teşkilatlandırması, hekim yetiştirmesi, diğer taraftan da tüm bu sağlık hizmetinin temel amacı olan tıbbî müdahaleyi hukuka aykırı sayması, hukuk düzeninin tutarlı bir bütün olması ile bağdaşmaz.

Düşüncemize göre, mesleğin icrası, genel ve soyut olarak tıbbî müdahale yetkisi verirken; belirli ve somut bir müdahaleyi temellendirmekte yetersiz kalmaktadır¹⁴⁸. Örneğin savunma hakkının veya ifade özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin böyle bir soyut-genel/somut-tikel ayrımının bir anlamı bulunmamakta iken¹⁴⁹; hekimlik

¹⁴⁶ Hakkın, hukukun kişiye tanıdığı yetki olarak tanımlanması için bkz. Zeki Hafızogulları, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007-2008, s.339.

Öğretide, hak kavramı “hukuken korunan menfaat” şeklinde de tanımlanmakta, yetki kavramı ise kamu gücünü kullanan bir kamu görevlisi tarafından hukukun öngördüğü tarzda yapabilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.408. Hakkın içerdiği kanunen tanınan “yapabilme” unsuru nedeniyle, işbu “yapabilme” imkânını “yetki” kavramıyla karşılamak terminolojik bir gereklilik gibi görünmektedir. Yetki kavramını kamu hukuku haricinde de kullanmak bir ölçüde kaçınılmazdır; bu nedenle egemenliğin kullanımına münhasır “kamu hukukundan doğan yetki”nin “görev” terimi ile karşılanmasının daha isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

¹⁴⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.105.

¹⁴⁸ “... Hekimlik mesleğinin özelliğinin, ancak bu mesleği yerine getiren bir kişinin faaliyetlerinin genel olarak hukuka uygunluğunu açıklayabileceği, buna karşılık belirli bir tıbbi müdahaleden söz ederken, bunu hukuka uygun kılabilmek için özel bazı hukuka uygunluk nedenlerine yine de gereksinim olacağı.../... Zira “hiçbir hekim, sağlıksız görüldüğü düşüncesiyle sokaktan zorla hasta toplayamayacaktır.” Erman, **op.cit.**, s.56.

Hakkın kullanılmasının yeterli olmaması ve hasta özerkliği ve kişisel tercihinin, yani ilgilinin rızasının hukuka uygunluk bakımından en belirleyici ölçüt olduğuna ilişkin bkz. Yener Ünver, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.123-124.

¹⁴⁹ Öğretide Uruşak hakkın icrasının unsurlarını şu şekilde açıklamıştır: “...*Hak sahibi hakkını kullanabilir ve başkalarının buna uygun davranmasını isteyebilir. Hak sahibi hakka saygıyı sağlamak ve onu kullanmak amacıyla zor kullanma imkânına sahiptir. Hakkı yerine getirme yetkisi, kişinin güç kullanma yetkisinin olduğu durumlar ile devlet müdahalesinin olanaklı olmadığı durumlar dışında, hak sahibinin dava açma gücü ile açıklanır.*” Uruşak, **op.cit.**, s.6.

Her ne kadar “zor kullanma tabiri”, izah edilmek istenen duruma tam uymayan şekilde fiziki güç kullanmayı çağrıştırırsa da; asıl ifade edilmek istenen, hakkını icra eden kişinin, karşısındaki kimsenin

mesleğinin icrasında soyut hakkın, belirli bir kişi üzerinde somutlaşması ancak ilgilinin rızası ile mümkün olabilmektedir¹⁵⁰. Hakkın icrası görüşüne taraftar olan *Dönmezer-Erman*, “*Rıza beyanına muktedir bulunan bir hasta mevzu bahis olduğu takdirde de, bu rızanın bulunup bulunmaması hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti bakımından önemli değildir; yeter ki tedavi maksadı bulunsun ve hekim hakkın icrasının objektif ve sübjektif sınırları içinde kalsın*” diyerek hakkın kullanılması görüşünü mantıksal neticesine götürmekte ve rızanın tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu açısından önemi olmadığını ileri sürmektedir¹⁵¹. Aynı görüşte olan *Bayraktar* ise rızanın önemini teslim etmektedir; fakat hakkın kullanılmasına hukuka uygunluğun kuramsal temeli olarak birinci derecede etkenlik vermekte, rızanın ise müdahalenin yapılabilmesi için ön koşul olduğunu ifade etmektedir¹⁵². Bu yaklaşıma müdahaleye ilişkin genel-soyut yetki seviyesinde katılmak mümkündür. Ama belirli ve somut müdahaleye ilişkin olarak hakkın kullanılmasının vurgulanması, günümüzde kabul edilmeyen eski tıp anlayışının ceza hukukundaki izdüşümü sayılmak gerekir. Çünkü hakkın kullanılması görüşü hastayı edilgenleştirme ve hastanın kendi kaderini tayin etme hakkını ikincilleştirme riski taşımaktadır. Bu riskten dolayı, esasen hakkın kullanılması görüşünü savunan *Bayraktar* ve *Keyman*, tıbbî faaliyetlerin hukuka uygunluğunda rızaya da işlev yüklemektedir¹⁵³. Hukuka uygunluk için sadece hakkın kullanılmasına değer vermek,

rıza veya muvafakati olmaksızın tek taraflı bir şekilde hareket edebilmesidir. Tıbbî müdahaleler açısından hakkın icrası görüşünün paternalist niteliği bundan kaynaklanır. Kendi kaderini tayini hakkının varlığı nedeniyle, hakkın icrası görüşü bugün için kabul edilebilir bir görüş değildir.

¹⁵⁰ Koch’a atıfla *Erman*, “...*Hekimin Anayasal bir hakkı olan “mesleğini icra hakkı”nın, belirli bir hastaya müdahale üzerinde sübjektif hak sağlamadığı sonucuna varılmaktadır.*” diyerek, hakkın icrasının, belirli bir hasta üzerindeki müdahalenin hukuka uygunluğunun temellendirilmesinde yetersiz kalışını ifade etmektedir. Bkz. *Erman, op.cit.*, s. 55.

¹⁵¹ *Dönmezer / Erman, Nazarı ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II, op.cit.*, s.61. Yine aynı eserde, tedavi amaçlı olmayan estetik müdahalelerde rızanın şart olduğu, çünkü bu hallerde tedavi maksatlı müdahalelerdekinin aksine mesleki mükellefiyetin icrası söz konusu olmayıp, sadece “*kendisine tanınan bir mezuniyet dolayısıyla hareket eylediğinden*” ilgilinin de rızasının şart olduğunu; buna rağmen bu ihtimalde dahi hukuka uygunluk sebebi hastanın rızası olmayıp, hakkın icrası olduğunu ifade etmektedir. *Ibid.*, s.62.

¹⁵² *Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, op.cit.*, s.107.

Tanımı gereği hukuk düzeninden doğan hakkın, “doğumu” itibarıyla müdahaleye muhatap bireyin iradesine bağlanmasının, teorik açıdan isabetli olmadığını; bu noktadaki izah probleminin, rızaya birincil rol vermek suretiyle kolaylıkla halledilebileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle “ön koşul” niteliğine sahip olan, rıza değil; “mesleği icra etmeye yetkili” olması dolayısıyla hekimin mesleki hakkıdır.

¹⁵³ “*hekimin sorumsuzluğu esasta hakkın icrasına dayanmaktadır. Fakat hekimin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için, kanunda gösterilen istisnâî durumların dışında hastanın rızasını alması gerekmektedir...* Böylece rıza hakkın kaynağını teşkil ettiği gibi hakkın harekete geçirilmesini sağlayan bir unsur niteliği de taşımaktadır.” *Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, op.cit.*, s.107.

hastanın kişiliğini ve iradesini dikkate almamaya ve dolayısıyla zorla tedavi neticesine yol açar. Dolayısıyla yazara göre rıza; “*hakkı tamamlayan*”, “*onun uygulanışını*” sağlayan bir unsur niteliğini taşımaktadır.”¹⁵⁴

Öğretide hastanın kendi geleceğini tayin hakkı karşısından hekimin meslek hakkından söz edilemeyeceği, bireyin kendi yararını en iyi kendisinin takdir edeceği belirtilmektedir¹⁵⁵. Tıbbî müdahaleye ilişkin olarak uluslararası bildirgeler yayınlandıkça, bireyin kendi kaderini tayin hakkı vurgusu ceza hukuku öğretisinde de ağırlık kazanmış, ilgilinin rızası hukuka uygunluğun teorik açıdan odak noktası olarak görülmeye başlamıştır¹⁵⁶.

3. İlgilinin Rızası Nedeniyle Hukuka Uygunluk

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu, müdahaleye tabi tutulan kişinin rızasına bağlayan görüşe göre¹⁵⁷, kişinin kendisini iyileştirmeye yönelik müdahaleye rıza gösterebilmesi, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. Kişi, kendi kaderini tayin hakkına sahiptir; bu nedenle vücut bütünlüğüne yapılacak müdahaleler bakımından gösterdiği rıza, fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırmaktadır¹⁵⁸. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer almayan ve öğretide “*Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Sebepleri*” bahsinde incelenen ilgilinin rızası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 26/2. maddesinde yer almıştır. Buna göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlediği fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*”

Keyman ise hastanın rızasını, “*yetkinin (hakkın) icrasının vazgeçilmez sınırı*” olarak nitelemekte” ve rızanın “*konu ve kapsam bakımından verildiği andaki sınırlar içerisinde*” yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.70.

¹⁵⁴ **Ibid.**, s.107.

¹⁵⁵ Erman, **op.cit.**, s.55.

¹⁵⁶ Biyotıp Sözleşmesinin kişinin bilgilendirilmesi sonucu özgürce vereceği muvafakat ile tıbbi müdahaleye tabi tutulabileceğini, verdiği muvafakatı her zaman geri alabileceğini ifade etmektedir.

¹⁵⁷ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, **op.cit.**, s.77. Ünver de ilgilinin rızasının tıp hukukunda, eylemin hukuka uygunluğunu sağlamak açısından çok önemli ve gerekli olduğunu ifade etmekte, ancak her zaman tek başına yeterli olmayacağını eklemektedir. Bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.229.

¹⁵⁸ Yenisey, rızanın bir “self-determinasyon” unsuru olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.871.

Anılan yaklaşım, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkının kişinin mutlak tasarruf yetkisinde olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Kişinin kendi hayat veya vücut bütünlüğü üzerindeki egemenliğinin “rıza” kurumu ile bir başkasına devredilmesi kabul edilemez¹⁵⁹. Bu durum insanın bir kişi olmaktan çıkıp, bir nesne olması anlamına gelir; hukuk düzeni bu sonucu kabul etmeyecektir. Bir kimsenin, kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını anlayabilmek için intihara teşebbüsün cezalandırılmadığı olgusundan hareket etmek düşünülebilir. Kişinin, kendi hayatına son vermesi veya vücut bütünlüğünü zedelemesi, her ne kadar cezaî sorumluluk doğurmamakta ise de, bu durumun suç politikası mülahazasından kaynaklandığını düşünmekteyiz¹⁶⁰. Fakat kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü üzerindeki egemenliğini devretmesi, kişinin kendi özgürlüğünden ve kişilik hakkından vazgeçemeyeceği yolundaki kural gereği mümkün değildir. Bu kuralın, pozitif hukukta dayanağı, Türk Medeni Kanunu m.23/1-2’de yer alan, *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz”* hükmüdür. Bu nedenledir ki talep üzerine öldürme ve ötanazi gibi, kişinin kendi hayatı üzerindeki egemenliği rızayla bir üçüncü kişiye devrettiği haller, Türk hukuku bakımından tamamlanmış kasten öldürme suçunu teşkil edecektir. Bu eleştiri, ilgilinin rızasına yöneltilen en güçlü eleştiridir. Fakat bu eleştiri sahipleri, kişinin rızasının doğrudan amacının “hayatı ve vücut bütünlüğünü” ortadan kaldırma olmadığını dikkate almamaktadır. Hastanın rızasının verilmesi, tıbben kabul edilen amaçlar (iyileşme, nüfus planlaması vb.) için, endikasyonun (tıbbî, psikolojik, kanunî ve sosyal endikasyon) gerekli kıldığı hallerde ve gerekli ölçüde, tıbbî müdahaleye tabi tutulmaya yöneliktir. Bir başka deyişle, rıza, yaşam veya vücut bütünlüğüne ilişkin “hukukî değerden vazgeçme” anlamına gelmez. Ünver’in ifade ettiği gibi;

“...rızanın varlığı, ilgili hukuksal değerden vazgeçilmesi anlamına gelmeyip, rıza gösterilen kimsenin yalnızca rızanın kapsamında olan eylemine, konu-zaman-araç-yöntem-ilişkin olduğu alan-eylemi gerçekleştirecek kimse-eylemin gerçekleştiriliş biçim ve koşulları v.s. birçok acıdan sınırlandırılmış ve belirli bir davranışın

¹⁵⁹ Erman, **op.cit.**, s.63. Yazar, kişinin kendi eylemi ile kendini tehlikeye düşürmesi veya zarara uğratmasının cezalandırılmamasının sebebini, suç politikası mülahazasında değil; suç tiplerinin ihdasının amacının “başkalarının zarara uğratılmasını yasaklamak” olmasında bulmaktadır.

¹⁶⁰ Zaten intihara teşebbüs etme noktasına gelmiş kimsenin cezalandırılmasının o kimsenin olumsuz ruh haletini bir kat daha kötüleştirmekten başka bir işe yaramayacağından dolayı cezasızlık politikasının tercih edildiği kanaatindeyiz. Aynı istikamette; Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s.212.

icrasıyla o hukuksal değeri (tamamen vazgeçme biçiminde değil) belirli bir sure etki gösterecek bir biçimde ihlaline muvafakat etmektir.”¹⁶¹

Rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması, rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında tasarrufta bulunulmasına bağlıdır¹⁶². Basit yaralama düzeyindeki fiiller için, rızanın fiili hukuka uygun hale getireceğinin kabulü konusunda bir sorun olmamakla birlikte, ağır yaralama (müessir fiil) bakımından durum farklı değerlendirilmektedir. Belirtilen durumda rızanın, genel kabul görmüş ve üstün değere sahip amaç doğrultusunda gerçekleştirilecek harekete yönelik olması halinde, geçerli şekilde fiili hukuka uygun hale getireceği, öğretide ileri sürülen görüşlerden birisidir¹⁶³. Buna göre, ağır yaralama teşkil eden hallerde, mağdurun gösterdiği rıza ve üstün nitelikteki amacın birleşmesi sonucu fiil hukuka uygun hale gelecektir. Tıbben kabul edilmiş amaçlara (iyileştirme, nüfus planlaması, üçüncü kişinin tıbbî yararı) yönelik rızanın, bu açıdan geçerli olduğu ve tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kıldığı kanaatindeyiz.

Rıza teorisine bir diğer eleştiri, rızanın aranmadığı müdahalelerin varlığıdır. Bu kategorideki müdahaleler, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun münhasıran rızaya bağlanmasını güçleştirmektedir. Kamusal yararın üstün tutulduğu belirli müdahale tiplerinde rıza aranmadığı gibi¹⁶⁴, bilincin yerinde olmadığı hallerde yapılan müdahalelerin rıza açısından temellendirilmesi için varsayılan (mefruz) rıza kavramı¹⁶⁵ gibi ek teorik açıklamalar geliştirilmiştir. Kamusal yararın üstün tutulduğu ve müdahalenin yapılmasının bireyin kişisel tasarrufuna bırakılmasının beklenemeyeceği hallerde, müdahale bireyin rızasına bırakılmamış, kişinin kendi kaderini tayin konusundaki irade özgürlüğü kanunla sınırlandırılmıştır¹⁶⁶. Esasen bu

¹⁶¹ Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.234.

¹⁶² Özgenç, **op.cit.**, s.361.

¹⁶³ Özlem Yenerer Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.28-29.

¹⁶⁴ Bu halde, hekim tedavi etmekle yükümlüdür ve fiili aynı zamanda görevin ifasını teşkil etmektedir. Özgenç, **op.cit.**, s.370-371.

¹⁶⁵ Hal ve koşullar, işlenen fiile mağdurun razı olacağını kabule elverişli olduğunda, failin varsayılan rızaya göre hareket ettiği ve bundan dolayı fiilin hukuka uygun olduğuna dair örnekler için bkz. Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II**, **op.cit.**, s.80. Varsayılan rıza ileride daha ayrıntılı olarak izah edilecektir.

¹⁶⁶ Türk hukukunda kendi kaderini tayin hakkının sınırlanması, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimine ilişkin Anayasa’nın 13. maddesinde normatif dayanağını bulur. Anayasa’nın 13. Maddesi “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” hükmü ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanma rejimini belirtmekte, tıbbî müdahaleler bakımından “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” hükmü vücut bütünlüğüne müdahalenin dayanağını oluşturmaktadır.

müdahaleler, kanunen kamusal yararın üstün tutulduğu, dolayısıyla rıza şartının aranmadığı, kanun hükmünün icrası nedeniyle hukuka uygun sayılan hallerdir.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu ve bu nedenle rızanın alınmadığı hallerde, müdahalenin kişinin varsayılan rızası ile hukuka uygun olduğu öğretide ileri sürülmektedir¹⁶⁷. Düşüncemize göre, özel hukuktaki “vekâletsiz işgörme”nin, varsayılan rıza kavramına dönüştürülmek suretiyle, ceza hukukuna bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak ithal edilmesi mümkün değildir. Varsayılan rıza kavramı altında anılan hallerin, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin alt olayı olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Eş söyleyişle, benimsediğimiz varsayılan rıza kavramı, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin kapsamına dâhil edilebilecek bir kavramdır.

Tedavi amaçlı deney, bilimsel amaçlı deneme ve organ ve doku nakilleri gibi bazı özel müdahale tiplerinde, hukuka uygunluğu sağlayan bir takım ek şartlar getirilmiştir¹⁶⁸. Bu şekilde, bilimin gelişmesindeki kamusal yarar ile istismara müsait tehlikeli faaliyet alanlarında rıza şartına ek olarak insan onurunu koruyucu ilave tedbirler alınmasındaki bireysel yararın uzlaştırıldığı bir kanunî formül bulunmuştur. Bu nedenle, işbu müdahaleler bakımından salt rıza hukuka uygunluğu sağlamamaktadır; rıza ile birlikte ek kanunî koşulların yerine getirilmesi gerekir. Bahsi geçen ayırık haller de, rıza üzerinden hukuka uygunluğun temellendirilmesine karşıt sav olarak ileri sürülmüştür. Rızanın belirtilen özellikli müdahaleler bakımından hukuka uygunluğu temellendirmekte yetersiz olduğunu kabul etmekle birlikte¹⁶⁹, diğer hallerde kendi kaderini tayin hakkından dolayı, ilgilinin rızasının tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun teorik temelini teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Kişinin, kamu sağlığının gerektirdiği tıbbi zorunluluklarda kanunla kendi geleceği üzerindeki irade özgürlüğü sınırlanmakta; bu şekilde kanunda yazılı hallerde “rıza olmaksızın” müdahale yapılabilmektedir.

¹⁶⁷ Somut olayda ilgilinin rızasının alınmadığı hallerde, kanunda yazılı olmayan, örf adet hukukuna göre kabul edilmiş varsayılan rıza hukuka uygunluk nedenine göre fiilin hukuka aykırılığının kalktığını ileri süren yaklaşım için bkz. Zeynel Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Sy:4, 2011, s.224 vd. Varsayılan rıza çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıca tetkik edilecektir.

¹⁶⁸ Yazar, bazı hallerde “rıza açıklamasına hukukî değer izafe” edilmesinin, usule ilişkin bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Özgenç, **op.cit.**, s.369.

¹⁶⁹ Yazar, rızanın alınmadığı veya rıza konusu olamayan müdahalelere ilişkin hakkın icrası ve ilgilinin rızasının görüşünün yetersizliği görüşündedir. Bkz. Yenerer Çakmut, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, **op.cit.**, s.120-121.

4. Zorunluluk Hali Nedeniyle Hukuka Uygunluk

Zorunluluk hali, tehlikeye katlanma yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, kendisinin veya başkasının herhangi hakkına yönelik, bilerek sebebiyet vermediği ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunî tipe uygun ve tehlikeyle orantılı fiille ortadan kaldırması halidir¹⁷⁰. Tehlikenin kaynağı doğa olayı ve üçüncü kişi olabilmektedir. Meşru savunmadan farklı olarak zorunluluk halinde, kişinin gerçekleştirdiği tipik fiil, tehlikeyle ilgisi bulunmayan veya tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş kişilere yönelmiştir¹⁷¹.

Rıza verilmesinin olanaksız olduğu durumlarda icra edilen tıbbî müdahalenin, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun olduğu ileri sürülmüştür¹⁷². Bu görüş, bilhassa bilincin kapalı olduğu hallerde kişiye müdahale edilebilmesi bakımından dikkate alınmaya değerdir. Bilincin açık olduğu halde, “kişiye rağmen kişinin kurtarılması” düşüncesini kabul etmek ve rızayı değersizleştirmek suç teorisi açısından mümkün gözükmemektedir. Fakat bilinci kapalı halde bulunan, örneğin kaza sonrası hayatî tehlike altındaki kişiye yapılan müdahalenin, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali ile meşru kılınması öğretide ciddi biçimde tartışılma ihtiyacı duyulan bir husus olmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, zorunluluk halinin hukukî niteliği konusunda ortak kanaat mevcut değildir¹⁷³. Bu konuda öğretide, zorunluluk halinin hukukî niteliğini tek bir hukukî kurumda bulan *tekçi görüşler* ve zorunluluk halinin, hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu kaldıran hal olarak iki ayrı tezahür biçimi olduğunu kabul eden *ayırma teorisi* bulunmaktadır. *Tekçi görüş* de, zorunluluk halinin yalnızca bir hukuka uygunluk nedeni olduğu veya zorunluluk halinin yalnızca bir kusurluluğu kaldıran hal olduğu yönünde iki ayrı görüşü içermektedir.

¹⁷⁰ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1968, s.6-7.

¹⁷¹ Ayşe Nuhoglu, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.34.

¹⁷² Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.229-230; Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.71; Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku, C.II**, Ankara: AÜHF Yayını, 1971, s.43.

¹⁷³ Kusurluluğu kaldıran hal (mazeret sebebi) görüşü için bkz. Özgenç, **op.cit.**, s.412-413. Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü için bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 1992, s.200-201.

Alman Kanun koyucusu tarafından da benimsenen kusurluluğu etkileyen zorunluluk hali ve hukuka uygun sebebi olan zorunluluk hali ayrımını savunan görüşler için bkz. Zeynel Kangal, **Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s.39-45.

Alman hukukunda *ayırma teorisi* kabul görmektedir ve Alman Ceza Kanunu'na bu görüş esas alınmıştır. Buna göre, ağır ve muhakkak tecavüz altında olan ve korunması için harekete geçilen hukukî değer, zarar verilen hukukî değerden önemli ölçüde daha fazla korunmaya layık ise, zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu kabul edilmektedir. Eğer hukukî değerler arasında denklik var ise kusurluluğu kaldıran halden söz edilmektedir¹⁷⁴. Türk Öğretisinde hem hukuka uygunluk sebebi görüşü, hem de mazeret sebebi görüşü taraftar bulmaktadır. CMK m.223/3-b uyarınca yüklenen suçun zorunluluk halinde işlenmesi durumunda sanık hakkında, kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir. Yine TCK m.25'in gerekçesinde zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olduğu tasrih edilmiştir. Zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal sayılması görüşüne taraftar olanlar, yukarıdaki hükümlerden hareketle, görüşlerinin Türk hukukunda pozitif dayanaklarının mevcut olduğunu iddia etmektedirler.

Zorunluluk halinin, hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu kaldıran hal olarak iki ayrı tezahür biçimi olduğunu kabul eden ve Alman kanun koyucusuna esas teşkil eden *ayırma teorisini* kabul etmekteyiz¹⁷⁵. Örneğin, dağ başında donmamak için bir başkasının kulübesinin kapısını kırıp oraya sığınan kişinin faaliyeti veya bilinci kapalı hastanın ölmesini engellemek için onun kendi kaderini tayin hakkını ihlal eden kişinin eylemi, söz konusu hukukî yararlar arasında ağır basan hukukî yarar lehine bir eylem teşkil etmektedir ve hukuken tasvip edilebilir. Çünkü yaşam hakkı ile mülkiyet hakkı veya kendi kaderini tayin hakkı arasında niceliksel değil, niteliksel bir fark ve üstünlük durumu bulunmaktadır. Ancak dağda bir ipe asılı kalan veya batan gemiden sonra ancak tek kişiyi taşıyabilecek bir kayıkta bulunan kişilerin hakları birbirine denktir; hiçbir yaşam diğerinden üstün değildir. Bu halde, kişinin diğerinin hayatına son vermesi hukuken tasvip edilemez. Ancak somut olayda kişinin irade oluşum şartları bakımından mazur görülebileceği ve kişisel olarak kınanamayacağı bir hal vardır; bu haldeki kişiye, hukuka aykırı fiiline rağmen ceza uygulanması cezanın özel önleme ve ıslah amaçlarının yerine gelmesini sağlamaz¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, *op.cit.*, s.486.

¹⁷⁵ Ayırma teorisini savunan yazarların gerekçeleri için bkz. Kangal, **Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, *op.cit.*, s.27-28.

¹⁷⁶ *Gimbernat Ordeig* kendisi zorunluluk halinin sadece hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu ifade etse de, kusurluluğu kaldıran halleri, cezanın özel önleme işlevinin ortadan kalkması ile ceza

Tıbbî müdahalenin icra edilmesine ilişkin olarak zorunluluk halinden söz edilirken, tartışmanın kusurluluğu kaldıran hal olan zorunluluk hali nedeniyle değil, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali noktasından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü tıbbî müdahalenin, bilhassa hayati tehlike içerisindeki üçüncü kişi yararına yapılması halinde, hekimin irade oluşum şartlarına etki eden bir halin varlığından ziyade, ağır basan hukukî yarar değerlendirmesinin etkin olduğu ve fiilin baştan itibaren hukuka uygun olması gerektiğini düşünmekteyiz. Esasen kusurluluğun kaldırılması savının temelinde, işlenen fiilin masum kişiye yönelmesinden dolayı, mecburiyet, tehlike ve orantılılıkla sınırlı uygulanması gereken müessesenin “hukuka uygunlukla” nitelenmesinin yanlış olacağı görüşü yatmaktadır¹⁷⁷.

Hekimin fiilinin üçüncü kişi lehine zorunluluk hali teşkil edip etmemesi bakımından, “masum bir kişinin hakkını feda etmesi” zaten söz konusu olmayacaktır. Burada tartışılması gereken husus, üçüncü kişinin daha üstün nitelikte görülen yararına karşın daha hafif nitelikte ihlalin yapıp yapılamayacağıdır. Bu nedenle, kusurluluğu kaldıran hal olarak zorunluluk hali, hekimin ihlal ettiği menfaat ile koruduğu ağır basan menfaatin aynı kişiye ait olması dolayısıyla daha baştan savunulamaz bir görüştür. Kaldı ki, biz ayırma teorisini savunduğumuz için, ağır basan hukukî yarar hallerinde (acil hallerde yaşam hakkının kendi kaderini tayin hakkına ağır basması) zaten artık kusurluluk tartışması yapılmasının doğru olmadığı, bu hallerin açıkça hukuka uygunluğu sağladığı kanaatindeyiz¹⁷⁸. Tüm bu nedenlerle,

verilmesine yer olmaması üzerinden açıklamaktadır. “Yazarın örneği gereğince, meşru savunmada, kanun meşru savunma fiillerini önlemeye çalışmayı anlamsız bulduğu için değil, aksine bu tür davranışları önlemeye çalışmak istemediği için cezalandırmadan vazgeçmektedir. Buna karşın kusur alanında ise, kanun koyucunun bir yapabilirlik (iktidar) sorununun söz konusu olduğunu belirten Gimbernath Ordeig’e göre, gerçi ceza hukuku akıl hastalarının veya çocukların tipe uygun ve hukuka aykırı fiillerini de önlemek istemektedir, ancak kanun koyucu bu amaca cezalandırma aracılığıyla ulaşamaz, çünkü cezalandırma tehdidinin psikik önleme etkisi bu tür kişilerde başarılı olamayacağı için cezalandırma özel önleme bakımından anlam ifade etmemektedir.”*Ibid.*, s.23.

¹⁷⁷ Tekçi görüşlerden zorunluluk halinin yalnızca “mazeret nedeni” olduğunu savunan görüşlerin çıkış noktası, bir insanın diğer bir masum insanın hakkını feda etmesinin ancak mazeret sebebi olabileceği, tehlikeye katlanmanın veya kendini feda etmenin daha ahlakî sayılması gerektiğinden, zorunluluk hali konusunda herhangi bir “yararlar çatışması” anlayışına dayanılamayacağı olmuştur. Bkz. Faruk Erem/ Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s.584.

¹⁷⁸ Gerekenin bağlayıcılığı bulunmadığından ve CMK m.223’ü benimsediğimiz teoriyle uygun bir şekilde yorumlayarak zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği hallerde, yüklenen fiile ilişkin hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan beraat verilebileceği kanaatinde olduğumuz için, Türk hukuku bakımından da ayırma teorisinin savunulabileceğini düşünmekteyiz. Aynı yönde: Kangal, **Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, op.cit., s.40.

tıbbî müdahalelerin de nitelikleri gereği, “zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygunluk” başlığı altında değerlendirilmesini uygun bulduk.

Kişinin bilinci açık ve müdahalenin hayatî tehlike teşkil etmediği hallerde, müdahaleye rıza verilmesinin Biyotıp Sözleşmesi’nin 5. maddesi uyarınca bir gerekli olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Kişinin kendi kaderini tayin hakkına üstünlük tanındığı, herhangi bir kamusal yarar mülahazasına dayalı tedaviye katlanma yükümlülüğünün söz konusu olmadığı olağan tıbbî müdahalelerde, zorunluluk halinin koşullarının bulunmadığı açıktır. Öncelikle zorunluluk halinin gerektirdiği, başka türlü tehlikeden kaçınma imkânının bulunup bulunmaması şartı bakımından bu müdahaleler zorunluluk hali kapsamına girmez.

Tıbbî endikasyonun varlığının söz konusu olduğu birçok halde, müdahalenin yapılmasının alternatif riski de gözetilerek, tedavi reddedilebilir. Bu durumun hasta bakımından ağır ve muhakkak tehlike teşkil ettiği haller son derece sınırlıdır. Örneğin dizinde disk kayması bulunan bir kimse, ameliyatın olası riskleri ve ameliyat sonrası yatarak bakım sürecinde kendisine ev işlerinde yardım edecek bir yakınının bulunmaması nedeniyle, dizindeki sorunun yarattığı yürüme güçlüğüyle hayatına devam etmeyi tercih edebilir. Bu halde ameliyat olmakta tıbbî endikasyon bulunmaktadır; fakat zorunluluk halinin gerektirdiği ağır ve muhakkak tehlike, başka türlü tehlikeyi defetme imkânının bulunmaması gibi koşullar bulunmamaktadır. Dolayısıyla tıbbî müdahaleler içerisinde bir hayli geniş bir kısmı teşkil eden olağan müdahale türlerinde, hasta müdahalenin alternatif maliyetini, olası riskini değerlendirebilir; bu hallerde zorunluluk halinin koşulları oluşmamaktadır. Bir diğer deyişle, bu hallerde ağır basan hukukî yarar değerlendirmesini yapmaya yetkili kişi rıza vermeye yetkili hasta veya onun kanunî temsilcisidir. Bu ihtimalde hekim, değerler tartımı mülahazasına dayanarak, ağır basan hukukî yararı bizzat belirlemek suretiyle, hastanın rızası hilafına müdahale edemez. Zaten her türlü endikasyon halinin, ceza hukuku anlamında zorunluluk halini oluşturması da mümkün değildir.

Bilinci kapalı ve hayatî tehlike altındaki kimseye yapılacak müdahale bakımından zorunluluk halinin varlığının ağır ve muhakkak tehlike ve başka türlü kurtulma imkânı bulunmamak açısından şartları oluşmuştur. Hastanın bilinci kapalı olduğundan dolayı, ağır basan hukukî yarar değerlendirmesini ancak hekimin yapması beklenebilir. Bu ihtimalde, tartışılması gereken husus; hastanın müdahaleye rızasının olup olmadığının ayrıca araştırılıp araştırılmamasıdır. Ağır basan hukukî

yarar değerlendirmesini yapılırken, hastanın geçmişte bildirdiği bir tıbbî vasiyeti olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Önceden açıklanan istekler de, hasta sonrasında bilinç kaybına uğrasa bile bağlayıcıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/5'e göre; *“Tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.”* Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi de aynı doğrultudadır¹⁷⁹.

Yine yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde, onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbî müdahale için rıza vermesi istenebilmektedir (Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/6). Dolayısıyla hastanın önceden veya tekrarlayan hastalıklarda bilinci açık iken, açık bir irade beyanı ile kendi tıbbî geleceğini belirlemesi mümkündür. Bu ihtimalde, kişinin kendi iradesine rağmen kurtarılması söz konusu olmayacağından dolayı zorunluluk hali koşulları uygulanmaz. Fakat önceden açıklanmış açık irade beyanı bulunmuyorsa, belirli dayanak noktaları üzerinden subjektif iradenin tespiti mümkün olmaz. Bu halde hastanın objektif yararına göre rızası varsayılmalı, zorunluluk hali koşulları uygulanarak, hekim hastası için ağır basan hukukî yarara göre hareket etmelidir.

Bir diğer ihtimal, bilinç kaybı olmasına rağmen, müdahalenin aciliyetinin olmadığı hallerdir. Bu durumda, *“başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak”* zorunluluğu söz konusu olmadığından dolayı, zorunluluk hali hükümleri uygulanmayacaktır. Acil durum söz konusu olmadığından, yapılması gerekli müdahale için hastanın irade açıklayabilecek bir hale gelmesi beklenemez; bu durumu beklemenin hal ve koşullara göre mümkün olmaması halinde, hastayı temsil etmek üzere kanunî temsilci atanması istenecektir. Hayatî tehlike ve hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı söz konusu ise, müdahalenin yapılması için gerekli aciliyet oluşmuştur, dolayısıyla zorunluluk haline dayanarak müdahale icra edilebilir.

Keyman'ın ifade ettiği gibi, *“...zaruret hali, hastanın rızasının aranmasının nedenlerinden birini teşkil eden serbest seçim hakkının sınırlarını gösteren anlamlı*

¹⁷⁹ “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.”

bir kavramdır.”¹⁸⁰ Hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde, hastanın serbestçe tercihte bulunması ve kendi geleceğini belirlemesi mümkün olmayacağından, zorunluluk hali çerçevesinde kendisine müdahale edilecektir. Acil hallerde bilinci kapalı durumdaki hastaya, üçüncü kişi lehine zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenine dayanarak müdahale edilebileceği şeklindeki görüşümüzün, Türk hukukunda pozitif dayanakları da bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/7, hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde zorunluluk halinin koşullarına uygun olarak rıza olmaksızın müdahalenin yapılabileceğini ifade etmektedir:

“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”

Sonuç olarak, hastanın bilinci kapalı olduğu hallerde, ağır ve muhakkak tehlikenin ortaya çıkması (ölüm veya önemli bir organın kaybı veya kalıcı ağır zarar) ve başka türlü defetme imkânının bulunmaması (rızanın alınabileceği zamanın beklenmesinin mümkün olmadığı) halinde yapılan müdahale, hekimin üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde müdahale etmesi nedeniyle hukuka uygundur. Hekim hastanın objektif yararına göre rızasını varsayacak ve hastanın daha fazla korunmaya layık hukukî değerini tespit ederek müdahaleyi icra edecektir.

D. İzin Verilen Risk Nedeniyle Objektif İsnadiyetin Kalkması Görüşü

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini açıklayan görüşler arasında izin verilen risk kavramına başvuran yaklaşımlar da yer almaktadır. İzin verilen risk kavramının, tıbbî müdahaleleri hukukî niteliğini açıklamaya elverişli olup olmadığını saptamak için kavrama ilişkin bazı ön bilgiler vermekte yarar görmekteyiz.

¹⁸⁰ Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.72.

Ceza hukukunda izin verilen risk, objektif isnadiyet değerlendirmesinde bulunulduğunda başvurulmuş bir kavramdır. Bu nedenle kısaca objektif isnadiyeti tanımlamak, suç genel teorisi içindeki yerini belirlemek gerekmektedir.

Şart teorisine göre¹⁸¹, neticenin meydana gelmesinde nedensel olan her sebebin, ceza sorumluluğu dâhilinde düşünülmesi mümkün olmadığından dolayı, sorumluluğun failin eseri ve ürünü olarak faile atfedilebilmesi veya yüklenebilmesi için belirli objektif ölçütlerin sağlanması, diğer bir deyişle objektif isnadiyetin bulunması gerekmektedir¹⁸². Objektif isnadiyet, fiille netice arasındaki bağ olan nedensellikten farklı olarak, neticenin failin fiilinin eseri sayılabilmesi, faile yüklenebilmesidir¹⁸³. Ceza sorumluluğu tespit edilirken önce doğa bilimlerine göre

¹⁸¹ Türk Ceza Hukuku Öğretisinde daha ziyade doğa bilimi anlamında nedensellik savunulmakta iken, nedenselliğin hukukî açıdan yorumlandığı uygun sebep teorisi özel hukuk öğretisinde taraftar bulmaktadır. Doğa bilimi anlamında nedensellik bağı için bkz. Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s.255; Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.120; Özgenç, **op.cit.**, s.176.

Büyük hukuk teorisini Hans Kelsen, hukuk biliminin normatif sosyal bilim olduğunu, olması gerekeni araştırdığını ifade etmektedir. Doğa bilimlerinin merkezinde nedensellik kavramı vardır, bu kavram da determinist bir tasavvuru beraberinde getirmektedir. Hukuk, Teoloji ve Etik gibi normatif bilimlere ise fiillerin sorumluluğunun kime ait olduğunu tespit eden isnadiyet ilkesine dayanır. “İsnadiyeti farklı, fakat nedensellik ilkesine benzer bir ilke olarak tanırsak, bu uzlaşma akılcı bilim alanında mümkün olmaktadır, çünkü birinin sosyal bilimlerde yaptığı şeyi, öteki tabii bilimlerde yapmaktadır. Bu, bize öyle geliyor ki, eski bir sorunun tatminkâr bir çözümüdür. Bu, doğal zaruret ile toplumsal özgürlük arasında mevcut, çözülmesi imkansız, içli—dışlı bir çatışmaya ait sahte bir meselenin çözümüdür.” Bkz. Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, (Çev: Zeki Hafızogulları), **AÜHF**, C.XXXV, Sy:1, 1978, s.227-230.

Türk ceza hukukunda nedenselliği hukukî/normatif kavram olarak kabul eden görüşler de bulunmamaktadır. Erem’e göre, “Mekanik nedensellik başka beşerî nedensellik başkadır. Birincisi değil, ikincisi hukuku ilgilendirir. İnsan şuur ve irade ile donatılmış bir varlıktır. İnsanın bu esas vasfı onunla dış alem arasındaki ilişkilerde ağırlık noktasını teşkil eder.” Bkz. Faruk Erem, “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, **AÜHF**, C.XXV, Sy:3-4, 1968, s.15.

“Ümanist doktrin tabii olayları gözleyerek, olduğu gibi kabul ile hukukta sebebiyet alakasının teşhis ve izah edilemeyeceği kanısındadır. Kaldı ki doğal örnekler hukuk gelişimini de açıklayamamaktadır. Tabii haliyle nedensellik bir gerçektir. Fakat nedenselliğin bu hali onun hukuken kabulü, tanzimi ayrı konulardır. Bu açıdan şartların eşitliği görüşünü tabii hali ile nedensellik diye isimlendirmek mümkündür... Şartların eşitliği teorisinin ifratını gidermek suretiyle tashihi çabaları daima bu teoriyi tercih teorilerine yaklaştırmış, doğal nedensellikten uzaklaşmak lüzumu hasıl olmuştur. O halde hukukî açıdan nedensellik bir “değer hükmü”dür.” **Ibid.**, s.14.

¹⁸² Bu teoriyi savunanlar, tıp hukukunda hem yargı kararları hem de adli tıp raporlarında sıkça karşılaşılan “fail hareketi yapmasaydı netice yine meydana gelecekti” formülünü reddetmekte, “nedenselliğin kesilmesi” kavramının söz konusu olamayacağını, doğa bilimsel bir kavramın içerisine “hukukî değerlendirme”yi katmanın doğru olmadığını, bunun bir sorumluluk konusu olduğunu ve bu nedenle objektif isnadiyetin bulunup bulunmaması olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul: Beta, 1998, s.363-364; Ufuk Toprak, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.VII, Sy: 65, Ocak 2012, s.80 vd. Biz de, anılan yazarların, şart teorisi anlamında nedensel olan etkenlerle, yani fiilin neticeye doğa bilimi anlamında bağlanmasıyla, neticenin failin eseri olarak yüklenebilmesi arasındaki farklılığın gözetilmesi yönündeki görüşlerini, teorik açıdan tutarlı bulmaktayız.

¹⁸³ İsnadiyet değerlendirmesi, “hukukî değerlendirme” ile neticenin faile yüklenebilirliğini belirleme işlevi gördüğü için, objektif isnadiyetle eş anlamlı olarak, yazarın kullandığı gibi, “hukukî

(şart teorisi uyarınca) nedensellik tespit edilecek, daha sonra –kast ve taksire ilişkin manevî unsur değerlendirmesinden önce- hukukî değerlendirme yapılarak neticenin failin eseri olup olmadığı belirlenecektir¹⁸⁴. Objektif isnadiyet teorisi, şart teorisine kusurluluğa gitmeden, tipiklik içerisinde sınırlama getirme ihtiyacından doğmuştur¹⁸⁵. Failin iç durumu ile fiil arasındaki manevî bağ olan suçun manevî unsuru da sübjektif isnadiyet olarak belirlenmektedir¹⁸⁶; fakat kast ve taksir neticenin objektif olarak isnat edilebilirliği belirlendikten sonra değerlendirmeye alınacak unsurlardır.

Toplumsal açıdan yararlı olduğu düşünülen bazı faaliyetlere, belirli hukukî değerler üzerinde risk yaratmasına karşın hukuk tarafından müsaade edilmiştir. Toplumsal hayatın durağanlığa mahkûm edilmemesi ve sürekli gelişimin sağlanabilmesi, bireylerin maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilecekleri hukuken tanınmış hareket serbestîsi alanına sahip olmalarına bağlıdır. İzin verilen risk kavramı da, belirli hukukî değerler üzerinde hukuken müsaade edilen risk yaratma alanını anlatmaktadır. Toplum tarafından hukukî değerler üzerinde risk yaratan bu davranışların doğurabileceği tehlike veya zarar neticesi öngörülmüştür; fakat toplumsal yaşamın gelişmesindeki daha üstün yararlarından dolayı işbu riskler kabullenilmiş, izin verilen risk alanında sayılmış ve ceza sorumluluğunun alanından çıkarılmıştır. Bu kavramın nitelikleri gereği tehlikeli işletmelere (Nükleer tesis, maden işletilmesi vb.) verilen genel faaliyet izni ile karıştırılmaması gereklidir, “neticeyi doğuran somut bireysel hareketin”, genel faaliyet izninden ayrıca değerlendirilmesi ve izin verilen alanda cereyan edip etmediğinin saptanması gerekir¹⁸⁷. İzin verilen riske konu tehlikeli hareketler bakımından, faaliyeti icra edenler, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uysalar bile, zararlı sonuçların meydana gelebileceğini baştan öngörmektedir; ancak belirtilen faaliyet alanının

nedensellik” tabiri de kullanılabilir. Bkz. Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, *op.cit.*, s.86.

Biz bu çalışmada objektif isnadiyet ile hukukî nedenselliği eş anlamlı kullandık. Nedenselliği tek başına kullandığımız yerlerde ise şart teorisi uyarınca “doğal nedenselliği” kast etmekteyiz.

¹⁸⁴ Berrin Akbulut, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.257-258; Veli Özer Özbek, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:5, Aralık 2007, (<https://jurix.com.tr/article/2867>, 15/08/2018), s.1 vd.

¹⁸⁵ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, *op.cit.*, s.127.

¹⁸⁶ *Ibid.*, s.121;

¹⁸⁷ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, *op.cit.*, s.353-354.

(örneğin tıbbî faaliyetlerin) genel toplumsal önemi nedeniyle, işbu faaliyetin bünyesinden kaynaklan risk ve sapma alanları kabullenilmiş ve ceza sorumluluğu dışında tutulmuştur¹⁸⁸.

Teorinin tıp hukuku alanında uygulanmasına taraftar olanlara göre izin verilen risk, objektif isnadiyetle, yani belirli hukukî değerler üzerinde yaratılan tehlike sonucu gerçekleşen ve tipiklikte yasaklanan neticenin faile atıf ve izafe edilip edilemeyeceği ile ilgili bir sorundur. Objektif olarak neticenin isnat edilip edilmemesi, doğa bilimi anlamında nedensel olan şartların, failin egemenlik alanında doğup doğmadığının, ona yüklenebilir veya onun eseri olarak görülebilir olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu açıdan meydana gelen olumsuz neticenin, hekimin fiili ile şart teorisi anlamında nedensel olmasının yanı sıra, hekimin egemenlik alanında doğup doğmadığı, onun eseri ve ürünü sayılıp sayılamayacağı, objektif isnadiyet değerlendirmesi sonucunda belli olacaktır. Dış dünyada doğan netice, failin eseri görülememekte ise, kusurluluk değerlendirmesi yapılmasına gerek kalmayacaktır.

Türk Öğretisinde *Ünver*, basit yaralama (müessir fiil) teşkil eden beden bütünlüğü ihlallerinin, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri kapsamında çözülebileceğini; fakat riskli tıbbî müdahalelerin uygulanması sonucu meydana gelen ölüm veya ağır müessir fiil sonuçlarının, anılan hukuka uygunluk sebepleriyle yeterli bir şekilde izah edilemeyeceği kanaatindedir. Yazara göre, rızaya konu olamayacak hakların söz konusu olduğu veya fiilen rızanın alınması imkânının bulunmadığı bir dizi tıbbî müdahale olayında, “*basit müessir fiil neticesi hariç*”, doğan olumsuz neticeler açısından mevcut rızadan söz edilemez¹⁸⁹. Kısacası izin verilen riskin objektif isnadiyeti kaldırıp kaldırmadığı değerlendirmesinin¹⁹⁰ ceza hukukundaki işlevi için şu iki önerme ileri sürülebilir:

- a. İlgilinin rızası, ancak basit müessir fiili hukuka uygun hale getirebilir. Basit müdahale ile giderilebilir ve takibi şikâyetle bağlı düzeydeki fiiller bakımından, rıza söz konusu olabilirse de, ölüm ve ağır derecede yaralanma neticesine yönelik rıza geçerli olmaz. “*Çünkü bu haklar ve hukukî yararlar*

¹⁸⁸ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.207.

¹⁸⁹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, op.cit., s.355.

¹⁹⁰ İzin verilen riskin tipikliği kaldıran hal, hukuka uygunluk sebebi ve kusurluluğu kaldıran hal olduğu da savunulmakla birlikte, *Ünver* müessesesinin objektif isnadiyeti kaldırdığı kanaatindedir. **Ibid.**, s.360-361.

*rızanın konusunu oluşturmazlar.*¹⁹¹ Dolayısıyla, rıza konu bakımından ancak beden bütünlüğünün basit olarak ihlalini içerebilir; fakat ölüm veya ağır müessir fiil, rızanın konusunu teşkil edemez.

- b. Rızaya konu olamayan beklenmeyen neticelerin (beklenmeyen durum [komplikasyon] sonucu ölüm gibi), maddî unsur (bilhassa nedensellik bağının kurulma veya kesilmesi), manevî unsur veya kusurluluk (objektif özen yükümlülüğüne aykırılık) alanında değil; bu değerlendirmeden önce gelen “objektif isnadiyetin” alanında değerlendirilmesi gereklidir.

Rızanın kişi, konu ve zaman bakımından sınırlı olduğu ve kimsenin bilhassa kendi ölümünü rızaya konu edinemeyeceği hususunda, birinci önermeye katılmaktayız. İkinci önermenin doğruluğu ise, izin verilen risk ile çözümlenecek müstakil bir olay grubunun varlığı halinde söz konusu olacaktır. Öğretide izin verilen risk örneği olarak anılan olayların, uygulamada daha çok nedensellik bağı veya taksirin öngörülme ve önleyebilme ölçütleri ile çözüldüğü görmekteyiz. İzin verilen risk üzerinde düşünülmesi, tartışılması ve olgunlaştırılması gerekli kavram hüviyetindedir¹⁹². Ancak tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu tek başına açıklayabilecek mahiyette olduğunu düşünmemekteyiz. Düşüncemize göre, izin verilen risk ve diğer objektif isnadiyet ölçütlerinin tıp ceza hukukundaki asıl işlevi, komplikasyon ile hekimin kusurlu davranışının birarada gerçekleştiği olayların çözümlenmesidir. Eş söyleyişle, beklenmeyen durum (komplikasyon) – uygulama

¹⁹¹ *Ibid.*, s.187.

¹⁹² İzin verilen riskin tıp ceza hukuku açısından işlevinin temelde, sorumluluğun sınırlanması ve failin egemenliği alanında yer almayan, ancak faaliyetin bizzat kendisinin tehlikeliliği dolayısıyla doğan neticelerin faile yüklenememesi olduğunu belirtmek mümkündür. Fakat burada söz konusu ceza sorumluluğunun sınırını belirleyici kavramsallaştırmanın, gerçek bir kuramsal ihtiyacı ifade edip etmediği de düşünülebilir. Gerçekten öğretideki bazı ceza hukukçularına göre, izin verilen risk, ceza hukuku dogmatğinde belirli ve kendine özgü bir işlev görmemektedir; esasen izin verilen risk örneği olarak gösterilen olaylar, diğer klasik hukuka uygun sebepleri ile veya tipikliğin yorumu ile çözülebilmektedir. Bu sorun büyük ölçüde, bir hukukçunun belirttiği gibi kazanın –veya tesadüfün– izin verilen risk olarak yeniden isimlendirilmesi ve kuramsallaştırılmasından ibarettir. Bu yazarlar, daha önceden çözümsüz kalan ve izin verilen risk teorisi ile ancak çözülebilen bir olay grubunun varlığının söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Bkz. *Ibid.*, s.143-148. Bu görüşün, normalde isnadiyet sorunu olarak görülmesi gerekli birçok hususu nedensellik bağının var olup olmaması – veya kesilmesi- olarak incelediğini, dolayısıyla kaza, tesadüf, mücbir sebep veya mağdurun kusurlu hareketi gibi sebeplerin nedenselliği kestiğini ifade ettiğini belirtmeliyiz. Temelde, kavramsallaştırma farkı, “nedenselliğin kesilmesi” kavramının kabul edilmemesinden veya nedenselliğe farklı anlamlar verilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle pratikte çoğunlukla aynı sonuca ulaşılmaktadır; ihtilaf, nedenselliğin yorumlanma tarzına –doğa bilimi anlamında nedensellik veya belirli normatif kurallarla belirlenen hukukî nedensellik- ilişkindir. Tıp ceza hukuku açısından mesele büyük ölçüde, komplikasyonların hekim sorumluluğu dışında bırakılmasının bazı hukukçular tarafından izin verilen risk, diğerleri tarafından nedenselliğin bulunmaması veya kesilmesi olarak nitelenmesinden ibarettir.

hatası (malpraktis) ayrımının saptanmasında, izin verilen risk ve diğer objektif isnadiyet ölçütleri işlev görebilmektedir.

Ünver, daha yeni tarihli bir çalışmasında, ceza hukukunda tıbbî müdahalelerin artık hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile izah edilmesinden vazgeçilmesi gerektiğini belirtmektedir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun kılınmasının sebebi olarak ise, izin verilen riskin sınırlı işlevi olduğunu ifade etmektedir:

*“Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk veya aykırılığının esas olarak ilgilinin (=hastanın/temsilcisinin) rızası kurumu ile ve bazı sınır olaylar ise izin verilen risk kurumu, hastanın rızası ile birlikte kanuni özel koşullarla ve riskin azaltılması veya güven ilkesi ya da riskin başkasınca üstlenilmesi örneklerinde olduğu gibi fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran nedenlerle açıklanabilir olduğu kabul edilmelidir.”*¹⁹³

Bu açıdan, Ünver de esas olarak hastanın rızasının tıbbî müdahaleleri hukuka uygun kıldığını, izin verilen riskin ise bazı sınır olaylarda işlev gördüğünü belirtmiş olmaktadır¹⁹⁴.

Sonuç olarak, izin verilen risk, tıbbî müdahalelerin hukukî niteliğini tek başına açıklayabilen bir kavram değildir. Düşüncemize göre, izin verilen riskin işlevi, temel olarak uygulama hatası (malpraktis) - beklenmeyen durum (komplikasyon) ayrımında, olumsuz neticenin faile isnat edilip edilemeyeceği noktasında söz konusu olmaktadır¹⁹⁵. İzin verilen risk kavramını kullanmayan yazarlar, sorunu nedensellik bağı aracılığıyla çözmekte veya kusurluluk değerlendirmesine başvurmaktadırlar¹⁹⁶.

¹⁹³ Ünver, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **op.cit.**, s.6.

¹⁹⁴ “İlgilinin rızası, tıp hukukunda, 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 nedeni ile birlikte yeterli olmakta ve izin verilen risk kuramı ile birlikte uygulanması gerekmekte ve nihayet bazen ise hem rıza hem hakkın icrası hem de yetkili bir makamın belirli hukuksal koşullara dayalı kararı gerekmektedir.” Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.229.

¹⁹⁵ Düşüncemize göre, komplikasyon sorununun, objektif isnadiyet alanında değerlendirilmesi, suç genel teorisi açısından daha tutarlı ve elverişli bir çözümü oluşturabilir. Biz, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklayan bir sebep olarak izin verilen riski yetersiz görmekteyiz; ancak tıbbî uygulama hatalarından kaynaklı cezaî sorumluluğun saptanmasında önemli bir işlev görebileceğine katılmaktayız.

¹⁹⁶ Bayraktar izin verilen riski, taksirin ölçütlerinin bir başka yönden ifadesi olarak görmekte ve izin verilen riske müstakil işlev yüklememektedir. Yazara göre, “İzin verilen risk kavramı..., aslında dikkat ve ihtimam vazifesine riayetsizliğin bulunmamasını sağlayan bir unsur olarak belirlemek ve kusurluluk ile birlikte bulunan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebin değişik bir ifadesini teşkil

İzin verilen riskin, tıp faaliyetinin genel olarak hukuka uygunluğunun izah edilmesinden ziyade, uygulama hatası (malpraktis) - beklenmeyen durum (komplikasyon) ayrımında elverişli bir kuramsal araç olabileceğini düşünüyoruz. Çünkü genel olarak tıp faaliyetinin hukuka uygunluğu, yukarıda belirtilen hukuka uygunluk sebepleri ile izah edilmektedir. Fakat tıbbî uygulama hatasının doğurduğu bazı sorunlar, objektif isnadiyet değerlendirmesi yapmayı gerektirebilir. Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık olsa bile, failin egemenliği altında olmayan bir alanda doğan, hareketin tehlikeliliği ile nedensel olan beklenmeyen durum (komplikasyon), faile yüklenememektedir. Salt yükümlülük ihlalinin ayrıca suç teşkil etmediği hallerde, fail işbu beklenmeyen durum nedeniyle ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır. Ceza Genel Kurulu'nun kararında da objektif isnadiyetin belirttiğimiz işlevine atıfta bulunulmuştur:

*"Tıbbi müdahaleler örneğinde olduğu gibi bazı davranışlar "izin verilen risk" ya da "riziko" çerçevesinde yapılmaktadır. Hareketin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmiş olması durumunda netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir. Keza gerçekleşen netice failin hareketiyle tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmiş ise bu durumda da neticenin faile isnat edilmesinden bahsedilemeyecektir. Bunun gibi, sonradan gerçekleştirilen bir fiilin önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi durumunda da önceki eylemi gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesi mümkün olmayacaktır."*¹⁹⁷

etmektedir." Failin iradesi ile oluşmayan, onun egemenliği altında meydana gelmeyen ve ona atfedilemeyen sonuçlar öngörülebilir ve önlenabilir değildir, dolayısıyla taksirden bahsedilemez. Hekimin tıbbî uygulama hatası bulunsu bile sonuca başka bir etken yol açıyorsa artık nedensellik bağının kesilmesinden dolayı hekim sorumlu tutulamayacaktır. Bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.208.

¹⁹⁷ Yargıtay CGK, 2014/12-103 E. 2014/552 K 9.12.2014. T. (<http://kazanci.com>, 19/08/2017) İzin verilen riskin objektif isnadiyeti kaldırmasına atıfta bulunulan kararda, özel daire ile yerel mahkeme arasında uyuşmazlık teşkil eden sorun yine nedensellik bağına atıfla çözülmüştür. Karara konu olan olayda, meydana gelen akciğer embolisi komplikasyondur. İzin verilen risk teorisine göre somut olay değerlendirildiğinde, işbu komplikasyon izin verilen risk alanındadır. Hekimlerin müşahade altına almama suretiyle somut olayda gerçekleştirdikleri objektif özene aykırılığın/yükümlülük ihlalinin, bu yükümlülüğün koruma alanının dışında kalan tesadüfi bir neticeye yol açmasından dolayı ölüm neticesi hekime atfedilememektedir. Ancak salt yükümlülük ihlalinin mağdurda yarattığı sıkıntı/acı nedeniyle, görevi ihmal suçu oluşmuştur. "Doktor olarak görev yapan sanıkların, taksirle yaralanma sebebiyle acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerle ölenin çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri sebebiyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışlarıyla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmali davranışlarının ölüme neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması sebebiyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu sebebiyle gerçekleştiğinin

Anılan kararda, izin verilen risk kavramından söz edilmesine rağmen, sonuca nedensellik bağının yorumlanması suretiyle gidilmiştir. Bu da izin verilen riskin henüz Türk uygulamasında yerleşik kabul kazanmadığını, izin verilen risk örneği olarak anılan olayların nedensellik veya kusurluluk ölçütleriyle değerlendirildiğinin göstergesidir¹⁹⁸.

E. Görüşümüz

Kendi kaderini tayin hakkı, bireysel kendi kaderini tayin hakkının bir görünümüdür. İnsanın amaç olmaklığını zedeleyen, onu araç olmaya indirgeyen ve nesneleştiren, dolayısıyla insan onuruna aykırı olan hiçbir davranış biçimi modern hukuk tarafından korunmaz ve uygun görülmez¹⁹⁹. Bu nedenle hekimin müdahalesi,

birlikte raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu sebeple sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal sebebiyle ölenin ölüm anına kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 2014/12-103 E. 2014/552 K 9.12.2014. T.

¹⁹⁸ Ünver, izin verilen riskin müstakil olarak çözeceği vakaların bulunduğu kanaatinde olmasına karşın, izin verilen riske atıf yaptığı bazı hadiselerde taksirin öngörebilme ve önleyebilme ölçütlerini ön planda tutarak soruna yaklaşmıştır: “Burada önemli iki husustan birisi ceza hukukundaki objektif isnadiyet öğretisi ve sorumsuzluk/ sorumluluk ölçütlerinin uygulamaya geçirilmesi diğeri ise, ortaya çıkan istenmeyen neticenin gerçekten hekim hatası mı olduğu yoksa beklenemeyen, öngörülemeyen, önlenemeyen ve bu nedenle taksir olarak dahi değerlendirilemeyen bir komplikasyonun mu, yoksa bu alana ilişkin izin verilen risk mi olduğunun somut olayda iyi değerlendirilmesidir. Doğal olarak, örneğin işbu hatanın kaçınılmaz bir hekim hatası olması durumunda hukukun tıp mensubundan öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen bir neticeden kişiyi sorumlu tutmayacak, objektif isnadiyet öğretisinin kural ve ölçütleri bunu engelleyecektir.” Bkz. Ünver, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.137-138.

“Ancak dikkat edelim ki, her komplikasyon izin verilen risk olarak kabul edilemez. Komplikasyon terimi tıp alanında daha çok istenmeyen gelişmeleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, bu istenmeyen neticelerin önceden öngörülmesi mümkün iken öngörülmemişse veya ortalama bir hekimden tıbbi standart bazı doğabilecek riskleri öngörme veya önleme ya da doğduğunda meydana getireceği neticeleri giderme veya zarar ya da tehlikesini azaltma için bazı önlemlerin alınmasını emretmesine karşılık hekim bu önlemleri almamışsa, bu durumdan doğan yeni gelişmeler ve olumsuz netice, hekim tarafından istenmeyen olumsuz netice dahi olsa, izin verilen risk alanında görülemez; hekimin bu davranışı taksirli yani özensiz tıbbi müdahale olarak kabul edilerek sorumluluğunun doğacağını kabulü gerekmektedir.” Bkz. Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu” in **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu**, Mersin, Şen Matbaa, 2009, s.154.

¹⁹⁹ “İnsan onuru kavramı bireyin genelde kendi kaderini tayin hakkı ve özelde özgürce tercih yapma hakkı ile doğrudan ilişkilidir ve bu hakkın tıp hukukunda bazı yansımaları ve gereklilikleri vardır. Bu

kişinin veya rıza açıklamaya ehil olmadığı hallerde kanunî temsilcisinin rızasına bağlanmıştır. Bu müdahaleler, ilgilinin rızası sebebiyle hukuka uygundur. İlgilinin rızasının kişi, an ve konu bakımından sınırları bulunmaktadır.

Rızanın içeriği çalışmamızın ilerideki kısımlarında incelenmekle birlikte, şimdilik rızanın yaşam hakkında tasarruf anlamına gelmediğini; sadece usulüne uygun bir müdahaleye ile tıp bilimince kabul edilmiş amaçlara yönelik, tıp biliminin icrası çerçevesinde, beden bütünlüğünü ihlalin, rızanın konusu oluşturduğunu söylememiz mümkündür. Tıbbî müdahaleyi ancak hekim veya yardımcı sağlık personeli icra edebileceğinden, hekimin mesleğini icraya ehil olması önkoşulu, tıbbî müdahalelerde aranmaktadır. Ancak somut müdahaleyi, hastanın rızası hukuka uygun kılmaktadır²⁰⁰. Rıza yeteneği olan hastanın kendi yararını en iyi takdir edebileceği, kimsenin bir erişkinin iradesine rağmen onun daha yararına olanı takdir edemeyeceği, bir başkasının (hekim bile olsa) iradesini dayatarak hastayı nesneleştiremeyeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesinin, kişinin tasarruf edemeyeceği hakları rızasıyla devretmesi anlamına gelmeyeceğini düşünmekteyiz. Düşüncemize göre, tıbbî müdahaleye rıza verilmesi, sadece tıbben ve hukuken kabul edilen iyileştirme, nüfus planlaması, estetik vs. amaçlara yönelik olarak, “*beden bütünlüğünü ihlal*”e rıza verilmesini ifade etmektedir. Kişi, bu amaçlar dışında, mesela hekimin aktif bir eylemiyle ölümü yardım fiiline rıza gösteremez. Müdahalenin yaşam hakkı üzerinde risk yaratması nedeniyle, işbu hukukî değerler üzerinde risk yaratan müdahaleye verilen rızanın, ölüm veya ağır müessir fiil neticelerinde, hukuka uygunluğu açıklamakta yetersiz olduğu şeklindeki gerekçeye katılmıyoruz. Çünkü müdahale, ölüm veya ağır müessir fiille sonuçlanıyorsa;

- i. Tıp kurallarına uygun hareket edilmesine rağmen, öngörülemeyen ve önlenemeyen olumsuz netice meydana gelmiş veya

bağlamda .../... iyileştirme amaçlı yapılırsa ve en iyi başarılı tedavi ile sonuçlansa dahi bireyin rızası olmaksızın yapılan tıbbî müdahalelerin hukuka aykırı ve/veya suç teşkil ettiği kabul edilmelidir.” Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **op.cit.**, s.62.

²⁰⁰ Yazar, hekimin mesleğini “genel olarak uygulayabilmesinin”, kanunların ve genel hukuk düzeninin çizdiği çerçeve içerisinde mümkün olabildiğini, bu nedenle hekimin mesleğinden kaynaklanan koşulların da aranacağını; ancak belirli ve somut bir müdahalenin asıl hukuka uygunluğunu sağlayan unsurun, hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüş için bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, **op.cit.**, s.77.

- ii. Tıp kurallarına aykırı hareket edilmesi sonucu olumsuz netice meydana gelmiştir.

Birinci ihtimalde, rıza hukuka uygunluğu sağlamıştır. Yapılan müdahaleye rıza sonucunda olumsuz riskin gerçekleşme ihtimali, müdahalede umulan yarara binaen, hasta tarafından üstlenilmiştir. Bu durumda ölüm veya ağır müessir fiil neticesinin kendisine değil; tıbben daha iyi bir sonuç alabilmek için “riske düşürülmesine” rıza verildiğinden bahsedilebilir. İkinci ihtimalde ise, rıza “*tıp bilimine uygun müdahaleyle sınırlı*” verildiğinden, hekim tıp bilime aykırı hareket ettiğinde, kendisine tanınan mesleği icra hakkının objektif sınırları dışına çıkmış olur. Hekim, genel hukuk düzeninin kendisine tanıdığı sınırların dışına çıktığında, artık rızanın eylemi hukuka uygun kılması söz konusu olmayacaktır. Olumsuz netice bakımından objektif özene aykırılık nedeniyle, hukuka aykırı hareket edilmiştir.

Kişi, münhasıran kendisiyle ilgili olmayan hukukî değerlere rıza veremeyeceğinden dolayı, kamu sağlığının (zorunlu tedavi halleri; örneğin, UHK m.54, 64 ve 72. vd.) veya kamu düzeninin gerektirdiği hallerde (suçluların tespiti; örneğin, CMK m.75-76 vb.) ağır basan hukukî yarar değerlendirmesini kanun yapmıştır. Bu haller rızaya konu değildir ve açık yasal dayanağın bulunması halinde rıza olmaksızın kişi tıbbî müdahaleye tabi tutulabilir. Hukukî değerler karşılaştırmasının kanun tarafından doğrudan doğruya yapıldığı bu hallerde, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır.

Acil hallerde, hastanın bilinci kapalı olduğundan ve rızasını alma imkânı bulunmadığından dolayı, ağır basan hukukî yararı hekimin bizzat kendisi takdir edecek; zorunluluk halinin koşullarına uygun olarak müdahalede bulunulacaktır²⁰¹. Zorunluluk hali, ölüm veya telafisi imkânsız ağır zarar (örneğin organ kaybı) hallerine münhasır, tehlike ile orantılı müdahaleyi gerektiren bir haldir. Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesinde önceden açıklanmış isteğin dikkate alınmasına ilişkin olarak yer alan, “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu*

²⁰¹ Alman öğretisinde hastanın rızasının alınamadığı duruma ilişkin, hastanın sağlığına ilişkin yararlarının, kendi kararını vermeye ilişkin yararlarından önemli derecede ağır basması hâlinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun mevcut olduğunu ifade eden yaklaşımlar bulunmaktadır. Bkz. Hans-Hermann Heidner, **Die Bedeutung der mutmasslichen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, insbesondere im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs**, Göttingen, 1988, s.163-164. (Aktaran: Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **op.cit.**, s.225)

*istekleri göz önüne alınmalıdır.” hükmü gereği, müdahale yapılırken hastanın önceden açıklanmış iradesi dikkate alınacaktır²⁰². Çünkü ilgilinin bilinci açık olduğu sırada, önceden açıklanmış bir iradesi (tıbbî vasiyet) var ise, artık ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi söz konusu olduğundan dolayı zorunluluk halinin koşullarına başvurulamaz. Zorunluluk hali *ultima ratio* bir hukuka uygunluk sebebidir; ancak diğer hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının mevcut olmadığı yerde uygulanabilir.*

Zorunluluk halinin, oluşabilmesi için;

- i. Hastanın veya kanunî temsilcisinin rıza beyanının alınması imkânının bulunmaması,²⁰³
- ii. Müdahalenin yapılmaması veya rızanın alınabileceği ana kadar geciktirilmesi halinde ağır ve muhakkak zararın doğması ihtimali, (trafik kazasında ağır yaralanan kimsenin veya apandisti patlayan ve bilinci kaybolan hastanın ölmesi ihtimali)

şartlarının yerine getirilmesi gereklidir.

Teorik olarak taraftar olduğumuz görüşün, Türk hukukundaki pozitif dayanağı ise Anayasa’nın 17. maddesinin ikinci fıkrasıdır. “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Buna göre;

- i. Asıl kural: Rızasız tıbbi müdahaleye tabi tutulmamadır. Bu halde hukukî yarar değerlendirmesini yapmaya yetkili kimse, hastanın kendi kaderini tayin hakkından dolayı hastanın kendisi veya kanunî temsilcisidir. Bu halde hukuka

²⁰³ “Örneğin, böbrek taşının alınması için hekime başvuran bir hastanın ameliyatı sırasında böbreğin iltihaplanmış olması sebebiyle alınmasının gerekmesi durumunda, ameliyata son vererek yaranın kapatılması ve daha sonra hastadan rıza alınmasını beklemek, kişiye yarardan çok zarar vereceğinden tıbbî zorunluluk gerekçesiyle ameliyat genişletilebilmektedir.” Mustafa Çeker, “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, (<http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf>), 15/08/2017, s.9.

uygunluk sebebi ilgilinin rızasıdır²⁰⁴ (“...rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”)

- ii. Birinci istisna: Hukukî yarar değerlendirmesinin kanunla yapıldığı hallerde rıza olmaksızın müdahaledir. Bu halde, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi bulunmaktadır²⁰⁵ (“...kanunda yazılı haller”).
- iii. İkinci istisna: Ağır ve muhakkak tehlike halinde, bilinci kapalı hastaya yapılan müdahale bakımından, hukukî yarar değerlendirmesi yapmaya münhasıran hekimin yetkili kılındığı hallerdir. Bu halde yapılan müdahale zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygundur²⁰⁶ (“Tıbbi zorunluluklar...”²⁰⁷)

II. TÜRK HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

İzleyen kısımda, yukarıdaki teorik açıklamalar çerçevesinde pozitif hukukumuzdaki koşullar değerlendirilecektir.

A. Hekimlik Sıfatına Sahip Olunması

1. Türk Hukukuna Göre Hekimliğin Kazanılması

Tıp biliminin uygulanmasına ilişkin esasları, 1219 sayılı Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun düzenlemektedir. Anılan kanunun 1. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde hekimlik yapabilmek için “...tıp fakültesinden diploma sahibi olmak ” gerekmektedir. Aynı kanunun, 30. maddesine göre, “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde dişçilik sanatını icra ve diş tabibi

²⁰⁴ Biyotıp Sözleşmesi m.5-6; Hasta Hakları Yönetmeliği m.5/1-d, 22/1, 24, 25; 1219 sayılı Kanun m.70

²⁰⁵ 1593 sayılı Kanun m.65-72 vd.; 7402 sayılı Kanun m.7; Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü m.25,26,32-b; CMK m.75-76, TCK m.51/1,51/7; 5275 sayılı Kanun m.82/2. vd.

²⁰⁶ Biyotıp Sözleşmesi m.8

²⁰⁷ Görüşümüzden farklı olarak tıbbi zorunluluk tabirini, endikasyon olarak yorumlayan bir görüş de mevcuttur. Karş. Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, in Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.76.

unvanını taşıyabilmek için Türk olmak ve Türkiye Darülfünunu Dışçı Mektebinden diploma almak lazımdır.” Anılan kanunun 2. maddesi uyarınca, zorunlu hizmet ve Sağlık Bakanlığı onayı ve tescili de hekimlik faaliyetinde bulunabilmek için öngörülen koşullardandır.

Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunda, cerrahî müdahalelerin yapılabilmesi için diplomanın yanı sıra, ilgili tıp dalında uzmanlık belgesi²⁰⁸ de aranmaktadır. Anılan kanunun 3. maddesine göre, küçük cerrahi müdahaleler ve erkek çocuklarının sünnet edilmesi için ayrıca uzmanlık sahibi olmaya gerek yoktur, hekim olmak yeterlidir. Dış hekimlerinin faaliyette bulunabilmeleri için diplomanın yanısıra, “*Dışçı Mektebince verilmiş bir ruhsatnameyi hamil*” bulunmaları, Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu’nun 34. maddesinde öngörülmüştür.

2. Yetkili Hekim Koşulu Bakımından Özellik Arz Eden Haller

a. Hekim Olmayan Kişinin Müdahalesi

Hekim olmayan kişi, tıbbî müdahalede bulunmaya yetkili değildir. Bu nedenle, hastanın rızası olsa dahi, hekim olmayan kişi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz; yetkisiz kişinin müdahalesi tipik fiil niteliğini korur. Bu sonucun yanı sıra, Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu’nun 25. maddesi, yetkisiz bir şekilde tedavide bulunmaya cezaî sonuçlar bağlamaktadır. Buna göre; bir kimse diploması olmaksızın hekimlik faaliyeti yürütemez. Anılan kanunun 25. maddesine göre; “*menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır*”²⁰⁹. Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarz-ı

²⁰⁸ “...fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaiî lazimeyi...” (Tababet Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.3)

²⁰⁹ Hekimlik diploması olmayan kişinin işlediği fiilin tedavi mahiyetinde olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınması gerekmektedir: “*Tabip olmayan sanığın, şikayetçinin MMR hastası olan çocuğuna masaj yapma, evde ailesince uygulanacak fizik tedavi hareketleri yaptırma ve bazı kremlerin uygulanması yönündeki eylemlerinin, 1219 sayılı Kanunun 25. maddesinde yazılı "diplomasız olarak hasta tedavi etme" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu alınmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini*

İcrasına Dair Kanunu'nun 41. maddesi de, menfaat amacı olmasa bile yetkisiz/diplomasız dış hekimliği faaliyeti yürütülmesine ilişkin, meslek icrasının durdurulması, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası yaptırımını öngörmektedir.

Diploma, kamu hukukuna dayanan bir yetkiyi içermektedir. Tıp faaliyet alanında, hekimliğin icrasının diploma ve ruhsat gibi şartlara bağlanması, idarenin kamu düzenini sağlama araçlarından olduğundan dolayı²¹⁰, doktorluk diploma ünvan ve isminin bir başkasının kullanmasını ve yararlanmasını amaçlayan devir, kira, satış gibi sayılabilecek benzer türde kurulan tüm sözleşmeler kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına aykırı olup; tarafları bağlamamakta ve bir hak ve borç doğurmamaktadır²¹¹.

Kişi hekimlik icra etme yetkisine sahip değilse, tıbbî müdahaleye rıza söz konusu olmaz; çünkü tıbbî müdahalenin yapılabilmesi için genel hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde hareket edilmeli; bu sınırlar içerisinde belirli bir müdahale için ilgilinin rızası veya zorunluluk hali ya da üstün kamu yararının gözetilmesi (kanun hükmünü icra) gerekli bir hal bulunmalıdır. Dolayısıyla diplomasız hekimlik yapılması, genel hukuk düzeninin tıbbî müdahaleye çizdiği sınırların dışında olduğu için, bu müdahaleye rıza hukuken geçerli değildir. Yetki belgesi olmadan iğne yapan eczacıların, şifalı bitkilerle tedavi uygulayan yetkisiz kimselerin, kırık-çıkıkçı vb. geleneksel yöntem uygulayanların tıbbî müdahalede bulunması genel hukuk düzeninin çizdiği sınırlar dışında olup, hukuka aykırıdır²¹². İşbu müdahalelerde artık rıza hukuka uygunluk sebebi nedeniyle hukuka aykırılığın kalktığından söz edilemez. Bu halde, kasten yaralama veya –ölüm neticesi halinde- kasten öldürme suçunun

gerektiğinin gözetilmemesi,” Yargıtay 19. CD. 2017/4527 E. 2017/9516 K. 13.11.2017 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, 05/04/2018)

²¹⁰ İdarenin, kamu düzenini sağlaması anlamına gelen kolluk faaliyeti çerçevesinde, bir kişiye diploma veya ruhsat verilmesi, “bireysel kolluk işlemleri” olarak mütalaa edilir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku, C.II**, Bursa: Ekin Yayınları, 2003, s. 500.

²¹¹ Karara konu olayda hekime, isim ve ünvanının poliklinikte kalması karşılığı 3.000.000 TL. ücret ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı, sözleşmenin bu hükmüne dayanarak doktorluk ünvanına ve ismine ilişkin uzmanlık belgesinin (diplomanın) davalı şirket polikliniğinde asılmak suretiyle kullanılması karşılığı olan 12.000.000 TL. ücretini talep etmiş, 13. Hukuk Dairesi bu sözleşmeye muhtevanın kamu düzenine aykırılığından dolayı sonuç bağlanamayacağını ifade etmiştir. Yargıtay 13. HD. 1996/5075 E. 1996/5380 K. 30.5.1996 T. (<http://kazanci.com>, 24/08/2017)

²¹² Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbî Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.16-17.

oluşturduğunu da söylemek mümkündür²¹³. O halde, hekim olmayan bir kimsenin tıbbi müdahalede bulunması halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçu ile Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 25. maddesine aykırı fiil (yetkisiz hekimlik suçu) arasında farklı neviden fikrî içtima söz konusu olacaktır²¹⁴.

Mevzuatın yetki tanıdığı hallerde, yardımcı sağlık personeli kendi başına veya hekimin gözetiminde basit tıbbî müdahaleleri yapabilmektedir. Örneğin onkoloji uzmanının verdiği talimat çerçevesinde kanser hastasına kemoterapiyi hemşireler icra etmektedir. Yine acil tıbbi yardım ve bakımla sınırlı olmak üzere acil tıp

²¹³ Yargıtay, hekim olmayan kimsenin müdahalesinin, kişinin sırf hekim olmaması nedeniyle kasıtlı sayılamayacağı görüşündedir:

“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 söz edebilmek 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 hiçbir delil yoktur. Esasen tedavi kasti bir eylem de değildir.

Öte yandan fenni ve bilimsel olmadığı halde sınıkcılık toplumumuzun benimseyip kabul ettiği bir kurumdur. Bu nedenle sanığın eylemi toplumun değer yargıları gözetilerek değerlendirilmelidir.

Bir diğer hususta hiçbir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.” Yargıtay CGK 994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T. (<http://kazanci.com>, 24/08/2017)

²¹⁴ “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 soruşturma yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yargıtay 7. CD 2002/3679 E. 2002/3972 K. 28.3.2002 T. (<http://kazanci.com>, 24/08/2017)

Karar, 1219 sayılı Kanun'un 25. Maddesinin değiştirilmesinden önce (5728 sayılı Kanun'un 22. Maddesi ile değiştirilmiş olup, Resmi Gazete [Sayı: 26781] ile yayın ve ilânı 8 Şubat 2008'tir) verilmiştir. 25. maddenin anılan değişiklik sonrası halinde içtimaa ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından dolayı, TCK m.44'teki genel hüküm uygulanmak suretiyle karardaki ile aynı sonuca varılacaktır.

teknikerlerinin yaptığı müdahale (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.3/2), ayrıca hekim olmayan sağlık personelinin zorunluluk halinde icra ettiği ilk yardım müdahaleleri hukuka uygundur.

b. Yabancı Hekimin Müdahalesi

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesi, Türk sınırları dâhilinde hekimlik yapabilmek için tıp fakültesinden diplomalı olmak şartını içermekte, Türk vatandaşlığına ve Türk Tıp Fakültelerden mezuniyete ilişkin ilave bir koşul içermemektedir. Aynı Kanunun 4. maddesine göre, yabancı ülkeden diplomalı hekimlerin Türk Tıp Fakülteleri müfredatına uygun öğrenim görüp görmedikleri yetkili tıp profesörleri jürisi tarafından belirlenir²¹⁵.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'den²¹⁶ önceki düzenlemede, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. ve 4. maddeleri "*Türk Hekimleri*"nden söz etmekteydi. Anılan KHK'nın 58/8-a ve b hükmüne göre Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 1. maddesi; "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*" şeklinde²¹⁷, 4. maddesinin birinci cümlesindeki "*Türk hekimlerinin*" ibaresi "*hekimlerin*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik, Türkiye'de hekimliğin icrası için Türk vatandaşlığı koşulu kaldırılmıştır.

Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye'de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik²¹⁸, yabancı sağlık mensuplarının Türkiye'de mesleklerini icra etmeleri için gerekli koşulları

²¹⁵ Koşulları taşıyan diplomalar Bakanlıkça onaylanıp kütüğe geçirilir, eksiklik içeren diploma sahipleri ise jüri önünde teorik ve pratik sınava girerler. Eksik ders veya stajları olanlar ise eksiklerini Tıp Fakültesinde tamamlayıp aynı sınava girerler. Başarılı olmaları halinde, Türkiye sınırları dâhilinde mesleklerini icra edebilirler. (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu m.4)

²¹⁶ 02/11/2011 tarihli ve 28103 (mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²¹⁷ 1. maddenin ilk hali; "*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.*"

²¹⁸ 22.02.2012 tarihli 28212 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

düzenlemektedir. Anılan yönetmeliğin 5. maddesine göre Türkiye’de özel sağlık kuruluşlarında çalışabilecek yabancı sağlık mesleği mensubu kişiler, diploma ve/veya uzmanlık belgelerinin denkliği onaylanmış ve Bakanlıkça tescilleri yapılmış bulunmak, mesleğini icra etmesine kanunen engel hali bulunmamak, Türkçe bilmek, ilgili mevzuata göre Türkiye’de çalışma ve ikamet izni almış olmak, hekimler için zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadırlar. Bu kişiler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesine göre, Türk vatandaşı olmadıklarından ötürü, kamu görevlisi olarak hekimlik mesleğini icra edemezler. Hastabakıcı, diş hekimi ve eczacılar, bu yönetmeliğin kapsamı dışında tutulmuştur²¹⁹.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu’na göre²²⁰; serbest çalışan yabancı hekimlerin de Türkiye’de mesleklerinin icrası bakımından hekimlerin meslek kuruluşu olan TTB’ye üyelik yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerekmektedir²²¹.

²¹⁹ 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun’a tabi Türk soylu yabancı hastabakıcı, diş hekimi ve eczacılar da yönetmelik kapsamı dışında olmakla birlikte, anılan Kanun uyarınca Türkiye’de mesleklerini icra edebileceklerdir. Suriye uyruklu hekimlerin, kamuoyunda yanlış olarak Suriyeli “mülteciler” olarak bilinen “Türkiye’de geçici koruma altına alınanlara” hizmet vermek üzere, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından kurulan barınma merkezleri ile Sağlık Bakanlığı’nca koordine edilen ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’nca uygun görülen göçmen sağlığı merkezlerinde çalışmalarını bakımından yukarıda zikredilen belirli koşullar aranmamaktadır (Geçici Madde 1).

²²⁰ m.5/son;"Gerek tabipler ve gerekse bunları istihdam eden bilimüm daire, müessese ve işyerleri, tayin, nakil, işten ayrılma ve sair suretlerle hâsıl olan değişiklikleri en geç 15 gün zarfında mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar." 7. maddesine göre; "Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler. Özel kanunlarında üye olamayacaklarına dair hüküm bulunanlardan mesleklerini serbest olarak da icra edenler; mesleki hak, yetki, disiplin ve sorumluluk bakımından bu Kanun hükümlerine tabidirler."

²²¹ Danıştay’da bu yükümlülüklerin yabancı hekim tarafından yerine getirilmesi gerekliliğinin altını çizmektedir: “Dava konusu maddelerde Yabancı sağlık meslek mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında çalışabilmeleri için sağlamaları gereken şartlar, çalışma başvurusunun nasıl yapılacağı, bu başvuru için gerekli olan belgelerin neler olduğu düzenlenmiştir. İlgili maddelerde yer verilen düzenlemelerde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı bir yan bulunmamakla birlikte, yukarıda yer verilen 6023 sayılı Kanunda belirtildiği üzere, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Yine aynı Kanuna göre, gerek tabipler ve gerekse bunları istihdam eden bilimüm daire, müessese ve işyerleri, tayin, nakil, işten ayrılma ve sair suretlerle hâsıl olan değişiklikleri en geç 15 gün zarfında mahalli tabip odalarına bildirmeye mecburdurlar.

Dolayısıyla, Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında çalışacak olan yabancı sağlık meslek mensuplarının çalışma şartları arasında tabip odalarına üye olma şartının bulunması ve çalışma başvurusunda üyeliğe dair belgenin aranması ve başvurunun bu husus dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yabancı hekimin, hekimlik mesleğini Türkiye’de icra edebilmesi için, anılan mevzuatta yer alan koşullara uyulması gerekir. Bu koşullara uyulmamasının hukukî sonuçlarını belirlemek için öncelikle Tababet ve Şuabatı San’atlarını Tarz-ı İcrasına Dair Kanun’da konuyla bağlantılı olarak yer alan yaptırımları ifade etmekte yarar bulunmaktadır. Anılan kanuna göre, Türkiye’de mesleğini icra etme yetkisi bulunmayan yabancı hekim, hem cezaî hem de idarî yaptırımla karşı karşıya kalacaktır.

Tababet ve Şuabatı San’atlarını Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu’nun 25. Maddesi uyarınca, diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan kişi hakkında cezaî yaptırım öngörülmüştür. Türkiye’de mesleğini icra etme yetkisi bulunmayan yabancı hekimin diploması Türkiye’de hukuken tanınmamaktadır. Bu nedenle yetkisiz tedavi fiilinde bulunması halinde, anılan kanunun 25. maddesi uyarınca cezalandırılır²²². Yetkisiz yabancı hekimin tedavi fiilinde bulunması halinde idarî yaptırım da söz konusu olacaktır. Aynı kanunun 26. maddesine göre, “*Bu Kanunun ahkâmına tevfiқан icrayı sanat salahiyeti olmayan*” yetkisiz hekimin müdahalesi, idari para cezası ile yaptırım altına alınmaktadır.

Bu nedenle 22/02/2012 tarih ve 28212 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 5. ve 6. maddeleri ile Ek-1 sayılı ekinde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık görülmemiştir.” Danıştay 15. D. 2013/10307 E. 2016/2959 K. 27.4.2016 T. (<http://kazanci.com>, 06/09/2017)

²²² Yargıtay da, yetkisiz hekimlik suçunun işlenmesi konusunda sonuca varırken, tıbbî faaliyette bulunan yabancı hekimin diplomasının Türkiye’de denkliğinin bulunup bulunmadığının Yüksek Öğretim Kurulu’na sorulması gerektiğini ifade etmektedir: “*Sanığın savunmasında, Suriye vatandaşı olduğunu, savaştan dolayı geldiği ülkesinde laboratuvar doktorluğu yaptığını, arkadaşı olan diğer sanık ...’nın Suriye’de iken dış hekimliği yaptığını, ...’nın Suriye vatandaşlarına hizmet vermek için dışıyeri açacağını duyduğunu, kendisinin de bu yere bitişik olan bir ambarı tuttuğunu, Suriye’den 1 adet kan tahlili cihazı, 1 adet şeker tahlili cihazı, 1 adet mikroskop, 2 adet sendofuj cihazı getirdiğini ve kiraladığı bu yere koyduğunu, amacının burada Suriye vatandaşlarına parasız hizmet vermek olduğunu, polisler ve sağlık görevlilerinin gelerek malzemeleri aldıklarını, henüz malzemeleri tam olarak tedarik edemediğinden hizmet vermeye başlamadığını beyan etmesi, hakkında 1219 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulan diğer sanığın bu savunmayı teyit etmesi, sanık tarafından kiralanıp kullanıldığı ikrar edilen yerin, diğer sanık olan ... tarafından kiralanarak dış hekimliği faaliyeti için kullanılan yerin eklentisi olduğunun ve bu yerde bulunan malzemelerin münhasıran dış hekimliği için kullanılan malzemelerden olduğuna yönelik bir bilirkişi raporunun dosya içeriğinde bulunmaması ve ayrıca dosya içeriğinde sanığın Suriye Arap Cumhuriyeti Halep Üniversitesi tıp bölümünden mezun olduğuna dair diplomasının bulunması karşısında, sanığa ait hekimlik diplomasının Türkiye’de denklik bakımından karşılığı bulunup bulunmadığı ve sanığın bu diploma ile Türkiye’de tabiplik yapma hakkına sahip olup olmadığı hususunda Yüksek Öğretim Kurulu’ndan görüş sorulması... bu hususların tespitinin ardından sanığın eyleminin 1219 sayılı Kanun’un 25. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmadığı da tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik kovuşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,”*

Yabancı hekimin, hekimlik mesleğini Türkiye’de icra edebilmesi için öngörülen koşullara uymamasının somut tıbbî müdahalenin icrası bakımından doğuracağı hukukî sonuçların da irdelenmesi gerekir. Sadece hekimlik sıfatı bulunan kimsenin uygulayacağı tıbbî müdahaleye rıza göstermek mümkündür. O halde, diplomasının denkliği bulunmayan yabancı hekimin uyguladığı müdahale, Türkiye’de hekimlik faaliyetinde bulunmaya yetkili olmadığından dolayı, hukuka uygunluk nedeninden yoksun ve kasıtlı tipik fiil niteliğindedir²²³.

Yetkisiz yabancı hekimin müdahalesini, yetkili hekim koşulu bulunmadığından hukuka uygunluk sebebinden yoksun saymak, bazı hallerde aşırı ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek bir kabuldür. Olası sakıncaları gidermek için, yabancı hekimin müdahalesi konusunda, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrasında yer alan, haksızlık yanılığı (hukukî hata) hükmünün, bazı olaylarda uygulanabileceği düşüncesindeyiz. TCK m.30/4’e göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmayacaktır. Yabancı hekim, somut olayda icra ettiği fiilin, maddî unsurlarına dair tam bir bilgiye sahip olmasına karşın, fiili yasaklayan normun varlığında veya yorumunda kaçınılmaz yanılığa düşmesi halinde, TCK m.30/4 hükmünden yararlanır²²⁴. Buna göre, diploma denkliği bulunmayan yabancı hekimin, tehlikesi bulunmayan basit bir müdahaleyi, hukuka uygun olduğunu konusunda kaçınılmaz bir yanılığa düşerek gerçekleştirmesi halinde, kusurluluğu bulunmadığından kendisine ceza verilmeyecektir.

²²³ Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay’a göre, “Bir diğer hususta hiçbir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.” Yargıtay CGK 994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T. (<http://kazanci.com>, 24/08/2017). Biz tıbbî müdahalenin tipik fiil niteliğinde olduğunu, yetkili hekim tarafından müdahalede bulunulması ve hastanın rıza göstermesi (istisnâî hallerde kanun hükmünü icra ve zorunluluk hali) nedeniyle hukuka uygun hale geldiğini düşündüğümüzden, yetkili hekim koşulu bulunmadığı takdirde, tipik fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmayacağını düşünmekteyiz. Bu görüşümüzle tutarlı olarak, yetkisiz yabancı hekimin fiilini kasıtlı tipik fiil olarak nitelemekteyiz.

²²⁴ Haksızlık yanılığı için bkz. Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.347-348; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sy:114, 2014, s.145-146.

c. Üstlenme Kusuru

Üstlenme kusuru, önüne gelmiş bulunan hastalığa ilişkin, uzmanlığı olmayan hekimin teşhis veya tedaviyi üstlenmesi şeklindeki kusurlu harekettir²²⁵. Üstlenme kusuru ile hareket eden kişinin hekim sıfatı bulunmakta, ancak somut olayda müdahale edebilecek yetkinliği bulunmamaktadır. Anılan yetkinliğin bulunmamasına karşın, müdahalenin gerekli tıbbî özene aykırı biçimde icra edilmesi halinde, doğan zarar neticesinden hekim sorumlu tutulacaktır. Yetkili hekim koşulu açısından özellik arz etmesi nedeniyle, pratisyen hekimin, asistan hekimin ve başka dalda uzman hekimin tıbbî müdahalede bulunması olasılığını, üstlenme kusuru başlığı altında, bu kısımda incelemekte yarar görmekteyiz.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'a göre, kural olarak bir hekimin, olağan tıbbi müdahalelerde bulunabilmesi için belirli uzmanlık belgesine sahip olması koşulu bulunmamaktadır²²⁶. Çünkü tıbbî uygulama yapılabilmesi için gerekli genel koşul, anılan kanunun 1. maddesi gereği diploma sahibi olmaktır. Ancak belirli müdahale türlerinde ilgili dalda uzmanlık belgesi sahibi olma koşulu da aranmaktadır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 3. ve 23. maddesi uyarınca, cerrahi müdahaleler bakımından uzmanlık aramaktadır. Anılan kanunun 3. maddesine göre; *“Yukarki maddelerde zikredilen tabip diplomasını ve fenni, cerrahi veya şuabatında ihtisas sahibi olduğuna dair işbu kanunun tarifleri dairesinde vesaikî lazimeyi haiz olmıyan hiç bir kimse hiç bir ameliyei cerrahiye icra edemez. Cerrahii sağireye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir.”* Cerrahî müdahaleler bakımından uzmanlık koşulu aranmakla birlikte; anılan kanunun 3. maddesinin 2. cümlesinde, küçük cerrahî müdahalelerin ve sünnetin yapılabilmesi için, cerrahî mahiyet taşımalarına rağmen, herhangi bir uzmanlık belgesi aranmayacağı ifade edilmiştir.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 23. maddesi konuya ilişkin bir diğer önemli hükmü içermektedir. Buna göre;

²²⁵ Yarg. CGK 2017/12-271 E. 2017/278 K. 16.5.2017 T. (<http://kazanci.com>, 23/12/2017)

²²⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.175.

“Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehassıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır. Mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır.”

Belirtilen madde uyarınca, genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük cerrahî müdahaleler bakımından uzmanlık belgesi aranmaktadır. Anılan maddenin 2. cümlesini ise büyük ameliyatların icrası bakımından özel bir zorunluluk hali hükmü olarak değerlendirmek mümkündür. Buna göre, genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük ameliyat niteliğini taşımasına rağmen, uzman bulunması veya getirilmesi mümkün olmayan yerlerde yapılması zorunlu görülen ameliyatlar ile acele ve olağanüstü hallerde yapılacak müdahalelerde uzmanlık koşulu aranmayacaktır. Anılan hallerde, ameliyatı uzman olmayan hekim (pratisyen, asistan veya başka dalda uzman hekim) icra edebilecektir. Uzmanlık koşulunun arandığı başka müdahale tipleri de bulunmaktadır²²⁷.

TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “Yetkinlik Dışı Faaliyet Yasağı” başlıklı 18. maddesine göre; “Hekim tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.” TTB Disiplin Yönetmeliği 4/r hükmüne göre ise; “Acil durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren girişimlerde bulunarak hastaya zarar vermek,” disiplin yaptırımı uygulanması gereken bir fiildir. Dolayısıyla, mevzuatta açıkça uzman hekim tarafından yapılacağı öngörülen müdahalelerin yanı sıra; hekimin, yetkinliği dışında kalan ve özel bilgi, beceri gerektiren her türlü müdahalede bulunması halinde üstlenme kusuru oluşacaktır.

²²⁷ Örneğin, 10.09.1983 tarih 18161 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 507 sayılı Nüfus Planlaması Hizmetlerini Yürütecek Personelin Eğitimi Görev, Yetki Ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmeliğe göre; kadın doğum uzmanlarının rahim içi araç, diyafram uygulamak ve bunları izlemek, on haftaya kadar ve tıbbi zorunluluğa bağlı olan on haftadan sonraki rahim tahliyelerini yapmak, kadınlarda sterilizasyon ameliyatını yapmak, erkekte sterilizasyon ameliyatı yapmak yetkileri bulunmaktadır. Aynı yönetmeliğe göre üroloji uzmanları erkeklerde; genel cerrahi uzmanları da kadında ve erkekte sterilizasyon ameliyatlarını gerçekleştirebilmektedir.

27.10.2014 tarih, 29158 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nde de yalnızca sertifika sahibi hekimlerce uygulanabilen bazı yöntemler bulunmaktadır. Akupunktur, fitoterapi gibi, anılan yönetmeliğin ekinde sayılmış yöntemlerin icra edilmesi için ilgili alanda uygulama eğitimi almış olma koşulu, hekimlik sıfatına ek olarak aranmıştır. Sertifika, hekimlerce alınan uygulama eğitimini belgelendirmektedir.

Bunun istisnası, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği acil ve zorunlu hallerdir.

Uzman olmayan hekim tarafından, uzmanlık koşulunun arandığı belirli bir müdahalede bulunulması durumunda, doğabilecek hukukî sonuçların ifade edilmesinde yarar görmekteyiz. Burada iki ihtimal bulunmaktadır:

- i) Müdahalenin uzman tarafından yapılması gerekliliği mevzuatta ifade edilmiştir.
- ii) Müdahalenin uzman tarafından yapılması gerekliliği mevzuatta açıkça öngörülmemiş olmasına karşın; tıp biliminin gerektirdiği özenli müdahaleyi ancak uzman hekimin sağlayabileceği, uzmanlığa ilişkin bir durum söz konusudur.

Anılan iki ihtimalde de müdahalenin gerektirdiği yetkinliğe sahip olmayan hekimin, müdahalede bulunması söz konusudur. Dolayısıyla üstlenme kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, uzmanlık koşulunun mevzuattan veya tıp biliminin olağan işleyişinden kaynaklanması, sonucu farklılaştırmaz.

Uzman olmayan hekimin, uzmanlığa ilişkin bir konuda, tıbbî müdahalede bulunması halinde, müdahalede bulunan kişi hekim sıfatına sahip olduğundan dolayı, hastanın da rızası bulunması koşuluyla, hukuka uygunluk nedeni varlığını korur. Bir diğer deyişle, salt uzmanlık koşuluna sahip olmama, müdahalenin kasıtlı tipik fiil sayılmasına yol açmayacaktır²²⁸.

Uzman olmayan kişinin müdahalesi halinde, müdahalenin sonucu bakımından iki ihtimal doğacaktır:

- i) Hekim, uzmanlık koşuluna uymamasına rağmen, somut olayda hastaya karşı özen yükümlülüğüne uygun biçimde, tıp biliminin gerektirdiği müdahalede bulunur.
- ii) Hekim, müdahale etme yetkinliği bulunmadığından dolayı, özen yükümlülüğüne aykırı biçimde hastanın zarar görmesine neden olur.

Birinci ihtimalde, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket bulunmadığından cezaî sorumluluk söz konusu değildir. Salt uzmanlık koşuluna

²²⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.178.

uymamak, eğer özensiz müdahaleye yol açmamış ise, tek başına cezaî sorumluluk doğurmayacaktır.

İkinci ihtimalde, hekim yetkinlik dışı müdahalede bulunarak, özensiz hareketiyle hastaya zarar vermiştir. Bu halde, eğer hekimin müdahalesi zorunluluk hali nedeniyle yapılmış ise, cezaî sorumluluk doğmayacaktır. Bu sonuca genel hükümlerden hareketle varmak mümkün olmakla birlikte, kanun koyucu konunun önemi nedeniyle özel hükümlerle bu hususu belirtmiştir. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 23. maddesinde, genel ve lokal anestezi içeren büyük ameliyatlar bakımından, “*mütehassıs bulunması veya celbi mümkün olmıyan mahallerde yapılması zaruri görülen ameliyeler ile ahvali müstacele ve fevkalade bu hükümden müstesnadır*” denilmek suretiyle, zorunlu ve acil hallerde, uzman olmayan hekimin müdahale edebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Diğer müdahaleler bakımından da acil ve zorunlu hallerde, yetkinlik dışı faaliyette bulunmak mümkündür. Yukarıda belirtilen TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 18. maddesi ve TTB Disiplin Yönetmeliği'nin 4/r. maddesi, zorunluluk halinin varlığını, yetkinlik dışı faaliyet yasağının istisnası olarak belirtmişlerdir.

İkinci ihtimalde, zorunluluk halinin koşulları bulunmamakta ise “üstlenme kusuru” nedeniyle, özen yükümlülüğüne aykırı biçimde hastaya verilen zarar, taksirli sorumluluğun konusunu oluşturabilir. Öğretide *Bayraktar*, taksirli hareket biçimlerinden birisi olan *meslek ve san'atta acemiliği*, tıp bilimi ve uygulamasına ayrılmaz derecede bağlı olan temel bilgilerden yoksun olma şeklinde tanımlamakta; uzman olmayan hekimin uzmanlığa ilişkin bir konuda müdahalede bulunmasını, *meslekî acemilik* olarak değerlendirmektedir²²⁹. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Buna göre, üstlenme kusuru nedeniyle, özen yükümlülüğüne aykırı davranış, öngörülebilir ve önlenabilir nitelikte bir zarar meydana getirdiğinde, hekimin taksirli yaralama veya –ölüm neticesi halinde- taksirle öldürmeden sorumluluğu gündeme gelecektir²³⁰. Somut olayda olumsuz sonuç meydana gelmeksizin, salt üstlenme kusurunun varlığı ise taksirli sorumluluk doğurmamakla birlikte, hekimlik meslek etiğine ve kurallarına aykırı sayılıp disiplin yaptırımını ile karşılanabilir.

²²⁹ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, *op.cit.*, s.218.

²³⁰ *Hakeri*, künyesini belirtmediği bir *Adli Tıp Meclisi* kararında, uzman olmayan hekimin uzmanlığa ilişkin bir alanda müdahalede bulunmasının, hekimin “*meslekî acemiliği*” olarak değerlendirildiğini aktarmaktadır. Bkz. *Hakeri*, **Tıp Hukuku**, *op.cit.*, s.177-178.

Sonuç olarak, tıp biliminin uygulanma koşullarını içeren Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, cerrahî müdahaleler dışında, diğer müdahale tipleri için herhangi bir uzmanlık koşulu aramamaktadır. Cerrahî müdahaleler bakımından da, zorunluluk hallerinde uzmanlık koşulu aranmamaktadır. Ayrıca küçük cerrahî müdahalelerde de hekim olmak yeterlidir. Tıp biliminin uygulanmasını düzenleyen temel kanun niteliğinde olan Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'da uzmanlık koşulu, anılan istisnalar dışında bulunmamakla birlikte, tıp biliminin mahiyetinden kaynaklı gelişmelerin de, uzmanlık koşulu aranması bakımından dikkate alınmasında yarar vardır.

Tıp biliminin gelişimi ve uzmanlaşmanın artması nedeniyle, uzmanlığa ilişkin müdahalelerde, uzmanlığın gerektirdiği tıbbi standardı sağlamanın fiilen mümkün olması güç bir ihtimaldir. *Bayraktar*'ın da ifade ettiği gibi, çağdaş tıp biliminin ulaştığı düzey nedeniyle, uzmanlığı gerektiren konularda uzman hekimin müdahale etmesinin gerekliliği kabul edilmelidir²³¹. Olması gereken hukuk açısından bu görüşe katılmaktayız. Bu görüşün, ikincil mevzuatta, özellikle disiplin hukuku açısından bazı yansımalarının bulunduğunu belirtelim. Yukarıda açıkladığımız, TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 18. maddesi ve TTB Disiplin Yönetmeliği'nin 4/r. maddesi, buna örnektir. Zorunluluk halinde ise uzmanlık koşulu aranmayacaktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, uzmanların icra etmesi gerekli olup da, zorunluluk bulunmayan hallerde uzman olmayan hekimlerin icra ettiği müdahale, gerekli tıbbi standardı sağlamadığı takdirde, meslekî acemilik oluşturan bir fiil olarak nitelenecek ve taksirli sorumluluk doğuracaktır²³². Asistan hekimin uzmanlığa ilişkin müdahaleleri de uzman hekimin denetim ve gözetiminde gerçekleştirilecektir; bu halde de asistan hekimin tek başına yapması beklenemeyecek müdahaleleri üstlenmesi ve uzman hekimin denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi taksirli sorumluluk doğuracaktır.

²³¹ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, op.cit., s.117.

²³² Aynı yönde: Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.178.

d. Eğitimin Bir Parçası Olarak Tıp Uygulaması: İntörn Hekim/Öğrencinin Müdahalesi

Tıp öğrenimi yalnızca belirli teorik bilgilerin aktarılması ile sınırlı olmayıp, hekim adayına uygulama becerisi kazandırmayı da hedeflemektedir. Bu nedenle, bilhassa Tıp Fakültesi 6. sınıf öğrencileri, diğer bir deyişle intörn (İng. *Intern*) hekimler, belirli basit tıbbi müdahaleleri icra edebilmektedir. İntörnlük, stajlarını tamamlamış olan öğrencilerin hekimlik mesleğini öğretim üyesi rehberliğinde uygulamalarına olanak veren oniki aylık eğitim dilimini ifade etmektedir²³³. Bu dönem, avukatlık yapabilmek için zorunlu olan avukatlık stajına benzetmekle birlikte, stajyer avukattan farklı olarak intörn hekim henüz tıp diploması almamış kişidir. Tıp öğrencisi, diploma almadan önce, uygulamalı olarak edinmesi gereken hekimlik becerisini, yalnızca kadavra vb. yapay uygulama nesneleri üzerinde değil; hasta üzerinde fiilen müdahale ederek kazanabilir. Bu nedenle uzman hekimin sorumluluk, gözetim ve denetimi altında, hastanın rızasıyla, intörn hekimin tıbbi müdahalede bulunmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır²³⁴.

Tıp bilimi açısından, intörn hekimin tek başına üstlenmesinin beklenemeyeceği karmaşık veya ağır müdahalelerde bulunması halinde, hastanın gördüğü öngörülebilir ve önlenabilir nitelikteki zararlar, intörn hekimin *meslekî acemilik* şeklindeki taksirli fiili nedeniyle, cezaî sorumluluğunu doğuracaktır. Üstlenme kusuru oluşturan bu gibi hallerde, yukarıda uzmanlık dışı müdahale kapsamında yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır.

İntörn hekimin müdahalesinin üstlenme kusuru oluşturduğu hallerde, uzman hekim de denetim ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediğinden veya icra etmesi beklenemeyecek bir müdahaleyi intörn öğrenciye yüklediğinden dolayı, meslekî deneyimin gerektirdiği objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bu nedenle meydana gelen, önlenabilir ve öngörülebilir nitelikteki

²³³ Tıp fakültelerinin eğitim ve sınav yönetmeliklerinde, intörnlük bu şekilde tanımlanmaktadır. Örnekler için bkz. 05.08.2012 tarih, 28375 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Sınav Yönetmeliği, 29.01.2014 tarih, 28897 sayılı, Balıkesir Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim ve Sınav Yönetmeliği.

²³⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.173-174.

zarar neticesinden, taksirli fiiliyle, sorumlu tutulacaktır. Yine, gözetim yükümlülüğü bulunan uzman hekimin, buna ihmal etmesi halinde, TCK m.257/2 uyarınca görevi ihmal nedeniyle sorumlu tutulması mümkündür.

e. Ekip Halinde Müdahaleler

Tıp biliminin gelişmesi, birçok tıbbi müdahalenin uzmanlıklar arası işbirliği gerektirmesine yol açmıştır. Yukarıda anılan birkaç hüküm dışında, uzmanlığa ilişkin müdahalenin uzmanlar tarafından yapılmasını öngören hukukî düzenleme bulunmamaktadır. Fakat tıp biliminin gelişme düzeyi, uzmanlığa ilişkin hususlarda gerekli tıbbî standardın ancak uzman veya uzman gözetiminde asistanın sağlayabileceği bir noktaya gelmesine neden olmuştur. *Hakeri*'nin belirttiği gibi;

*“Hekim hastayı tedavi etmeyi üstlenirken, tıbbî standardı sağlamak konusunda yeterli bilgi, tecrübe ve donanıma sahip olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Hekim bu standardı sağlayamayacağını gördüğü takdirde (...) artık başka hekimlere danışması veya hastayı bir uzmana veya hastaneye havale etmesi gerekir. Hekimin uzmanlık yetkisini aşması durumunda “üstlenme kusuru” söz konusu olur.”*²³⁵

Belirtilen nedenle, sadece mevzuat tarafından belirli uzmanın yapması öngörülen müdahalelerde değil; tıp biliminin eriştiği düzey nedeniyle, uygulanacak tedavide, tıbbî standardın sağlanamayacağı hallerde de üstlenme kusuru doğabilir.

Karmaşık nitelikte bulunan müdahaleler, uzmanlıklar arası işbirliği yapılmasını gerektirmektedir. Uzmanlıklar arası iş birliğinin gerekli olduğu müdahalelerde, ekip halinde müdahaleden bahsedilmektedir²³⁶. *Ünver*'in belirttiği gibi, bilim ve teknoloji alanındaki gelişmeler, birden fazla insanın ekip halinde hareket etmesini, kendi içerisinde uzmanlaşmayı ve bunlardan herbirinin diğerinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getireceğine güvenmesini gerektirmektedir²³⁷.

²³⁵ *Ibid.*, s.376-377.

²³⁶ Tuğrul Katoğlu, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sy:68, 2007, s.29;

²³⁷ Yener Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.881.

Aralarında uyum bulunması gereken davranışlarda (ekip halinde cerrahi müdahale gibi), ilgili bütün kişilerin davranış kurallarına riayet edeceği hususunda her birinin diğerinden beklentisine güven ilkesi adı verilmektedir²³⁸. Ekip halinde müdahale sonucu sorumluluğun belirlenmesinde güven ilkesinden yararlanmak gerekmektedir. Hekim, kendisine düşen faaliyet alanında objektif özen yükümlülüğüne uyduğu takdirde, ekipteki diğer kişilerin –başka dalda uzman veya diğer sağlık personeli-, mesleği usulüne uygun icra ettiği konusunda hekimin duyduğu güven, hukuken korunmaktadır.

Kural olarak, ekip halinde müdahalede, her kişi ancak iş bölümünde kendisine düşen faaliyet bakımından özenli hareket etme yükümlülüğü altındadır²³⁹. Aksi halde, her hekimi, bir diğer kişinin gözetimi ve denetimi ile yükümlü kılmak hem tıp bilimindeki uzmanlaşma gerçekliğiyle, hem de ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile bağdaşmaz. Çünkü bir uzman hekim, diğer uzmanlık dalındaki tıbbi standardı bilmekle yükümlü değildir; çoğu zaman bu fiilen mümkün değildir²⁴⁰. Bir uzman hekimin, bir başka uzmanlık alanındaki tıbbi standartları bilebilseydi, zaten ekip halinde çalışma zorunluluğu duyulmayacaktı. Hekimi, diğer hekimlerin icra ettiği kısımlardan sorumlu tutmak, üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk gibi bugünkü ceza hukukunun kabul etmediği sorumluluk türlerinin ihdas edilmesine yol açar.

TCK'nın 22/5. maddesine göre; “Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.” Esasen bu ifadeye, yer verilmeseydi dahi, ceza sorumluluğunun şahsiliğini belirten AY m. 38/VII ve TCK m.20 hükümleri nedeniyle aynı sonuca varmak gerekirdi.

Objektif özen yükümlülüğü mevzuattan veya ortak tecrübeden kaynaklanmaktadır²⁴¹. Bundan dolayı, tıbbi müdahale uygulanırken, tıp biliminin ortak tecrübesi de özen yükümlülüğü kaynağı olarak gözetilecektir. Tıp dalları

²³⁸ Tullio Delogu, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, **AÜHFD**, C.XXXIX, Sy:1-4, 1982-87, s.123.

²³⁹ Bayraktar’a göre, “Ameliyatı gerçekleştiren ekipteki anesteziist gibi hekimlerin fiillerini cerrah gözetmek yükümlülüğünde değildir, çünkü cerrahinin ulaştığı ileri düzey içinde, hekimin kendi hareketine bağlı olmayan diğer teknik hususları denetleyebilme olanağı yoktur.” Bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.223.

²⁴⁰ Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, **op.cit.**, s. 902.

²⁴¹ Dönmezer / Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, **op.cit.**, s.278.

arasındaki yerleşik iş bölümü de, tıp biliminin ortak tecrübesine dâhil bir husustur. Bu nedenle, özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Taksirin normatif niteliğinden dolayı, belirli objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörülebilir neticenin öngörülmemesi veya istenmemesi sonucu gerçekleşen netice faile yüklenecektir. Bu açıdan güven ilkesi, her kişinin sorumluluğunu, iş bölümünde kendisine düşen alanla sınırladığından; tıp biliminin kabul ettiği işbölümü gereklerine uygunluk göstermektedir.

Güven ilkesi, iş bölümü halinde icra edilen faaliyetlerde, objektif özen yükümlülüğünü sınırlarını göstermekte; böylece her kişi kendi sorumluluk alanına düşen kısım ile ilgili özen göstermekle yükümlü olup, kural olarak ekip arkadaşlarının sorumluluk alanlarına güvenerek hareket edebilmektedir.

Konuyla ilgisi yönünden, ekip halinde müdahalelerde kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde gözetilmesi gereken hususları ifade eden TCK'nın 22. maddesinin gerekçesine değinmekte yarar görmekteyiz. Buna göre;

“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 işleniş 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 tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınamaz.”

Gerekçedeki açıklamalar da dikkate alındığında, TCK 22/5. maddedeki “kusur” terimi ile “taksir”in kast edilmediği, bir kimsenin hareketi ile neticeye nedensel katkısının ifade edilmek istendiği anlaşılmaktadır²⁴². Çünkü ekip halindeki faaliyetlerden sorumluluğun belirlenmesi için öncelikle neticeye hareketiyle neden olan kişi veya kişilerin tespit edilmesi; ardından nedensel katkı taşıyan hareketlerin taksirli olup olmadığının saptanması gerekmektedir²⁴³. Ekipteki kişinin hareketinin

²⁴² Öğretide Ünver bu görüştedir. Yazar, TCK m.22/5'in birinci cümlesinin gereksiz olduğunu, TCK m.20'de ceza sorumluluğunun şahsiliğinin belirtilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedir. TCK m.22/5'in ikinci cümlesinin ise TCK m.61 kapsamında, ceza sorumluluğunun bireyselleştirilmesi kısmında düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, **op.cit.**, s.904.

²⁴³ **Ibid.**, s.901.

neticeye nedensel olup olmadığı saptanmadan, kusur değerlendirmesi yapılması mümkün olmayacaktır.

Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlığa ilişkin olarak belirttiği üzere;

“Diğer yandan birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur.”²⁴⁴

İşbölümü içerisinde, kendisinin üstlendiği kısımda özenli tıbbi faaliyette bulunan kişinin, kural olarak, güven ilkesinden yararlanabileceğini belirttik. Fakat bunun da istisnaları vardır.

Uzman hekimin denetimi ve gözetimi altında faaliyette bulunması gereken asistan veya yardımcı sağlık personeli, özene aykırı müdahalede bulunduğunda; denetim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olan uzman hekim, güven ilkesini gerekçe gösteremez²⁴⁵. Ayrıca, ekipteki diğer kimselerin hukuka aykırı davrandıklarına ilişkin belirli karinelerin ortaya çıkması halinde veya diğer kişilerin hukuka aykırı davranışının objektif olarak öngörülebilir veya önlenabilir olduğu hallerde güven ilkesi uygulanmaz²⁴⁶. Yine ekip halindeki bir faaliyette işbölümü yapılmamış veya hukuka ya da meslek gereklerine aykırı olarak yapılmış ise bu ihtimalde ekipteki diğer kimselerin gerekli önlemleri aldığına ilişkin hekimin güven duyması hukuken korunmayacaktır²⁴⁷.

Ekip şefi cerrahın, denetim yükümlülüğüne koşut olarak, güven ilkesinin uygulama alanı daralmaktadır. Ekip şefi cerrah ameliyattan önce ameliyathanenin cerrahi müdahale gereçlerinin düzenini, durumunu, tıbbi müdahaleye elverişliliğini denetlemelidir. Alman öğretisinde, cerrahın ameliyata katılacak ekip üyelerinin bilgi ve deneyim durumlarını da denetlemek zorunda olduğu da savunulmaktadır. İtalyan Temyiz Mahkemesi, cerrahi müdahale sırasında cerrahın hasta karnında tampon

²⁴⁴ Yarg. CGK 2000/9-104 E. 2000/110 K. 16.5.2000 T. (<http://kazanci.com.tr>, 12/04/2018)

²⁴⁵ Ekip şerfi cerrahın denetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, yardımcı personelin kusurlu fiilinden sorumlu olacağına ilişkin bkz. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.223.

²⁴⁶ Tuğrul Katoğlu, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sy:68, 2007, s.32-33.

²⁴⁷ Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, **op.cit.**, s.890-891.

unutması olayında, ekibi denetleme görevi olmayan anesteziistin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiş; ameliyat sırasında asistanın davranış kurallarına aykırı fiilinden ötürü ise cerrahın denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihmali dolayısıyla sorumlu tutulması istikametinde içtihadta bulunmuştur²⁴⁸.

Yargıtay, ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane anestezi ve reanimasyon uzmanını bu görevlerin hiç birini yerine getirmemesinden dolayı özensiz ve denetimsiz olarak nitelemiş ve asli kusurlu olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, aynı olayda anestezi teknisyenlerinin de;

*“anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azotperoksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında farkedip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konumları itibarıyla Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu”*²⁴⁹

tespitinde bulunmuştur.

Sonuç olarak, güven ilkesi objektif özen yükümlülüğünün sınırlarını belirlemekte; böylece “sorumluluk sahiplerinin her biri sadece kendilerini muhatap alan davranış kurallarına uygun davranmakla”²⁵⁰ yükümlü kılınmaktadır. Bunun için işbölümünün meslek gereklerine veya ilgili mevzuata uygun olması gerekir. Mesleki acemilik şeklindeki taksir, belli bir meslek, sanat ve benzeri faaliyette bulunan kimsenin amaçlarına ulaşması ve başkalarına zarar vermemesi bakımından bilmesi ve uyması gereken meslekî kurallara (*lege artis*) riayetsizlikten kaynaklandığından²⁵¹; kişiler ancak işbölümü içerisindeki yerlerinin gerekli kıldığı davranış kurallarına uymakla yükümlü tutulabilir. Aksi halde gerçek bir işbölümü söz konusu olmayacağı gibi, ceza hukukunun kusur sorumluluğu ve suçun şahsiliği ilkelerine aykırı bir kabule varılmış olacaktır.

²⁴⁸ Katoğlu, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.33-34.

²⁴⁹ Yargıtay 2. CD 1996/268 E. 1996/1025 K. 5.2.1996 T. (<http://kazanci.com>, 14/09/2017)

²⁵⁰ Katoğlu, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.31.

²⁵¹ Delogu, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, **op.cit.**, s.120.

B. Hastanın Aydınlatılmış Rızası

Genel hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde hekimlik yapmaya yetkili olan kişinin, belirli ve somut bir tıbbi müdahale için hastanın rızasını almasının gerekli olduğuna işaret etmiştik. İzleyen kısımda hastanın rızası konusu ele alınacaktır.

1. Genel Olarak

TCK m.26/2'ye göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Rıza, alanı sınırlanmış bir hukuka uygunluk sebebidir. Bazı fiiller bakımından tipikliği kaldıran rıza²⁵², bazı tipik fiiller açısından hukuka uygunluk sebebi olarak işlev görür.

Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesine göre; “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.” Dolayısıyla rıza açıklaması, ancak belirli sınırlar dâhilinde, hukuka aykırılığı kaldırmaktadır. Özel hukukta da, hekime/hastaneye gitmek suretiyle kurulan tedavi sözleşmesi, sonraki müdahaleyi doğrudan hukuka uygun kılmamakta; somut müdahalenin yapılması için hastanın müdahaleye ayrıca rıza göstermesi gerektiği belirtilmektedir²⁵³. Aksi halde, tedavi ediminin ifası hekimden beklenemeyecektir.

Kural olarak, bir kimsenin kendi üzerinde ağır yaralama veya ölüm sonucu doğurabilecek vücut bütünlüğünü ihlal edici fiile rıza göstermesi, bu fiili hukuka uygun kılmaz. Fakat vücut bütünlüğü, kişinin tamamen tasarruf edemeyeceği bir hak değildir; kişinin bu haklar üzerinde sınırlı tasarruf yetkisi vardır. Örneğin bir kimse, dilencilik yapmak için kolunun kesilmesine ya da on haftadan fazla süreli gebelikle ceninin alınmasına rıza gösteremez. Ancak kangren olmuş kolunun, hekim tarafından kesilmesine veya on haftadan önceki gebeliklerde ya da gebelik süresi ne kadar

²⁵² Örneğin, konut dokunulmazlığın ihlali (TCK m.116) fiilinde, rızanın bulunması tipikliği kaldıran bir nedendir.

²⁵³ Zekeriya Kurşat, “Analysis of The Concept of “Consent” In Medical Interventions From a Contract Law Perspective”, **Law&Justice Review**, Year:VII, Issue:14, s.59-60.

olursa olsun anne için hayati tehlike meydana geldiğinde ceninin hekim tarafından alınmasına rıza gösterebilir. Yani vücut bütünlüğüne ilişkin hukukî değer, belirli şartların varlığı halinde, kişinin kendisi tarafından tasarruf edilebilir bir değerdir²⁵⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin tanımlar kısmında rıza; “*Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini*” ifade etmektedir. Hastanın kendi kaderini tayin etme hakkının tıp hukukundaki en önemli görünümü rızadır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 70. maddesine göre²⁵⁵;

“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını 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.”

Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi de, tıbbî müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceğini; bu kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verileceğini ve bu kişinin muvafakatını her

²⁵⁴ Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s.105-106 vd.

²⁵⁵“...iç kulak zarı delik olan davacıya iç kulağa, sirayet edeceği kesin ve giderilmesi mümkün olmayan yan etkilere sahip olan bir ilacın uygulandığı ve önceden aynı etkileri konusunda bilgi verilip onayının alınmadığının davacının samimi beyanlarından anlaşıldığı ve davalı idarenin de bunun aksini öne sürmediği, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatını alırlar” hükmü öngörülmüş ve böylece uygulanacak işlem veya ilacın yan etkileri konusunda hastanın uyarılarak onayının ve gerekli tedbirlerin alınmasının amaçlanmış bulunduğu, öte yandan idarelerin kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödeyeceklerinin Anayasamızın 125. maddesinde hükme bağlandığı, olayda da davalı idarece yapılan uygulama sonucunda davacının bir kulağının tamamen ve tedavisi mümkün olmayacak şekilde, diğer kulağının da ancak işitme cihazıyla duyabilecek ölçüde duyu kaybına uğradığı, başlangıçta bu riskin dikkate alınıp davacının bilgilendirilmediği, hatta kullanılan ilacın isminin dahi gizlendiği dikkate alındığında duyu kaybının hizmet kusuru sonucu oluştuğu ve davacının sürekli, ağır elem ve ızdırap duymasına yol açıldığı kanısına varıldığı, her ne kadar Danıştay kararında Castellani solüsyonunun mantar tedavisi için uygulandığı, sağlık hizmetlerinin riskli bir nitelik taşıdığı ve davacının hizmetten yararlanan konumda olduğu, zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu oluşmadığı belirtilmiş ise de; davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlamada gerekli özenin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulü yönündeki ilk kararda ısrar edilerek bir milyar lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, faiz isteminin ise reddine.../... Bursa 1. İdare Mahkemesinin 10.01.2002 günlü, E: 2001/1664, K: 2002/11 sayılı ısrar kararının onanmasına...” Danıştay İDDGK 2002/716 E. 2003/91 K. 7.3.2003 T. (<http://kazanci.com>, 18/09/2017)

zaman, serbestçe geri alabileceğini hüküm altına almaktadır²⁵⁶. Bu halde, tıbbi müdahaleye rıza konusunda, sınırlı tasarruf yetkisine sahip olan hasta;

- (a) Öncelikle genel hukuk düzeni sınırları içerisinde hekimlik yapmaya yetkili kişi tarafından kendisine müdahale edilmesine rıza verebilir.
- (b) Bu müdahalenin, tıbbî gerekliliğe dayanması gerekir. Müdahaleyi yapan hekim bile olsa, kişi kendi üzerinde tıbbi gerekliliğe dayanmayan, keyfi müdahaleye rıza gösteremez. “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.” hükmünün gereği, beden bütünlüğünü ihlal edici fiil, hekim tarafından, tıbbî gerekliliğe yönelik bir fiildir; ancak böyle bir fiile rıza hukuken geçerlidir. İyileştirme amaçlı müdahalelerde, iyileştirici etki tıbbi endikasyondur. Estetik müdahalelerde psikolojik endikasyon, sünnette sosyal veya sosyolojik endikasyon bulunmaktadır²⁵⁷. Organ veya doku nakli, sterilizasyon, rahim tahliyesi gibi hususlarda ise kanunî endikasyon bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla ancak endikasyon içeren müdahaleye, ilgili kişi rıza verebilmektedir²⁵⁸.

2. Aydınlatma Yükümlülüğü

Rızanın geçerliliği, kişinin kararına dayanak olguları bilmesi, müdahalenin gerekliliğini ve risklerini idrak ederek rıza verilmesine bağlıdır. Bu şekilde verilen rızaya aydınlatılmış/bilgilendirilmiş rıza/onam²⁵⁹ (İng. *informed consent*; Alm.

²⁵⁶ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26. maddesi ve HHY’nin 22.,24. ve 25. maddeleri de Biyotıp Sözleşmesi’ne koştur hükümler içermektedir.

²⁵⁷ Gökcan, **op.cit.**, s.146.

²⁵⁸ Endikasyon gerekliliği TTB Yüksek Onur Kurulu’nun disiplin kararlarına da yansımıştır:

“Pratisyen hekim Dr. A.S, hastalarına Hollanda’dan gelen özel ilaç ve tozlarla zayıflattığını söyleyerek, uygun endikasyonu olmayan ilaç uygulamıştır.

Şikayet üzerine İzmir Tabip Odası tarafından hekim hakkında soruşturma başlatılmış, hastalıkların tanı ve tedavisinde bilimselliği henüz kanıtlanmamış ya da bilim dışı yöntemleri uygulamak ya da önermek eylemini gerçekleştirdiği gerekçesiyle TTB Disiplin Yönetmeliği’nin 5/1 maddesi uyarınca Dr. A.S’nin 15 gün süreyle geçici olarak meslekten men cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.” (<http://www.stetuskop.com/showthread.php?t=4574>, 18/09/2017)

²⁵⁹ Yazar, başkasının yaptığı işlem veya eylemi uygun bulma anlamına gelen ve özellikle de

tercihte bulunanın hak sahibi olmayıp, bir başka üçüncü kişi olduğu izlenimini doğuran “onam” kelimesinin rıza karşılığı kullanılmasının yanlış olduğu kanısındadır. Bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.240.

Bu görüşe Türkçe açısından katılmakla birlikte, sağlık mensuplarının kullanımında yerleşik hale gelmiş “onam” kelimesini, nadir de olsa çalışmamızda kullanmayı tercih ettik.

Einwilligung nach Aufklaerung) denmektedir. Bir diğer deyişle, hastanın aydınlatılması, tıbbi müdahale yapılmadığı takdirde hastanın sağlığını tehdit eden tehlikeler, tıbbi müdahalenin türü, içeriği, ivediliği ve tehlikeleri hakkında hastaya bilgi verilerek hastanın tıbbî müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmesini ifade etmektedir²⁶⁰.

Kişinin doğru bilgiye dayanmayan rızası, irade oluşum koşullarını etkileyen bir faktördür. Dolayısıyla, aydınlatılmamış bir rızanın, hukuken geçerli sonuçlar doğurabilmesi, bir diğer deyişle, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi mümkün değildir. Aydınlatma yükümlülüğünün, özel hukuk açısından dürüstlük kuralı ile vekilin sadakat ve özenli davranma yükümlülüklerinden kaynaklandığı ileri sürülmekle birlikte, bu yükümlülük esasen kendine özgü özellikleri olan mesleki bir yükümlülüktür. Aydınlatma yükümlülüğüne uyulmadan tıbbi müdahalenin icra edilmesi, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yanı sıra vücut dokunulmazlığının da ihlali neticesini doğurur²⁶¹.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesine göre;

“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.”

Bilgilendirmenin içeriğini; teşhis için gerekli tetkikler, yapılması düşünülen müdahalenin, hiç müdahale yapılmamasının ve alternatif müdahalenin riskleri oluşturur. Hekim, müdahalenin tipik tehlikelerini kesinlikle açıklamalıdır. Fakat aydınlatmanın, tüm ayrıntıları, ender beliren zararlı sonuçları ve en uzak riskleri içerecek bir şekilde yapılması zorunlu değildir²⁶².

Hastaya; hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile

²⁶⁰ Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **in Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.32.

²⁶¹ Sibel Adıgüzel, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **TAAD**, Yıl:5, Sy:19, Ekim 2014, s.951.

²⁶² Özsunay, **op.cit.**, s.36; Gökcan, **op.cit.**, s. 150.

hastanın sağığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel beklenmeyen durumlar (komplikasyon), reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceğı hususlarında bilgi verilir (Hasta Hakları Yönetmeliğı m.16). Örneğın cerrahi müdahale öncesi cerrah; girişimin türü ve boyutu, tekniğı, zamanı, operasyon öncesi ve sonrası (*pre ve post-operatif*) uygulamalar konusunda bilgi vermeli ve hastanın sorularını yanıtlamalıdır. Anesteziist ise seçilebilecek anestezi yöntemleri ve bunların tipik riskleri, operasyon öncesi sıvı, gıda ve nikotin yoksunluğu (diyeti) ve operasyon sonrası bakım ve tedaviye ilişkin bilgi vermelidir²⁶³.

Alternatif seçeneklerin belirtilmesi açısından somut olayın barındırdığı riskler önem taşımaktadır. Örneğın sezaryan olanağının varlığı hususunda aydınlatma yükümlülüğü, her doğumda söz konusu olmayıp; yalnızca normal doğumun riskini artıran veya sezaryanı gerektiren nitelikte tıbbi bulguların saptandığı olaylarda, aydınlatma yükümlülüğü sezaryanla doğum olanağını içermek zorundadır²⁶⁴.

Mevcut durumun, açıklıkla, kişinin anlayabileceğı şekilde ifade edilmesi, müdahalenin gerekliliğı konusunda hastanın karar oluşturması açısından önemlidir. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalı, hastaya verilecek bilgiler, hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir (Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları m.26/1-2,3; Hasta Hakları Yönetmeliğı m.18/1).

Bilgilendirme, en geç müdahale anına kadar yapılabilir. Müdahale sonrası verilen icazetin ceza hukukunda geçerliliğı bulunmamaktadır. Aydınlatma, hastanın özgür iradesiyle durumun lehine veya aleyhine olup olmadığını değerlendirebilmesi için, müdahalenin makul bir süre öncesinde yapılmalıdır. Bu hususta da somut olayın özelliğı dikkate alınmalıdır. Ayakta tedavilerde aynı gün aydınlatma yapılması yeterli iken, yatağı bağılı hastalarda aydınlatma, son gün ve ameliyathane önünde yapılmamalıdır²⁶⁵. Bilgilendirmenin, müdahaleyi yapacak hekim tarafından veya ekip halindeki müdahalelerde ekip şefi tarafından bizzat yapılması gerektiğı

²⁶³ Hancı, **op.cit.**, s.104.

²⁶⁴ Gerfried Fischer, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Çev: Efe Direnisa), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.4.

²⁶⁵ Fischer, **op.cit.**, s.12.

kanaatindeyiz. Haklı nedenlerin varlığı halinde, tedavi eden hekim dışında bir başka kimsenin aydınlatma yapması mümkündür (Hasta Hakları Yönetmeliği m.18/2-2).

Aydınlatmaya ilişkin çeşitli tasnifler bulunmaktadır. Hastanın serbest ve kendi sorumluluğunun bilincinde karar vermesini mümkün kılmayı amaçlayan karar (otonomi) aydınlatması; teşhise, sürece ve risklere ilişkin aydınlatmayı içermelidir²⁶⁶. Teşhis aydınlatması, muayene sonucu konulan teşhisi; süreç aydınlatması, tedavi sürecindeki muhtemel gelişmeler ve sonuçları; risk aydınlatması, tıbbi müdahalenin konu, biçim ve muhtemel tehlikelerine ilişkin aydınlatmadır. Aydınlatma yükümlülüğü ihlallerinin en ağırlıklı kesimi, risk hususundaki aydınlatmanın eksikliğine ilişkin olup, risk aydınlatmasının hangi sınırın altındaki tehlikeleri kapsam dışı bıraktığına ilişkin tutarlı bir yargısal içtihat oluşmamıştır²⁶⁷.

Tedavi ve güvenlik aydınlatması, tedavinin başarılı sonuçlanması ve tedavi sürecinde hastanın hayatı ve sağlığının korunması için hasta tarafından yapılması ve yapılmaması gerekenlerin bildirilmesidir. Burada önemli olan, “hekim tarafından” bilgilendirilmedir²⁶⁸. Güvenlik (tedavi) aydınlatmasının, karar aydınlatmasından farkı; güvenlik aydınlatmasının hastanın rızasını alma amacına yönelik olmamasıdır. Dolayısıyla bu tür aydınlatmanın yokluğunda, tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın geçersizliği söz konusu olmaz; diğer koşulları varsa tazminat sorumluluğu doğabilir²⁶⁹. Örneğin hekimin, ilacın dozu, nasıl uygulanacağı ve yan etkileri hakkında da güvenlik aydınlatması yapması gerekmektedir. Hekim hastaya ilacın etkisini, etki gösterme şeklini (farmakodinamik), uygulanma şekli, günlük dozajı, alınma zamanı, asgari ve azami toplam dozaj miktarı ve tedavinin süresini bildirmelidir²⁷⁰. İlacın doğrudan etkileri, sık ortaya çıkan etkileri ve ağır etkilerine ilişkin hekim bizzat aydınlatma yapmalıdır; diğer hususlarda ilaç kutusundaki prospektüste yer alan bilgilere atıf yapmakla yetinebilir²⁷¹. Hekim, güvenlik aydınlatmasında, ilaç kullanımı kaynaklı tehlikelerin önlenmesine ilişkin gerekli her türlü bilgilendirmede bulunmalıdır. Hastanın başka ilaçlar kullanıp kullanmadığını araştırmalı, kendi kendine ilaç kullanımından dolayı ortaya çıkabilecek ilaç

²⁶⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, *op.cit.*, s.190-191.

²⁶⁷ Fischer, *op.cit.*, s.8-9.

²⁶⁸ Gökcan, *op.cit.*, s.152-153.

²⁶⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, *op.cit.*, s.195.

²⁷⁰ Serdar Nart, **Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.174-175.

²⁷¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, *op.cit.*, s.198-199.

etkileşimleri konusunda da hastayı uyarmalı; örneğin doğum kontrol hapları alınırken, antibiyotik kullanımına dikkat edilmesi gerektiğini hastaya açıklamalıdır²⁷².

Hastalığın akıbetini kötüleştirecek, hastanın manevi durumu üzerinde olumsuz etki bırakabilecek bir türde aydınlatma yapıp yapılamayacağı da dikkate alınmalıdır. Bu halde hekim, bir yanda kendi kaderini tayin hakkına saygı gösterme diğer yanda ise zarar vermeme yükümlülüğüne uyma arasında kalabilmektedir. Bu ihtimaldeki haklar çatışmasını, zarar vermeme yükümlülüğü istikametinde çözmek gerekir²⁷³. Yani hastaya zarar verdiği ölçüde, aydınlatma daraltılmalıdır. Hekimin bazı hallerde teröpatik (iyileştirme) nedenlerle hiç aydınlatma yapmayabileceği de öğretilde belirtilmektedir²⁷⁴. Fakat yaşam ve sağlığın ciddi tehlikeye düşmesi hali dışında, sadece psikolojik nedenlerle (hastanın bunalıma sürüklenmesi gibi) hekimin aydınlatma yükümlülüğünden kaçınamayacağı Alman uygulamasında ifade edilmektedir²⁷⁵.

Aydınlatmanın, hastalığın bizzat kendisinden daha tehlike olabileceği haller dışında, hekime teşhisi tamamen saklamak veya farklı bir şekilde aktarmaya kadar varan geniş bir hareket alanı tanımak, hastanın aşırı şekilde kısıtlanması anlamına geleceğinden, hukuken kabul edilemez²⁷⁶. Ancak hastanın iyileşmesi imkânı bulunmayan hallerde, hekim hastanın acısını azaltmak ve ümit vermekle yükümlü olduğundan, hastalığın durumu ve muhtemel sonuçlarını belirli ölçüde gizleyebilir. Hastayı kesin olarak ölüme götüren ve çağdaş tıbbın önleyemediği hastalıkların açıklanması gerekli değildir²⁷⁷. Bu halde hastanın tam ehliyetli bir yakınına durumun anlatılmasında fayda vardır.

Aydınlatmanın daraltılabileceğinin, pozitif hukukumuz açısından da dayanakları bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin m.19'a göre;

“Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.

²⁷² Nart, **op.cit.**, s.177.

²⁷³ Aksi görüş için bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.243.

²⁷⁴ Kayaer, **op.cit.**, s.187-188.

²⁷⁵ Yenerer Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, **op.cit.**, s.16.

²⁷⁶ Gunnar Duttge, “Hastanın “Merhamet Düşünceleriyle Yanıtlanması” (Thomas Mann) Haklı Görülebilir mi?” (Çev: Hakan Hakeri), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.84.

²⁷⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.126.

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.”

Aydınlatmanın bu halde daraltılabileceğini ilişkin pozitif hukuktaki bir diğer kaynağımız da Hasta Hakları Yönetmeliği m.19’a koşut olan Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.14 hükmüdür²⁷⁸.

Onkoloji hastaları gibi hastalığın olumsuz seyrinin (olumsuz prognoz²⁷⁹) sıklıkla ön planda olduğu hastalarda; hastanın bilgilenme konusundaki istekliliği, anlama konusundaki yeterliliği, bilgilenmeyi ruhsal açıdan kaldırabilir olup olmadığı dikkate alınarak aydınlatmanın kapsamı belirlenmelidir. Bu ölçüler, hastanın muhtaç olduğu tüm savunma düzeneklerinin yıkılmasına yol açılmaması içindir. Teşhisin kesin olup olmadığı, hastanın ruhsal durumu, yaşamın inanç, ümit, ölüm gibi temel soruları karşısındaki tutumu göz önüne alınmalı; tam açıklık ile gerçeği gizleme uçları arasında uygun ölçü bulunarak, uygun bir bilgilendirme yapılmalıdır²⁸⁰.

Aydınlatma yükümlülüğünün diğer bazı istisnaî hallerde de tamamen ortadan kalktığı öğretilerde ifade edilmektedir. Aydınlatılmaktan vazgeçme, ölüm döşğinde hastanın sırf acı dindirme amaçlı müdahaleye tabi tutulması, hekimin önceden ameliyatın genişletilebileceğini öngöremediği ve hasta yönünden hayatî önemi haiz, tıbben de yararlı ya da zorunlu görülen bazı tipik endikasyonların varlığı, hastanın

²⁷⁸ “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*

Tabip ve dış 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 lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş’um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.”

²⁷⁹ Pronostik hekimin hastalığın gelişimi ve sonuçları hakkında önceden hüküm verilmesidir. (<https://bilgibirikimi.net/2012/09/19/tip-terimleri-sozlugu-tipta-kullanilan-terimlerin-anlamlari/>, 22/09/2017)“me’şum” ise “uğursuz” anlamına gelmektedir.

(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59c511f3be3212.36878116, 22/09/2017) Bu nedenle “me’şum bir pronostik”, 3. fıkradan önceki cümlede yer alan “hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyri”ni ifade etmektedir. Aynı hususu ifade etmek için aynı maddenin 2. ve 3. fıkrasında farklı ifadelerin kullanılması kanunlaştırma tekniğine uymamaktadır.

²⁸⁰ Arın Namal, “Olumsuz Prognozu Hastaya Açıklamada Gözetilen Kriterler”, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Y.II, S.3, Ocak 2007, s.15.

tıbbî müdahale hakkında bilgi sahibi olması –örneğin uzman hekim olması- hallerinde, aydınlatmasız rıza geçerli kabul edilmektedir²⁸¹.

Tedavi sürecinde karar amaçlı bilgilendirmenin, tedavinin kesin sonuçları ile tedavinin muhtemel risklerini içermesi zorunludur. Düşük olasılıkla ortaya çıkan riskler de açıklanmalıdır. Ancak ortalama bir insan dikkate alındığında hastanın karar sürecine etki etmesi beklenmeyen, ihmal edilebilir seviyedeki -mesela on binde bir ihtimal gerçekleşebilecek- bir beklenemeyen durumdan (komplikasyon) bahsedilmesi gerekmemektedir²⁸²; aksi durumun kabulü aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesini aşırı bir şekilde güçleştirir. Müdahalenin sadece doğrudan, müdahale sırasında doğan sonuçları değil; müdahale sonrası doğabilecek dolaylı sonuçları (örneğin; doğacak çocuklara etkisi) da hastaya anlatılmalıdır²⁸³.

Müdahale konusunda, yeterli zamanın olup olmaması ve müdahalenin risk faktörünün azlık veya çokluğu bilgilendirmenin genişliği veya darlığını etkileyen hususlardan sayılır²⁸⁴. Tıbbî müdahale ivedi ise, aydınlatmanın kapsamı da o ölçüde daralır²⁸⁵. Bu açıdan aydınlatma yükümlülüğü kapsamı, somut olaya göre değişebilmektedir. Hastalığın tehlikeliliği ve müdahalenin gerekliliği ölçüsünde tedavinin belirli risklerine ilişkin aydınlatmanın kapsamının daralacağı da öğretide ifade edilmektedir²⁸⁶.

Psikolojik veya kanunî endikasyon içeren müdahalelerde, aydınlatmanın ölçüsü daha geniş olmalıdır. Estetik müdahaleler gibi iyileştirme amacına yönelik olmayan müdahalelerde aydınlatmanın kapsamı genişler²⁸⁷. Teşhisle ilgili müdahaleler, tavsiye edilen ancak zorunlu olmayan müdahaleler, riskin fazla olduğu müdahaleler bakımından aydınlatma kapsamı geniş tutulmalıdır²⁸⁸. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılmalıdır. Bilgilendirme yapılırken hastanın mahremiyeti de korunmalıdır (Hasta Hakları Yönetmeliği m.18/5-6).

²⁸¹ Demir, **op.cit.**, s.241.

²⁸² Gökcan, **op.cit.** s.155.

²⁸³ **Ibid.**, s.151.

²⁸⁴ Kayaer, **op.cit.**, s.180; Erman, **op.cit.**, s.111.

²⁸⁵ Özsunay, **op.cit.**, s.39.

²⁸⁶ Yenerer Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, **op.cit.**, s.15; Fischer, **op.cit.**, s.10.

²⁸⁷ Mine Kaya, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.XI, Sy:117, Mayıs 2016, s.32 vd.

²⁸⁸ Özsunay, **op.cit.**, s.39-40.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.18/2'e göre; “*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir.*” Bu nedenle, yalnızca matbu formun hastaya verilmesi ile aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılamaz. Standart matbu formlar ancak bazı kuralların hatırdâ tutulması açısından işlevsel kabul edilebilir²⁸⁹.

Kural olarak hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır; ancak hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak koşuluyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilmesi de mümkündür (Hasta Hakları Yönetmeliği m.18/3). Hastanın bilinci yerinde ve ergin olmasına karşın, hastanın yakınlarının aydınlatılması ve rızalarının alınması, ülkemizde sıklıkla gerçekleşen ve hukuka uygun olmayan bir durumdur²⁹⁰.

Rızayı geçersiz, dolayısıyla tıbbî müdahaleye hukuka aykırı kılan, ikincil konulardaki aydınlatmanın değil, karar aydınlatmasının hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesidir. Karar aydınlatmasındaki eksiklik, hastanın kararı verebilmesi bakımından önemli noktalara ilişkin eksikliklerdir; dolayısıyla bu eksikliğin varlığı rızayı geçersiz hale getirir. Bu halde geçersiz rızaya dayalı müdahale ise olumlu sonuçlansa dahi kasten yaralama suçunu teşkil edecektir²⁹¹.

Alman hukukunda, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle hastanın tıbbî müdahaleye rızasının geçerlilik kazanmadığı; ancak yeterli derecede aydınlatılsa idi, tıbbî müdahaleye aynı şekilde razı olabileceği, böylece rızanın da geçerli olabileceği olaylara ilişkin hipotetik rıza kavramı –özel hukuk öğretisinde- geliştirilmiştir. Varsayılan rızadan farklı olarak, hipotetik rıza halinde hastanın yeterince aydınlatılarak geçerli bir rızanın elde edilmesinin mümkün olmasına rağmen bunun yapılmaması söz konusudur²⁹². Bu hallerde, ceza sorumluluğu açısından, hastanın kararı verebilmesi bakımından önemli noktalara ilişkin eksiklik bulunmaktaysa, rızanın geçersiz olduğunu; ikincil konularda eksiklik varsa bunun rızanın geçersizliğine yol açmayacağı kanaatindeyiz. Hastanın bilse de,

²⁸⁹ Abdi Özasan, “Aydınlatılmış Onam”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48**, Şubat 2006, s.44.

²⁹⁰ Hakan Hakeri, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.36.

²⁹¹ Gökcan, **op.cit.**, s.164.

²⁹² Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **op.cit.**, s.225-226.

razı olacağı hususlar, hastanın kararına etkisi bakımından önemsiz hususlar sayılabildiği ölçüde, ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Fakat bu ölçünün ötesine geçen bir hipotetik rıza, aydınlatma yükümlülüğünü anlamsızlaştırma riski taşır; dolayısıyla ceza sorumluluğu açısından kabul edilmesi mümkün değildir.

Bilgilendirme konusu, rıza yeteneğine bağlı değildir. Çocukların, kural olarak rıza yetenekleri bulunmamakla birlikte, ruhsal olgunlukları ve anlayışlarının gelişmişliğine göre, tedavi süreçleri hakkında aydınlatılmaları gerekmektedir²⁹³. Yargıtay muhtelif kararlarında, meydana gelen olumsuz netice uygulama hatasından kaynaklanmış olmasa bile, aydınlatma eksikliğine hukuka aykırılık sonucunu bağlamaktadır²⁹⁴.

Rahimde ur (myom) nedeniyle kendisine ameliyat önerilen, tek bir urun kapalı ameliyatla (laparoskopik) çıkarılacağı söylenen hastanın, kanama durdurulamadığından ötürü rahminin alınması (histerektomi) şeklinde gerçekleşen olayda; hasta bekar olduğunu, çocuk sahibi olabilecek yaşta olduğunu (38), rahmin alınabileceğinden kendisine bahsedilmediğini belirtmekte, TTB Yüksek Onur Kurulu, olayı beklenmeyen durum (komplikasyon) olarak nitelemekle birlikte

²⁹³ Henning Rosenau, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çev: Ali Kemal Yıldız), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.56.

²⁹⁴ “Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun ... tarihli raporuna göre; yapılan ameliyat ve tedavinin hastanın sağlığına kavuşması açısından yeterli olduğu, omurga cerrahisi sonrasında, ameliyat yerinde enfeksiyon gelişebileceği, bu durumu bir enfeksiyon olarak değerlendirmek gerektiği, açıklanmıştır. Ancak, davalı tarafça davacıyı uygulanan müdahale sonrası oluşabilecek komplikasyonların anlatıldığına ilişkin dosyada bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Yine davacının taburcu sonrası kontrole çağrılmasının gerekip gerekmediği, zamanında kontrole çağrılrsa idi tedavi süresinin uzayıp uzamayacağı hususları da hükme dayanak raporda açıklanmamıştır. O halde mahkemece, bir Üniversiteden, Öğretim Üyelerinden oluşturulacak konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan yukarıda açıklanan hususlarda nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, sonucuna göre bir karar vermelidir.” Yargıtay 13. HD 2013/17487 E. 2014/794 K. 16.1.2014 T. (<http://kazanci.com>, 22/09/2017)

“Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hâsıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Davalıların, davacı Safiye'yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği, bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonları olduğu izah edilmemiştir. Davacı Safiye'nin aydınlatıldığına dair dosyada bir bilgi ve belgede bulunmamaktadır. O halde mahkemece, bu konuda ispat külfetinin davalılarda olduğu hususu dikkate alınarak aydınlatma külfeti gözetilmek sureti ile taraf delillerini toplayıp sonucuna göre karar vermek gerekir.” Yargıtay 13. HD 2013/26330 E. 2014/27050 K. 15.9.2014 T. (<http://kazanci.com>, 22/09/2017)

ameliyat öncesi beklenmeyen durumlar (komplikasyon) ve olası riskler hakkında yeterli bilgilendirmede bulunmadığı için hekimi kusurlu bulmuştur²⁹⁵.

Yüksek Onur Kurulu önüne gelen bir başka olayda ise, altı haftalık gebe olan genç bir kadın, düşme sonucu sağ ön kol kırığı nedeniyle hastaneye gitmiş; düz grafi çekilmiş, genel anestezi altında düzeltme ve alçı uygulanmış, birkaç gün sonra da düşük yapmıştır. Hasta, bilgilendirilmiş olsaydı, düşüğün gerçekleşmeyeceğini iddia etmekte, hekim ise hastanın gebeliğinden hiç bahsetmediğini ve yaptığı işlemin düşüğe neden olmadığını ileri sürmektedir. Bilirkişi düşüğe anestezinin, çekilen grafiyle alınan radyasyonun veya olayın travmatik etkisinin neden olabileceğini ve bunu ayırmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Yüksek Onur Kurulu olayın acil şartlar altında gerçekleşmesi nedeniyle, bilgilendirmenin eksiksiz yapılması için hastanın da bilgi vermesinin gerektiğini ve hastanın gebelik durumunu acil şartlar altında çalışan hekimlerin sormasının beklenemeyeceği; düşük nedeninin kesin olarak belirlenmemiş olması ve olası nedenler arasında hastaya ilişkin etkenlerin de olabileceği nedenlerine dayanarak hekimi kusursuz bulmuştur²⁹⁶.

Anılan karardan, acil hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün azaldığı sonucuna varmak mümkündür. Anılan karardan hareket varabileceğimiz bir diğer sonuç, hastanın acil somut olayda önem taşıyan verileri (olayımızda gebelik gibi), bilinci açık olmasına rağmen, hekime bildirmediği hallerde; hekimin aydınlatma eksikliğine dayanılarak sorumlu tutulamayacağıdır.

3. Rızanın Kapsamı

Rıza, tıp biliminin ve hukukun kabul ettiği sınırlar içerisinde, tıbbi müdahaleye tabi tutulmaya ilişkindir. Rıza, hem tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun temelini hem de müdahalenin kapsamının sınırını oluşturmaktadır²⁹⁷.

²⁹⁵ Faik Çelik, “Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB - Yüksek Onur Kurulu Kararları)”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.79.

²⁹⁶ **Ibid.**, s.81.

²⁹⁷ Rosenau, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çev: Ali Kemal Yıldız), **op.cit.**, s.49.

Hasta iyileştirilmeye, estetik müdahaleye veya kanunen kabul edilen diğer amaçlara yönelik (nüfus planlaması, organ nakli gibi) müdahalelere rıza gösterebilir. Tıbbî Deontoloji Tüzüğü'nün 14/I. maddesine göre; “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.*” Buna göre, hekimlik mesleğinin deontolojisi ve hukuku, ölüme yardım fiillerine izin vermez; bu açıdan ötanazi fiillerine ilişkin rızanın hukukî geçerliği bulunmamaktadır.

Ötanazi, hastanın ölümüne ilişkin belirli koşulları içeren aktif veya pasif tıbbi yardımdır. Buna göre; iyileştirilmesi mümkün olmayan bir hastaya, acılarını dindirmek için, etken veya edilgen bir fiille, hastanın talebi üzerine uygulanabilmektedir²⁹⁸. Aktif ötanazi de, ölümü sağlayan tıbbi yöntemlerin doğrudan doğruya uygulanması söz konusudur; ölüm sonucunu doğuracak ilacın hekim tarafından hastaya verilmesi buna örnektir. Pasif ötanazi ise hareketsiz kalarak ölüm sonucuna yol açılmasıdır; hastanın yaşamı için zorunlu tedavinin uygulanmaması, yaşam desteğinin çekilmesi gibi eylemler pasif ötanazi teşkil etmektedir²⁹⁹. Pasif ötanazi olarak adlandırılan husus bakımından herhangi hukukî bir sorun bulunmamaktadır; bu husus, tedaviyi ret hakkının görünümlerinden biridir³⁰⁰. Pasif ötanazi açısından dikkat edilmesi gereken husus, tedaviyi ret hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasıdır, bu açıdan kişinin kanunî temsilcileri veya bilinç kaybı halinde yakınları kişi adına tedaviyi reddedemez.

²⁹⁸ Özen / Ekici Şahin, **op.cit.**, s.17.

²⁹⁹ Artuk / Yenidünya, **op.cit.**, s.115-116.

³⁰⁰ “Klasik tezi savunanlar, pasif ötanaziye ilişkin olarak, hastanın rızası ile hekimin özel görevinin sona erdiğini söylerler, diğer bir deyişle hasta tedavi edilmeyi istemediğini beyan ettiğinde, artık hekimin hastasını korumaya yönelik özel görevi sona ermektedir ve hastasını ölüme terk edebilir. Fakat, birini bir hareketi gerçekleştirerek öldürmek yasağı kesindir, dolayısıyla aktif ötanazi konusundaki talebin kabul edilmesi mümkün değildir. Klasik ayırımın temel düşüncesi, ihmal ve hareketin farklılığı üzerine kurulmuştur. Ölüme terk bir kaçınmayı gösterirken, öldürmek bir hareketi gerektirmektedir.” Bkz. İncoğlu, **op.cit.**, s.142. Yazar, aktif ötanaziye de kişisel özerklik hakkının bir parçası olarak görmekle birlikte, bu hakkın tanınmasının Türkiye için uygun olmadığı kanaatinde: “Ötanazi, bakımsızlık yüzünden ölmek isteyenlerin başvurduğu bir yöntem değildir. Bu nedenle “Hasta Hakları Yönetmeliği”nde aktif ötanazinin yer almaması son derece yerinde olmuştur. Aktif ötanazi, sağlık sisteminin oturduğu, sağlık sigortasının yaygın olduğu, hastanelerin palyatif tedbirler açısından donanımlı olduğu ülkelerde, yaşamla ölüm arasındaki özgür bir seçim olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa, bu tür imkanların sınırlı olduğu Türkiye gibi ülkelerde ise, aktif ötanazinin, kişisel özerklik hakkının bir parçası olmaktan çok, maddi ve teknik yetersizliklerden dolayı zorunlu bir seçim haline gelme ihtimali yüksektir.” **Ibid.**, s.253.

Hastanın rıza beyanında bulunmasının mümkün olmadığı hallerde, kanuni temsilcilerin tıbben uygulanması gerekli müdahaleye rıza vermekten kaçınması söz konusu olabilir. Bu durumda hekim, mahkemeye başvurup, gerekli müdahaleye izin istemelidir³⁰¹. Gecikmesinde sakınca bulunan acele hallerde ise zorunluluk haline dayanarak hekim tarafından müdahale icra edilmelidir.

Aktif eylemle icra edilen tıbbi yardım fiilleri ise, kasten öldürme suçunu teşkil edecektir. Aktif ötanazinin suç teşkil etmesinin birçok nedeni vardır. Öncelikle; hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin genel hukuk düzeninin sınırları dışına çıkmış olur. Hekimlik, iyileştirmek, acıları dindirmek veya kanunen sayılan diğer meşru amaçlarla (nüfus planlaması, organ nakli vb.) yapılabilir. Hekimlik, ölüme yardım etme mesleği değildir; ölüme yardım eden hekim, genel hukuk düzeninin hekime çizdiği sınırlar dışına çıkmış olur. Yaşama hakkının istisnaları AY. m.17/3 ve İHAS m.2/2’de belirtilmiş olup, bunların içerisinde tıbbi ölüme yardım fiilleri yer almamaktadır.

Tabip ve dış tabibinin başta gelen görevi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine özen ve saygı göstermektir (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.2). Hekim teşhis, tedavi veya korunmak amacı olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akıl ve beden direncini azaltacak her hangi bir şey yapamaz (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13/3). Hasta Hakları Yönetmeliği m.13 ise açıkça ötanaziye yasaklayan bir hüküm içermektedir. Buna göre; “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.” Aktif ötanazinin suç olarak kabulünü gerektiren bir diğer sebep, kişinin kendi hayatı üzerinde mutlak tasarruf hakkının bulunmayışındır. Kişinin yaşam hakkının korunmasında, toplumun da yararı bulunmakta olup; kişinin kendi yaşamı, tek başına rıza ile tasarruf edebileceği bir hukukî değer değildir³⁰².

³⁰¹ Yargıtay 2. HD, **YKD**, C.XLI, Sy:6, Haziran 2015, s.1118-1119.

³⁰² Bu savı geçersiz kılmak için, intihara teşebbüs fiilinin cezalandırılmadığı söylenmektedir. Ancak, intihara teşebbüs edecek bir ruh haline bürünmüş kişiye, teşebbüsün neticesiz kalmasından dolayı ceza vermek suç politikası mülâhazasıyla kabul edilmeyen bir yoldur. Zaten bu ihtimalde ceza yaptırımının özel önleme işlevi göreceği de şüphelidir. Bu nedenle, kişilerin hayat hakkı, yalnızca kişilerin kendisini ilgilendiren bir konu değildir; aksi durum söz konusu olsaydı, kişilerin kendi rızasıyla hayatlarından vazgeçebilmelerine olanak tanınırdı.

Rızanın kapsamı bakımından tartışılması gereken bir diğer husus, ameliyatın genişletilmesi halidir. Kural olarak, ameliyatın genişletilmesi için de hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Ancak ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıktığı durumlar da tıbbi zorunluluk hali teşkil edecektir³⁰³. Eğer başlanılan müdahaleyi sonlandırıp, hastanın rızasının alınmasını beklemek ölüm veya ağır maluliyete ilişkin ciddi bir tehlike doğurmakta ise, bu takdirde hekim ameliyatı – zorunluluk hali nedeniyle- serbestçe genişletebilmelidir. Fakat ameliyatın genişletilmesi ihtiyacını ortaya çıkaran tehlike ciddi değilse, müdahaleyi sonlandırıp hastanın rızasını alma yoluna gitmek gerekir. Zorunlu olarak genişletilen müdahale;

- (a) Hastanın aslında rıza gösterdiği ilk müdahaleden daha ağır risk içermemeli,
- (b) Gecikmenin doğuracağı tehlike nedeniyle hasta rızasının alınması mümkün olmamalı,
- (c) Ölüm tehlikesi olmadıkça, önemli organın alınmaması gerekir³⁰⁴.

Türk hukukunda ameliyatın rıza olmaksızın genişletilmesine imkân tanıyan hükümler de bulunmaktadır. Konuya ilişkin genel hüküm, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32/4. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, hastaya tıbbi müdahale esnasında işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda; müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâli söz konusu ise rıza aranmaksızın tıbbi müdahalenin genişletilebileceği belirtilmiştir.

Ameliyatın genişletilmesi hususunda özel zorunluluk hali hükümleri de Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.4/3 ve m.5/2,3'de bulunmaktadır. Anılan kanunun 4/3. maddesine göre; *“Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”* Aynı kanunun rahim tahliyesi hususunda 5/2,3. maddesi de tıbbi zorunluluk hükmü içermektedir. Buna göre;

“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.

³⁰³ Çeker, “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, **op.cit.**, s.8-9.

³⁰⁴ Reisoğlu, **op.cit.**, s.7; Ali Rıza Tümer/ Özer Kendi/ Yaşar Bilge, “Ameliyatın Genişletilmesi Durumlarında Hukukî Sorumluluk”, **Ulusal Cerrahî Dergisi**, C.XVII, S:5, Eylül 2001, s.285.

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.”

Yargıtay, hastanın böbreğindeki taşın alınmasına ilişkin yapılan ameliyatta, böbreğin arz ettiği iltihabî durum karşısında taşın alınması ameliyatına girişilmesinin hastanın sağlığını tehlikeye atacağı, böbreğin alınmasının tıbbî bir zaruret neticesi olduğu, böbreğin alınmasının kesin bir zararı ifade etmediği, yaranın kapatılıp izin alınması için ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğü ve somut olayda normal ve gerekli olanın yapılmış bulunduğu yönünde karar vererek, ameliyatın genişletilmesinden hekimi sorumlu tutmamıştır³⁰⁵. Böylece, hastanın rızasının alınamadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastanın rızası olmaksızın ameliyatın genişletilmesi mümkün olacaktır.

4. Rızanın Şekli

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu’nun 70. maddesine göre; her türlü tıbbî girişim için hastanın veya kanunî temsilcisinin rızası aranmakta olup, rızanın verilmesine ilişkin bir şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak aynı maddeye göre büyük cerrahi ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 28. maddesinde, mevzuatta öngörülen istisnalar dışında, rızanın şekle bağlı olmadığını belirtilmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.26 rıza formunu düzenlemektedir³⁰⁶. Bu maddede, rıza formu düzenlenmesi gereken haller, yalnızca mevzuatta öngörülen durumlar ile sınırlı tutulmamış; uyuşmazlık doğurması tıbben muhtemel görülen tıbbî

³⁰⁵ Yargıtay 4. HD. 1968/8 E. 105 K. 5.3.1971 T. (Aktaran:Tümer/ Kendi/Bilge, **op.cit.**, s.285.)

³⁰⁶ HHY m.26: “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbî müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılabilir rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbî müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.”

müdahalelerde de rıza formu düzenleneceği belirtilmiştir. Bu nedenle, önemli tıbbî müdahalelerin tamamında rızanın yazılı alınması gerekmektedir.

Bazı özel tıbbî müdahale türlerinde rızanın şekli için nitelikli koşullar aranmaktadır. 2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 6. maddesi bu konuda hüküm içermektedir. Buna göre; onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan vericinin rızasının geçerliliği, 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 onaylanmasına bağlıdır.

İnsan üzerine bilimsel deney konusunda da, müdahalenin gerektirdiği özel koşulların sağlanması dışında, rızaya ilişkin yazılılık koşulu bulunmaktadır (TCK m.90/II-g). Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da düzenlenen sterilizasyon ve rahim tahliyesi hususunda rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekmektedir. Bu halde de Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe ekli izin belgesi hastaya –evliyse ayrıca eşine- imzalatılır. Derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmayacaktır. Yine eş ya da vasiinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılmaktadır (Aynı Tüzük m.15).

Tedaviyi ret hakkının kullanıldığı hallerde, durumun yazılı olarak belgelendirilmesi özel bir önem taşımaktadır. Bilhassa ölümle neticelenecek hallerde, hekime garantörlük yükümlülüğünü ihmalden dolayı cezai sorumluluk yüklenmemesi için ret hakkının belgelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde, hastanın kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddettiği hallerde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekliliğini ifade edilmiştir.

Kural olarak, ceza yargılamasında ispat yükü bulunmamaktadır³⁰⁷. Rızanın varlığı hususunda tereddüt olan hallerde, ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesinin varlığından ötürü, hâkimin her türlü delille kanaat oluşturabilmesi mümkündür. Bu nedenle, sadece şekle aykırılık ceza hukuku anlamında rızanın bulunmadığını veya geçersiz olduğunu göstermeyecektir. Salt şekle aykırılığın, tazminat veya disiplin sorumluluğuna yol açabilmesi, diğer koşulların varlığı halinde mümkün olabilir.

5. Rıza Ehliyeti

Tıbbî zorunluluk ve kanunda yazılı kanun hükmü icra halleri hariç olmak üzere, tıbbi müdahaleye rıza verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece kanuni temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir (Biyotıp Sözleşmesi m.6/II; Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.70; Hasta Hakları Yönetmeliği m.24). Ayırt etme gücüne sahip küçüğün yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde karara katılımı sağlanmalıdır.

Rıza verme yaşı konusunda Biyotıp Sözleşmesi bir hüküm içermemektedir. Türk mevzuatı ise küçükler ve kısıtlılar konusunda herhangi bir istisna tanımamaktadır. Bu nedenle kural olarak 18 yaşın altında kişinin tek başına rızaya ehil olmadığı söylenebilecektir. Fakat rıza ehliyeti konusunda birçok yaklaşım bulunmaktadır.

Rıza ehliyetine ilişkin temel alınacak ölçüt, rızanın hukukî niteliğine göre değişmektedir. Rızanın, rıza konusu işlemi gerçekleştirmek için kişiye subjektif hak tanıyan, tek taraflı, hukukî işlem olarak nitelenmesi halinde, hukukî işlem ehliyeti tıbbî müdahaleye rıza hususunda dikkate alınacaktır³⁰⁸. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.70, Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/I hükümlerine yansıyan anlayışın, hukukî işlem teorisine koşut olduğunu düşünmekteyiz. Fakat özel hukuk kavramı olarak, “hukukî işlem” vasfında rızanın,

³⁰⁷ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Arıkan, 2006, s.605.

³⁰⁸ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.26-27.

ceza hukukuna hukuka uygunluk sebebi olarak aktarılması doğru olmayacaktır³⁰⁹. Özel hukukta, belirli bir müdahale yetkisinin devri sonucunu veren rıza nedeniyle, işlemin muhatabının katlanma yükümlülüğü söz konusu olabilirken, ceza hukukunda bir kimsenin tipik bir fiile katlanma yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Beden bütünlüğü ihlalinin de, hukukî işlem konusu olarak kabul edilmesi mümkün değildir³¹⁰.

Rıza ehliyetinin belirlenmesinde kusur ehliyetinin esas alınabileceği görüşü de ileri sürülmüştür. Rızanın hukukî niteliğini “*kişinin kendisine karşı suç işlemesinin özel bir şekli*” olarak saptayan bu kişiler; kusur ehliyeti ile rıza ehliyetinin dayandığı ilkelerin ortak olduğunu ileri sürerek, rıza ehliyetinin belirlenmesinde kusur yeteneğine ilişkin hükümlerin dikkate alınmasını savunmuşlardır³¹¹. Oysaki bu iki kurum arasında da ortaklık bulunmamaktadır; Rıza ehliyeti, rıza gösteren kişinin kendi menfaatlerine ilişkin bir değerlendirme yapması esasına dayanmakta iken; kusur ehliyeti başkalarının menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmede bulunmaya dayanmaktadır³¹².

Rızanın temelinde, kişinin tasarruf edebileceği hukukî yararlarla ilişkin tanınan hukukî korumadan vazgeçebilmesinin yattığı da ileri sürülmüştür³¹³. Kişinin vazgeçtiği hukukî değerler, ceza normunun koruma alanı dışında kalmaktadır. Bir diğer deyişle, kanun koyucunun amacı (*ratio legis*), kişinin kendi iradesi ile vazgeçtiği değerlerin korunması değildir. Öğretide bu yaklaşım da eleştirilerek, hukukî değer ihlalle ortadan kalkmadığı, sürekli bir şekilde hukukî değerden vazgeçilmediği ve bu değer tüketilmediği belirtilmiştir; rıza ile yalnızca belirli müdahale için ceza normunun koruması askıya alınmaktadır³¹⁴. Bu nedenle, rıza ceza hukuku açısından hukuka uygunluk sebebi olmaktadır. Fakat kanun koyucu, kişinin

³⁰⁹ Yazar da, medeni hukukta hukukî işlem ehliyeti için aranan şartların ceza hukukundaki rıza ehliyetine esas olamayacağını belirterek, rızanın teorik niteliğini hukukî işlem olarak kabul etmemektedir. Bkz. Yenerer Çakmut, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, **op.cit.**, s.206.

³¹⁰ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.29-30.

³¹¹ Erman, **op.cit.**, s.81.

³¹² Ekici Şahin, **op.cit.**, s.131-133.

³¹³ **Ibid.**, s.32-35.

³¹⁴ “Ceza normları hukuksal değerleri korumayı amaçlarlar; ancak hukuksal değerler ihlallerle tüketilen maddi konular olmayıp, ihlal suresince ve sonrasında da varlıklarını sürdürürler. Hukuksal değer ile maddi konuyu birbirine karıştırmamak gerekli olduğu gibi, hukuksal değer yalnızca bir kişi tarafından gerçekleştirilecek ihlale karşı sınırlı ve zamanla tükenen bir koruma getirdiğini düşünmek ve fakat aynı anda veya öncesi veya sonrasında o ihlal eden kimse dışındakilerce de ihlal edilebilecekleri göz ardı edilmemelidir.” Bkz. Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.235.

yaşam hakkından vazgeçmesine (örneğin aktif ötanazi fiillerine), geçerli bir hukuka uygunluk etkisi tanımamaktadır.

Rızanın ceza hukuku niteliği açısından yaptığımız tespit, rıza ehliyeti açısından somut olayda hastanın tıbbi müdahaleyi anlayabilme ve tıbbi yararını belirleyebilme iktidarına önem tanınması gerektiğini göstermektedir. Rıza yeteneği, hukuki işlem ehliyeti veya kusur yeteneği ile özdeşleştirilemez. Eğer hasta, aydınlatılma sonrası tıbbi müdahalenin niteliğini ve anlamını kavrayabilecek ve buna göre tercihte bulunabilecek yeterlilikte ise hastanın tıbbi müdahaleye rıza yeteneği bulunduğu söylenebilir³¹⁵. Bir diğer deyişle, ceza hukukunda küçüğün rıza ehliyeti olup olmadığı belirlenirken, küçüğün vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleyi, yeterli aydınlatma yapılması üzerine kavrayabilme ve müdahale hakkında karar verebilme yetisinin gelişmişliğine bakılacaktır³¹⁶.

İyileştirilmesi amacıyla, tamamen küçüğün lehine olan, basit ve önemsiz tıbbi müdahalelere ise ayırt etme gücüne sahip küçüğün tek başına rıza gösterebileceği düşüncesindeyiz. Ceza hukuku açısından tıbbi müdahaleye rıza yeteneği, küçüğün somut olaydaki ruhsal gelişimi ile somut olgulara göre belirlenmelidir³¹⁷. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.70 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m.24'ün lafzına aykırı olarak mümeyyiz küçüğün tıbbi müdahaleye rıza vermesi, somut olaydaki duruma göre küçüğün rıza yeteneği varsa, ceza hukuku açısından hukuka uygunluk taşıyabilir. Salt bu hükümlere aykırılık, doğrudan ceza hukukundaki rızayı geçersiz kılmaz; sadece idari yaptırım veya özel hukuk sorumluluğuna yol açabilir. Özellikle teşhise yönelik olan ve risk taşımayan (kan tetkikleri vb.) müdahalelere ayırt etme gücüne sahip küçüklerin rıza verebilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır³¹⁸.

Öğretide ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tıbbi müdahaleye bizzat rıza gösterebilecekleri, bunun kendi kaderini tayin hakkının gereği olduğu, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan tıbbi müdahaleye rıza konusunda ancak ayırt etme gücünün

³¹⁵ Henning Rosenau, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", **op.cit.**, s.50-51.

³¹⁶ Erman, **op.cit.**, s.82.

³¹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku, op.cit.**, s.233-234.

³¹⁸ Rıza yeteneğinin kural olarak 16 yaşla birlikte başladığı, doğum kontrol hapı kullanma gibi cinsel tıbbi önlemlerin ise münhasıran kişiye bağlı alanlar olması sebebiyle erginlik yaşına nazaran daha önce rıza yeteneğinin alanına dahil olacağını belirten görüş için bkz. Henning Rosenau, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", **op.cit.**, s.51.

bulunmadığı hallerde temsilin caiz olduğu, diğer hallerde Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi gereği kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın hasta tarafından bizzat kullanılacağı da ileri sürülmektedir³¹⁹. TMK m.16'ya göre; “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*”

Biyotıp Sözleşmesi m. 6/2-2, küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacağını belirtmekte; Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/2 de yine küçük ve kısıtlının bilgilendirme sürecine ve tedavisine mümkün olduğu ölçüde katılımının sağlanacağını ifade etmektedir. Bu nedenlerle, iyileştirme amaçlı, basit ve çocuğun lehine müdahalelerin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak görülebileceği ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün bu müdahalelere tek başına rıza verebileceği kanaatindeyiz. Ailesinden uzak yaşayan lise çağındaki bir çocuk, hekime gidip muayene olabilir, kan ve idrar tetkikleri yapabilir ve reçete edilen risk taşımayan ilaçları kullanabilir. Küçüğün rızasının belirlenmesi konusunda, ertelenebilir olmayan ve ivedi müdahalelerde daha düşük düzeyde ölçütler kullanılabilirken; zorunlu olmayan müdahaleler ve iyileştirme amacına dönük olmayan müdahalelerde rıza yaşı konusunda daha sıkı ölçütler aranmalıdır³²⁰.

Hasta için gerekli olan müdahaleye, kanunî temsilcisinin izin vermemesi durumunda, hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi için Türk Medeni Kanunu 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararı alınmalıdır. Anılan kanunun 346. maddesine göre; “*Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.*” Yine Türk Medeni Kanunu'nun vesayet altındaki kişilerle ilgili 487. maddesine göre; “*Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür.*” Çocuklar için Çocuk Koruma Kanunu uyarınca Çocuk Mahkemesi'nden sağlık tedbiri alınması da mümkündür.

³¹⁹ Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.L Sy:4, 2001, s.76.

³²⁰ Erman, **op.cit.**, s.83.

Mahkemeden karar alınmasının beklenemeyeceği gecikmesinde sakınca olan hallerde hekimin doğrudan müdahale edebilmesi hukuka uygundur. Örneğin Yehova şahidi bir yetişkin, dini sebeplerle kendisine kan nakledilmesini reddedebilirken, çocuğuna kan verilmesi gerektiğinde, müdahaleyi reddedemez³²¹; hekim naklin gerekli olduğu kanaatinde ise mahkemeden karar almak suretiyle, acele hallerde doğrudan doğruya çocuğun üstün yararının gerektirdiği müdahaleyi yapabilir.

Eşlerden her biri, evlilik birliğini temsile yetkili olduğu (Türk Medeni Kanunu m.188) ve iyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabildiği (Türk Medeni Kanunu m.342) için, velayet hakkına sahip eşlerden yalnızca birisinin rızası yeterlidir. Örneğin sadece anne veya baba çocuğu kliniğe getirmişse, diğerinin iradesine aykırı hareket edildiğine somut bir belirti bulunmadığı sürece, sadece birisinin rızasıyla yetinmekte sakınca bulunmamaktadır³²².

6. Varsayılan Rıza

İlgilinin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızasının, müdahalesinin yapılabileceği anda alınması mümkün değilse; somut olayın bütün koşullarının değerlendirilmesi suretiyle, “rıza beyanında bulunabilecek durumda olsaydı müdahaleye rıza gösterirdi” sonucuna varılan hallerde, müdahalenin varsayılan rıza nedeniyle hukuka uygunluğundan söz edilmektedir³²³.

Varsayılan rızanın hukuki niteliği konusunda uzlaşma bulunmamaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre; varsayılan rıza, ilgilinin rızası ve zorunluluk hali arasında kalan, kendine özgü ve bağımsız bir hukuka uygunluk nedenidir³²⁴.

Varsayılan rıza kavramının bağımsız ve kendine özgü hukuka uygunluk nedeni olduğunu reddeden görüşler de bulunmaktadır³²⁵. Bu görüşlerden bir kısmına göre,

³²¹ Yenisey, **op.cit.**, s.877.

³²² Henning Rosenau, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, **op.cit.**, s.53.

³²³ Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza” **op.cit.**, s.224.

³²⁴ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.205. Varsayılan rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşü için bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.263; Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **op.cit.**, s. 232-233. Aksi görüşte: Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.281-282.

varsayılan rızanın, belirli bir hukuka uygunluk nedenine –zorunluluk hali veya ilgilinin rızası- dâhil edilebilir bir kavramdır³²⁶. Bir başka görüşe göre, varsayılan rıza bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi değildir; aksi yöndeki kabul, özel hukuktaki “vekâletsiz işgörmenin” ceza hukukuna hukuka uygunluk sebebi olarak “uydurma” bir şekilde aktarılması anlamına gelecektir³²⁷. Bu görüş, varsayılan rızayı, bir özel hukuk kurumu sayarak reddetmektedir.

Düşüncemize göre, varsayılan rıza, ilgilinin rızasına dâhil bir kavram sayılamaz; çünkü varsayılan rıza ancak ilgilinin açık veya örtülü rızasının alınmadığı hallerde uygulanabilmektedir³²⁸.

Alman öğretisinde varsayılan rıza kavramını, zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenine dâhil bir kavram olarak değerlendiren bir yaklaşım bulunmaktadır³²⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, varsayılan rıza bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni değil; zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenine dâhil edilebilir bir kavramdır³³⁰. Çünkü varsayılan rızanın söz konusu olduğu hallerde, hukukî değer sahibi bir hak veya menfaatinin ihlaline açık veya örtülü olarak rıza göstermemekte; fail hak sahibinin yararına olabilecek bir hareketi gerçekleştirmektedir³³¹. Fail, hukukî değer sahibinin yararına ancak onun başka bir hukukî değerine zarar veren fiili, kişi eğer bilinci açık ve rıza beyanında bulunabilecek durumda olsaydı rıza gösterecek olduğu varsayımı ile gerçekleştirdiğinden, üçüncü kişi lehine zorunluluk halinde hareket etmektedir³³².

³²⁵ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.211.

³²⁶ Öğretide *Nuhoğlu*, varsayılan rızanın zorunluluk haline dâhil bir kavram olduğunu açıkça ifade etmemiş olsa da, varsayılan rızayı zorunluluk hali başlığı altında değerlendirerek ve bilinci kapalı hastaya uygulanacak müdahaleyi zorunluluk hali hükümleri ile temellendirerek, varsayılan rızanın zorunluluk haline dahil bir kavram olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bkz. Nuhoğlu, **op.cit.**, s.54-55.

³²⁷ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.281-282.

³²⁸ Aynı yönde: Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza” **op.cit.**, s.231.

³²⁹ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.212.

³³⁰ Alman öğretisinde, varsayılan rızayı zorunluluk halinin alt olayı olarak, objektif ölçütle değerlendiren yaklaşımlar bulunmaktadır. *Schmidhäuser*, ilgiliye ait bir konunun tehlikeye düşmüş olmasını ve bunun yalnızca ilgiliye ait konulardan objektif olarak daha az önemdeki başka bir konuya müdahale edilmek suretiyle kurtarılabilir olmasını varsayılan rızanın koşulları arasında saymakta ve varsayılan rızayı zorunluluk durumunun koşul ve ilkeleri üzerinden tarif etmektedir. *Schlehofer* de varsayılan rızayı ağır basan yarar ilkesine dayandırmakta; yararlar çatışmasının çözüme kavuşturulması için ağır basan yarara öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza” **op.cit.**, s.225.

³³¹ Ekici Şahin, **op.cit.**, s.212.

³³² Aksi görüşte olan *Kangal*, varsayılan rızanın tespitinde sübjektif ölçütü esas aldığından dolayı, varsayılan rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu, zorunluluk halinin alt olayı olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre; “*Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu başka*

Varsayılan rızanın belirlenmesinde dikkate alınacak ölçüte de değinmek gerekir. Hastanın objektif olarak daha yararına olanın tercih edilmesi anlamında objektif ölçütün veya belirli dayanak noktalarından hareketle hastanın kişisel durumu, bilgisi ve eğilimlerine göre belirlenen sübjektif ölçütün hangisinin varsayılan rıza değerlendirmesine esas tutulacağı önem taşıyan bir sorundur.

Varsayılan rıza kavramının geliştirilmesinin temelinde, bilinci kapalı hastaya acil hallerde, rıza olmaksızın müdahale edilmesini açıklama düşüncesi yatmaktadır. Acil hallerde hastanın bilinci kapalı ise, hastanın makul bir kimseden beklenebileceği üzere, objektif olarak ağır basan hukukî yararını koruyan müdahaleye rıza vereceği varsayılabilir. Varsayılan rıza kavramının hukukî niteliğini zorunluluk hali ile açıkladığımızdan ötürü, varsayılan rızanın belirlenmesinde objektif ölçütün esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Öğretide *Bayraktar*'ın ileri sürdüğü ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre, varsayılan rızanın belirlenmesinde bilincini kaybetmiş olan kişi değil; aynı durumda bulunabilecek herhangi bir makul kişinin dikkate alınacak, yani genel ve objektif değerlendirmeye başvurulacaktır³³³.

Varsayılan rızanın belirlenmesinde sübjektif ölçüte başvuran görüşlere göre, varsayılan rıza, ilgilinin somut olayda iradesinin ne yönde olabileceğinin araştırılmasıdır³³⁴ ve hastanın bu “varsayılan iradesi her zaman onun yararına uygun düşmek zorunda değildir.”³³⁵

Varsayılan rızanın sübjektif yönden hastanın iradesinin araştırılması şeklinde anlaşılması, acil hallerde gerçekleşen tıbbi müdahaleleri zorunluluk hali ile açıklayan

bir kişiyle hukuksal dayanışma yükümlülüğü düşüncesine dayanmasına karşın, varsayılan rızada bir çatışma durumunun ilgili hukuksal değer sahibinin varsayılan sübjektif tercihi göre çözüme kavuşturulması söz konusudur. Dolayısıyla varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun bir alt olayı değildir.” Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, **op.cit.**, s.209

³³³ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.140.

³³⁴ *Hakeri* de sübjektif ölçütü savunmakta, somut iradeye ilişkin dayanak noktaları bulunmamakta ise hastanın objektif yararını ön plana çıkarmaktadır: “*Hastanın muhtemel rızasının belirlenmesinde, makul bir üçüncü kişinin bakış açısı değil, somut olaydaki hastanın kişisel durumu, bireysel yararları, arzuları ihtiyaçları ve değer yargıları esas alınmak durumundadır. Hekim akıllıca gözüken ve normalde makul bir hastanın yararlarına uygun olan bir hususu, hastanın farklı yönde irade belirteceğine ilişkin somut dayanak noktaları olmadığı takdirde, muhtemel rıza dâhilinde kabul edebilir.*” *Hakeri*, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.264.

³³⁵ Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza” **op.cit.**, s.232; Erman, **op.cit.**, s.145.

teorik yaklaşımımızla uyuşmamaktadır. Varsayılan rızanın belirlenmesinde sübjektif ölçütün esas alınmasına hiçbir şekilde katılmamaktayız³³⁶.

Subjektif ölçütün yarattığı olası sakıncaları bir örnekle ifade etmekte yarar görmekteyiz. İntihar teşebbüsünde bulunmak için yüksek dozda ilaç içen, bilincini kaybetmiş bir halde eşi tarafından bulunan ve hastaneye yetiştirilen kimsenin, ölçüt olarak kişinin kendi iradesinin araştırılması alındığında (sübjektif ölçüt), midesinin yıkanmasına “varsayılan rıza”nın bulunmadığı söylenebilecektir. Fakat benimsediğimiz görüşe göre, objektif orta zekâ sahibi bir kimsenin, hayati tehlike ile karşı karşıya kaldığında midesinin yıkanmasına rıza göstereceği varsayılarak müdahale yapılmalıdır³³⁷. Bu nedenle, varsayılan rızanın içeriği objektif ölçütle belirlenmelidir.

Hastanın önceden açıklanmış isteği (tıbbî vasiyet veya geleceği belirleyen onam) varsa, zorunluluk hali, ilgilinin rızasına göre daha genel nitelikli ve *ultima ratio* bir hukuka uygunluk sebebi olduğu için³³⁸, ilgilinin rızasına uyulması gerekmektedir³³⁹. Böylelikle, bu çözüm Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesi ile de uyum içerisinde olacaktır. Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesine göre, “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler gözönüne alınacaktır.” Ancak kişinin önceden açıklanmış açık iradesi (tıbbî vasiyet veya geleceği belirleyen onam) söz konusu değilse, sırf birtakım belirti düzeyindeki olgulardan hareketle hastanın

³³⁶ Yazar, varsayılan rızayı ceza hukukuna özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekte ve “ancak objektif ölçütlere göre bu rızanın varsayılabilirdiği halleri” kapsadığını ileri sürmektedir. Yine varsayılan rızaya ilişkin saptamanın “nesnel ve somut ölçütlere” göre olacağını ifade etmektedir. Ancak varsayılan rızanın en önemli sonucu olarak, “söz konusu kişinin sübjektif durumuna ilişkin değerlendirme yapmak” gerekliliğini belirtmesi nedeniyle, sübjektif ölçütü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yine varsayılan rızası araştırılan kişinin iradesinin ne yönde olduğu konusunda hiçbir belirti yoksa, “anlayışlı hasta” ölçütü ise hastanın objektif olarak en yararına çözüme varılacağını ifade etmekte; bu açıdan bizim vardığımız “objektif ölçüt”le örtüşen bir değerlendirmede bulunmaktadır. Tek farkımız, bizim önceden açıklanan istekleri de, geleceği belirleyen onam olarak ilgilinin rızası çerçevesinde değerlendirmemize karşılık, yazarın bu istekleri de varsayılan rıza hukuka uygunluk sebebi olarak görmesindedir. Önceden açıklanmış istek bulunmuyorsa, “objektif ölçüte” dayanılması konusunda kanaatlerimiz uyuşmaktadır. Bkz. Erman, *op.cit.*, s.139-140.

³³⁷ Müdahalenin yapılmasının hukuka uygun olmasının yanında, bu tip bir halde müdahale yapılmaması hekimin yükümlülüğünü ihlal teşkil eder. Yükümlülük ihlali, bilerek ve isteyerek gerçekleştirildiğinde; ölüm neticesinin ihmali suretle kasten öldürme şeklinde hekime yüklenebilmesi bile söz konusu olabilir.

³³⁸ “Hukuksal değer sahibinin menfaatinin korunmasını açıkça reddetmesi diğer bir deyişle rızasını esirgemesi halinde ise gerçekleştirilen fiilin zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun hale gelmesi söz konusu olamaz. Zorunluluk hali ve kişinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin aynı olayda uygulanması gerektiğinde, zorunluluk haline *ultima ratio*, yani son çare olarak başvurulur. Öncelikli dikkate alınması gereken kişinin iradesidir.” Bkz. Ekici Şahin, *op.cit.*, s.213.

³³⁹ Erman, *op.cit.*, s.146.

rızasının varsayılmasının hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz. Son yıllardaki Alman mahkeme kararlarında, hastanın iradesinin şüpheye yer bırakılamayacak şekilde tespit edilememesi halinde, hayatın korunmasının ön plana çıkacağı ve şüpheli hallerde “yaşam lehine yorum” (*pro vita*) ilkesine göre hareket edileceği kabul edilmektedir³⁴⁰. Biz de bu görüşe katılmakta, açık irade beyanı olmadığı takdirde, ancak hastanın objektif yararı gözetilerek müdahalede bulunulabileceğini, bu halde zorunluluk hali hükümlerinin uygulanacağını; eğer açık irade beyanı (tıbbi vasiyet veya geleceği belirleyen onam) var ise, yukarıda belirtilen Biyotıp Sözleşmesi’nin 9. maddesinin gereğ olarak, bu iradenin dikkate alınacağını düşünmekteyiz. Bu ihtimalde, zorunluluk halinin son çare (*ultima ratio*) niteliği nedeniyle, hastanın iradesine (ilgilinin rızasına) göre hareket edilecektir.

Hastanın açıkça beyan edilmiş iradesi mevcut olmadığı takdirde, hekimi hastanın gizli iradesini bir takım belirsiz dayanak noktalarından hareketle araştırmakla sorumlu tutmak; zaten acil hallerde tıp mesleğinin uygulanma biçimiyle de bağdaşmaz. Hastanın açıkça beyan edilmiş iradesi veya önceden açıklanmış tıbbi vasiyeti olmayan hallerde, hastanın kişisel bilgisi, eğilimleri ve inancını dikkate alarak, sübjektif yönden iradesini araştırma yükümlülüğünün hekimlere yüklenmesi, savunmacı (defansif) tıbbı³⁴¹ neden olabilir. Hekim, açık rızanın olmadığı hallerde, hastanın objektif yararını esas alarak, rızasını varsayacaktır. Bu tıp hukukunda, şüphe halinde yaşam lehine yorum (*pro vita*) ilkesine de uygun bir çözümdür.

Varsayılan rızayla karıştırılan bir diğer hukukî kurum, hipotetik rızadır. Hastanın aydınlatma eksikliğini bilse dahi, müdahaleye rıza vereceğinin kabul edildiği hallerde, hekimin hukuka uygun hareket ettiğinin varsayılması anlamına gelen hipotetik rıza, özel hukuk öğretisinde üretilmiş bir kavramdır³⁴². Federal Alman

³⁴⁰ Nuhoğlu, *op.cit.*, 54-55.

³⁴¹ Defansif tıp, hukuki sorumlulukla karşılaşmamak amacıyla, aslında gerekli olmayan tıbbi işlemlerin sırf hekimin kendini güvenceye alma güdüsüyle yapılması (pozitif defansif tıp) veya yüksek riskli hastalıklarda müdahaleden çekinme (negatif defansif tıp) davranışlarına verilen isimdir. Defansif tıp kavramı ve sorunları için bkz. Kerem Yılmaz/ Oğuz Polat/ Begüm Kocamaz, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi” **TAAD**, Yıl:5, Sy: 16, Ocak 2014, s.21 vd.

³⁴² Örneğin bu makalede çevirmen, bizim terminolojik tercihimizden farklı olarak, aydınlatmadan kaynaklanan rıza eksikliğinin, hastanın somut kararı bakımından etkisiz olduğu hallerde rızanın varsayılmasına “varsayılan rıza”; acil hallerde bilinci kapalı hastaya yapılan müdahaleyi hukuka uygun kılan sebebe “muhtemel rıza” demektedir. Buna göre, muhtemel rıza, ancak hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı hallerde söz konusu olur. Bkz. Andreas Mosenheuer, “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayılan Rıza”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, 69-71.

Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir kadın hastanın omurilik disklerinden üst üste bulunan iki tanesinde sorun saptanmıştır. Daha ciddi şekilde kaymış olan diskin ameliyat ile temizlenmesi gerekmiş; ameliyat sırasında hekim, diskleri karıştırmış ve sadece daha az kayma olan diski ameliyatla temizlemiştir. Hastanın ağrılardan şikâyeti ertesi gün de devam etmiş; bundan dolayı hekim ikinci bir ameliyatın gerekli olduğunu belirtmiş ve gerçeğe aykırı olarak bu durumun yeni bir disk kaymasından meydana geldiğini söylemiştir. Hasta sonuç olarak başarılı geçen bu ikinci ameliyata da, iradesi aldatılma yoluyla fesada uğramış olsa da, rıza göstermiştir. Hastanın gerçek durumu bilmiş olsaydı dahi gereklilik ve aciliyet nedeniyle muhtemelen ikinci ameliyata rıza gösterdiği anlaşıldığından, mahkeme hekimi sorumlu tutmamıştır³⁴³. Bu kavramın ceza hukukunda kabul edilmesi, aydınlatma yükümlülüğünü anlamsızlaştırma riski taşır. Hastanın irade oluşumunda etkili her hususun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olduğunu, bu yükümlülüğün ihlalinin ise rızayı geçersiz kılacağı kanaatindeyiz. İrade oluşumu bakımından önemsiz sayılan hususlarda ise aydınlatma yapılmasının zorunlu olmadığını belirttik.

Özetle, hastanın açıkça ifade edilmiş bir irade açıklaması olmamasına rağmen, varsayılan iradesi araştırılarak hastaya müdahale edilmemesi yaşam hakkı bakımından tehlike doğurmaya müsait bir yaklaşımdır. Bu nedenle, teorik açıdan subjektif ölçütün kabul edilmesinin yaşam hakkı üzerindeki korumayı ve hekimin garantörlük yükümlülüğünü zayıflatacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, özel hukuktaki vekâletsiz işgörme görüşü bile, bütünüyle hastanın objektif olarak yararına uygun davranılmasını gerektirmekteyken³⁴⁴; subjektif ölçüt taraftarları, hastanın varsayılan rızasının onun yararına olmasının gerekmediğini ifade etmektedir.

³⁴³Henning Rosenau, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, (Çev: Ahmet Hulusi Akkaş), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy: 2, Aralık 2013, (<https://jurix.com.tr/article/5769>, 20/09/2017), s.4-5.

³⁴⁴ “Buna karşılık, tıbbî zorunluluk durumlarında hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler bakımından, gerek müdahalenin hukuka uygunluk sebebi, gerekse hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği açısından, “vekâletsiz iş görme” hükümlerinin (BK. m.410-415) uygulanacağını kabul etmek mümkündür. Gerçekten, başkasının işini görmek niyetiyle hareket edip, o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun davranışta bulunmak gayesiyle vekâleti olmaksızın başkası adına iş gören kişinin fiili de hukuka uygunluk nedenlerinden biri sayılır. Nitekim hastanın muvafakatini almanın mümkün olmadığı tıbbî zorunluluk durumlarında, hekimin müdahalede bulunma sebebi, hastanın hayati tehlikeyi atlattırması ve sağlığına kavuşması, yani onun menfaatlerinin korunmasıdır.” Bkz. Çeker, **op.cit.**, s.10-11.

Türk pozitif hukukunda, varsayılan rızanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ve varsayılan rızanın belirlenmesinde sübjektif ölçütün dikkate alınacağı yönünde herhangi bir dayanak bulunmamaktadır. AY m.17/2, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5/d. maddesi, “*tıbbi zorunluluk*” hallerini, rıza gerekliliğinden ayırık tutmakta; aynı yönetmeliğin 31/4. maddesi “*tıbbî zaruret*” halinde ameliyatın genişletileceğini belirtmektedir.³⁴⁵.

Acil hallerde rıza olmaksızın müdahaleyi düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7. maddesinde; hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya “*gerekli tıbbi müdahale*” yapılarak durumun kayıt altına alınacağı ifade edilmektedir. Buradan hareketle, eğer önceden açıklanmış irade beyanı yoksa “*gerekli*” müdahalenin icra edileceği ve dolayısıyla hastanın tıbben objektif yararına göre hareket edileceği açıkça anlaşılabılır. Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesi de acil bir durum nedeniyle rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin “*sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan*” herhangi bir müdahalenin derhal yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu hükümlerden, açık irade beyanı bulunmayan hastanın, gizli iradesinin araştırılması yükümlülüğü çıkmamaktadır. Bu nedenle varsayılan rıza halinde, hastanın objektif yararına uygun müdahalede bulunulması, pozitif hukukla da uyumlu bir görüştür.

7. Tıbbî Vasiyet

Hasta henüz sağlıklı iken, tıbbî müdahale gerektiren bir hal gerçekleştiğinde kendisine müdahale edilip edilmeyeceğine ilişkin irade beyanında bulunması ve bu beyanın bağlayıcılığı da tıp hukukunun sorunlarından birisidir. Örneğin, hasta yaşam desteğinin kesilmesini veya herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulmamasını isteyebilir. “*Tıbbi vasiyet*” veya “*geleceği belirleyen onam*” şeklinde adlandırılan bu müessese ile hastanın hayatının ilerleyen dönemine ilişkin tıbbi müdahalenin ana

³⁴⁵ Öğretide bir görüşe göre, burada kullanılan “tıbbi zorunluluk” kavramının, “endikasyon” olarak yorumlanması gerekmektedir. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.276. Fakat bu yorumun ilgili maddelerin açık ifadesine uymadığı görüşündeyiz.

hatlarını belirleme imkânı sunulmuştur³⁴⁶. Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre; “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.” Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/5,6 hükümleri de Biyotıp Sözleşmesi'ne koşut hüküm içermektedir. Buna göre;

“Tıbbî müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbî müdahale için rıza vermesi istenebilir.”

Tıbbî vasiyet açık bir irade beyanı içermektedir. Bu irade beyanı, müdahaleden bir hayli önce verilmesiyle olağan rıza beyanından ayrılır. Kendi kaderini tayin hakkından dolayı, bu irade beyanının bağlayıcılığını kabul etmek gerekir. Alman öğretisinde de hekimlerin hasta vasiyetnamesine (Alm. *Patiententestament*) saygı göstermesi gerektiği savunulmaktadır³⁴⁷. Örneğin ağır hastalık geçiren kişi, hastalığın ilerleyen safhalarında yaşam desteğine bağlanmamayı vasiyet edebilir.

Öğretide tartışılan “Yehova Şahidine kan nakli” konusuna da değinmekte yarar görmekteyiz. Bilindiği üzere Yehova şahitliği inancında kan nakli yasaktır. O halde kan nakline ihtiyaç duyan, fakat Yehova şahidi olduğuna yönelik belirtiler taşıyan bilinci kapalı hastaya müdahale yapılabilecek midir? Bu konulara ilişkin sorunu *Hans Ludwig Schreiber* özlü bir şekilde özetlemektedir: “*Normatif düzen kaynaklı genel yükümlülük ve dini vicdanın sübjektifliği arasındaki denge, ahenk nasıl sağlanmalıdır?*”³⁴⁸ Tıbbî vasiyet açısından bakıldığında, yalnızca kişinin bu inanca mensup olduğu bilgisinin müdahalenin yapılmaması için yeterli olmadığını düşünmekteyiz³⁴⁹. Çünkü bir kişinin, mensup olduğu inancın kurallarına harfiyen uyacağını varsaymak, çoğu zaman gerçeği yansıtmayacaktır.

Almanya’da hasta talimatının 2009 yılında yasalaşarak yürürlüğe girmesine kadar, Yehova şahidi olayında şu şekilde bir yola başvurularak müdahale

³⁴⁶ Kayaer, **op.cit.**, s.340.

³⁴⁷ Özsunay, **op.cit.**, s.44.

³⁴⁸ **Ibid.**, s.6.

³⁴⁹ Yehova Şahitliği inancında kan nakli yasaktır. Bu örnek, öğretilerde genellikle varsayılan rıza örneği olarak gösterilmektedir. Bkz. Erman, **op.cit.**, s.140.

edilebiliyordu: Tıp açısından mantıksız bir talepte bulunan hasta, bilincini kaybedene kadar bekleniyor; daha sonra hastaya Yehova Şahidi üyesi olmayan, dolayısıyla hastanın yararını tıp bilimi açısından makul biçimde belirleyebilecek bir kişinin vasi atanması için mahkemeye başvuruluyordu³⁵⁰. Hasta talimatını içeren Alman Medeni Kanunu prg. 1901a hükmüne göre; henüz yapılmamış sağlık muayenelerine, iyileştirici tedavilere veya tıbbî müdahalelere izin vermeye veya bunları reddetmeye yönelik hastanın iradesinin (hastanın talimatı), belirli şekli koşulların taşınması halinde dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu konuya ilişkin bizim kanaatimiz, açık bir irade beyanı olduğu sürece, rıza ehliyeti bulunan erişkinlerin, bilimsel açıdan mantıksız olsa bile, tedaviyi ret hakkını kullanabileceği ve kendi tıbbî geleceklerini belirleyebilecekleri yönündedir. Fakat kişi, velayeti veya vesayeti altındaki kişiye, tıbben sakıncalı olan bir iradeyi, dinî veya ideolojik mülahazalarla dayatamaz.

Hastanın kan nakli yapılmamasına ilişkin açık bir irade beyanı bulunmaktaysa, hekim hastanın kendi kaderini tayin hakkına saygı göstermek zorundadır. Tıbbî vasiyete örnek olarak anılabilecek bir diğer olay *Dr. Wittig* olayıdır. Eşi bir süre önce ölen bir hasta, yatakta bilincini kaybetmiş bir vaziyette iken, eve kontrole giden hekimin, hastanın başucunda tıbbî müdahale istemediğine, eşinin yanına gitmek istediğine ilişkin bir not görmesi üzerine tıbbî müdahale yapmaması olayında hekim sorumlu tutulmamıştır³⁵¹.

Öğretide *Hakeri*, tıbbî vasiyetin geçerlilik şartlarının açık yasal hükümle düzenlenmesi gerektiğini; mevcut hukukî durum karşısında tıbbî vasiyeti dikkate alarak müdahaleden kaçınan hekimin sorumluluğunun doğabileceğini belirtmektedir³⁵². Düşüncemize göre, yukarıda açıklanan Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/5,6. maddesinin tıbbî vasiyete imkân tanımaktadır. Uygulamada doğabilecek duraksamaları gidermek için, Almanya'daki "hasta talimatı" düzenlemesine benzer açık bir hükmün mevzuatımızda yer almasında ise yarar görmekteyiz.

³⁵⁰ Gunnar Duttge, "Seküler Modern Dönem Tıp Hukukunda Dindarlık", (Çev: Kerem Öz), **Hukuk Köprüsü**, C.V, Sy: 8, Haziran 2015, (<https://jurix.com.tr/article/4927>, 19/10/2017), s.3.

³⁵¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.69.

³⁵² **Ibid.**, s.268.

8. Rızanın Aranmadığı Haller

Rızanın aranmadığı haller, hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızasının söz konusu olmadığı hallerdir. Bu haller kanun hükmünü icra veya zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun hale geldiğinden dolayı, rıza aranmayan müdahale tipleri arasında anılmaktadır. İlgili kısımlarda kamu sağlığı, kamu düzeni, suçluların tespiti ve diğer nedenlerle yapılan rızasız müdahalelerden bahsettiğimiz ve hastanın ağır basan hukukî yararına dayalı olarak üçüncü kişi lehine zorunluluk haline dayalı müdahaleleri de izah ettiğimiz için bu kısımda o bilgileri hatırlatmakla yetiniyoruz. Gerçekten Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesine göre; *“kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli”* kısıtlamaların yapılması, bir diğer deyişle bu nedenlerden dolayı, kanunî düzenleme yapılması şartıyla zorla tedavi öngörülmesi mümkündür³⁵³. Aynı Sözleşme'nin 8. maddesi de acil bir durum nedeniyle rızanın alınamaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin derhal yapılabileceğini belirtmektedir.

Konunun önemi nedeniyle, ayrıca üzerinde durulması gereken hususlardan birisi açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan tutuklu veya hükümlülere zorla müdahale edilebilmesini sağlayan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 82/2. maddesidir. Buna göre;

“(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

Açlık grevi, belirli bir olayı veya durumu protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek veya sorunlara dikkat çekmek için kişilerin yemek yemeyerek aç kalmaları suretiyle uygulanan bir yöntemdir³⁵⁴. Açlık grevinde, su, tuz ve şeker dışında besin maddelerini alınmamaktadır. Ölüm orucu ise benzer amaçlar

³⁵³ Yazar, rızanın aranmayacağı hallerin, AY'nın 13. maddesindeki temel hakların sınırlanması rejimine uygun biçimde düzenleneceğini belirtmektedir. Bkz. Erman, **op.cit.**, s.174.

³⁵⁴ Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, **AÜHFD**, C.XLIII, Sy:1-4, 1993, s.157 vd.

doğrultusunda uygulanmakla birlikte, açlık greviden farklı olarak hiçbir gıda maddesi almamak yoluyla uygulanır³⁵⁵.

Anılan maddede öngörülen tedbirlerin, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlerin uygulanmasında yetkili hekim şartı aranmamaktadır (Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.82/4).

Kurum hekiminin gecikmesi kabul edilemeyeceği gibi, hekim dışında başka bir kimseye “tedavi” uygulama yetkisi verilmesi de kabul edilemez³⁵⁶. Açlık grevi ve ölüm orucunda zorla müdahale, kurumun düzeninin sağlanması için öngörülmüştür. Bu nedenle, TCK hükümlü ve tutukluların beslenmesini engellenmesi suçunu (m.298/2)³⁵⁷ “*Adliye Karşı Suçlar*” kısmında düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçla korunan hukukî değer, temel olarak Adliye’nin korunmasıdır. Siyasî amaç doğrultusunda sonuç elde etmeye yönelik, kişinin kendi bedenini ve yaşamını araç kıldığı açlık grevi veya ölüm orucu fiillerine, zorla müdahale edilmesinin bu nedenle hukuka uygun olduğu düşüncesindeyiz³⁵⁸. Burada kurum düzeni ve dolayısıyla kamu düzeni korunmaktadır.

İHAM, geri dönülmez bir zararın oluşumunu önleme amacıyla, başvuranın yararı doğrultusunda, yalnızca tıbbî bir gereklilik oluştuğunda müdahale edilmesini; tıbbi müdahalenin icrasında başvurunu küçük düşürme ya da cezalandırma amacına

³⁵⁵ Ayşe Özge Atalay, “İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy:109, Eylül 2013, (<https://jurix.com.tr/article/4491>, 19/10/2017), s.2.

³⁵⁶ Metin Feyzioğlu, “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine ve Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi”, **Sağlık Hukuku Semp No: 1, (Roche ve MÜHF ortak yayını)**, İstanbul, 2007, s.147.

³⁵⁷ “*Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.*”

³⁵⁸ ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, İspanya, İsviçre ve Portekiz gibi ülkelerde açlık grevlerine doktor kararıyla müdahale edilebilmekte ve zorla besleme yöntemi uygulanmakta olduğu öğretilde belirtilmiştir. Bkz. Timur Demirbaş, “İnfaz Hukukunda Tıp Ceza Hukuku Sorunları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.753.

ilişkin bulguya rastlanmaması koşuluyla, işkence ve kötü muamele yasağına aykırı görmemektedir³⁵⁹.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu’nun 83/3. maddesi ise, açlık grevi ve ölüm orucu dışındaki hallerde zorla tedaviyi düzenlemektedir. Buna göre;

“(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.”

Düzenlemede, ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde kişiye zorla tedavi uygulanmasının öngörülmesi, infaz kurumundaki diğer kişilerin korunmasını amaçladığından, anlaşılabilir niteliktedir. Fakat açlık grevi veya ölüm orucu yapmayan, yalnızca tedaviyi ret hakkını kullanan, başka tutuklu veya hükümlülere yönelik bir tehlike de oluşturmeyen bir kişiye, “zorla tedavi uygulanması”nı kişinin kendi kaderini tayin hakkına karşı haksız bir müdahale olarak görmekteyiz. Kişi kurum düzenini ihlal etmiyorsa ve başkasının hayatlarını tehlikeye atmıyorsa, tedaviyi reddedebilmelidir.

Öğretide Feyzioğlu, anılan fıkranın AY’nın 17. maddesi ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 5.maddesine aykırı olduğunu ifade etmekte; AY m.90/5’ten dolayı bu hükmün görmezden gelinmesi gerektiğini, bu hükmü uygulamayan kurum hekiminin görevi kötüye kullanmış sayılmayacağını, hatta aksine bu hükme göre zorla müdahalenin sorumluluk doğurabileceğini belirtmektedir³⁶⁰. Uygulamada duraksamaya yol açılmaması için, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m.83/3’ün, sadece başkalarının hayatı veya sağlığında tehlike yaratılması (örneğin bulaşıcı hastalık) halinde zorla tedaviyi öngören şekilde düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Üzerinde durulması gereken hususlardan bir diğeri, zorunlu aşı konusudur. Bu husus Türk Anayasa Mahkemesi önünde, yakın tarihli bir bireysel başvuruya

³⁵⁹ Özgül v. Türkiye, 6 Mart 2007, (http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Hunger%20strikes%20in%20detention%20.pdf, 24/05/2018), s.4.

³⁶⁰ Feyzioğlu, “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine ve Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi”, **op.cit.**, s.148.

konu olmuştur. Buna göre; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İl Müdürlüğü, velayet altındaki çocuğun bebeklik dönemi aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle çocuk için Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-d maddesi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesini talep etmiş; Asliye Hukuk Mahkemesi tedbiri kabul etmiştir. Karara karşı yapılan itiraz reddedilince, konu Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme, Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, başvuruya konu müdahalenin kanunî temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığını, dolayısıyla AY m.17 anlamında kanunilik şartının somut olayda sağlanmadığını ifade etmiştir. Yine kararda; Sağlık Bakanlığı'nın uygulamaya dayanak ilgili Genelgesi kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında, 1593 sayılı Umumî Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. maddesinin kapsamına girmediği belirtilerek; aynı kanunun 72. maddesinin, başvuruya konu uygulamanın kanunî dayanağı olarak kabul edilmesinin de mümkün olmadığını mahkemece ifade edilmiştir. Çünkü sağlık tedbirine konu edilen, HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşılar 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidî olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamamaktadır³⁶¹. Görüldüğü üzere konu teknik bir hususu ifade etmektedir.

Anılan karar hakkındaki düşüncemizi ifade etmekte yarar görmekteyiz. Velayet yetkisi kullanılırken gözetilmesi gereken ilke çocuğun üstün yararadır (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3; Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m.1; Türk Medeni Kanunu m. 339/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m.4/b). Çocuğun üstün yararını belirlerken onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, velinin çocuğuna ilişkin tıbbi müdahaleyi ret hakkını keyfî olarak kullanamaması, haklı nedenler göstermesi gerekir³⁶².

³⁶¹ Halime Sare Aysal, Başvuru Numarası: 2013/1789 Karar Tarihi: 11/11/2015 R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572.

³⁶² Yine Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" kapsamındaki zorunlu aşının uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkta Yargıtay, bizim de katıldığımız, çocuğun üstün yararını gözetken isabetli bir yorum yapmıştır:

"Küçüğe yapılacak müdahalenin amacı, niteliği ve sonuçları ile yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda aydınlatıldıkları halde ana ve babanın haklı bir sebep göstermeksizin müdahaleye karşı çıkmaları durumunda çocuğun üstün yararı esas alınarak müdahalenin gerekli olup olmadığına karar verilmelidir.

Somut olayda çocuğa uygulanacak aşının, gelecekteki hastalıklardan çocuğu birey olarak korumak ve toplum sağlığı açısından gerekli olan Sağlık Bakanlığınca belirlenen "genişletilmiş bağışıklık programı" uyarınca yapılması zorunlu aşılarından olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda çocuğun

Konunun, kamu sağlığını ilgilendiren boyutu dikkate alındığında, olası her bulaşıcı hastalığın kanunen tüketici şekilde (numerus clausus) sayılmasının öngörölmesi de beklenemez. Umumî Hıfzısıhha Kanunu'nun 72. maddesine göre; *"Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki"* öngörölümü; yine aynı kanunun 64. Maddesinde *"57nci madde de zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde .../... o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmına tatbika Sıhhat ve İctimai muavenet Vekaleti Salahiyettardır."* denilmek suretiyle, tehlike yaratacak bulaşıcı hastalıklarda alınması gerekli tedbirlerin kanunî dayanağı oluşturulmuştur. Çocuk Koruma Kanunu 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetilerek, mahkemeden sağlık tedbiri alınması da kanunîlik şartına uygundur³⁶³. Dünyada bir anda tavuk gribi, kuş gribi, SARS vb. hastalıkların salgını olabilmektedir; hal böyle iken kamu sağlığını ilgilendiren hususlarda Sağlık Bakanlığı'nın gerekli tedbirleri alabilmesini, kanunî düzenlemelerin tek tek hastalıkların isimlerini zikretmesi şartına bağlamak, insan sağlığı ve yaşamının korunmasının gerekleriyle de örtüşmez. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına katılmamaktayız.

C. Tıbbî Gereklilik

1. Genel Olarak

Belirli bir teşhis veya tedavi yönteminin uygulanmasını haklı kılan sebep, endikasyon olarak isimlendirilmektedir. Kural olarak her tıbbî müdahale, endikasyon içermelidir. Bu bağlamda, yalnızca doğrudan tedaviye yönelik tedbirlerin değil;

yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili olarak aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa çocuğun menfaatine aykırı olan bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz. Diğer bir ifadeyle ana babanın rıza göstermemeleri çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz. Olayda ana baba çocuğa aşı uygulanmasına karşı çıkmışlar, buna rızalarının bulunmadığını bozmadan sonraki yargılama sırasında ifade etmişlerdir... Aşının çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Yargıtay 2. HD, **YKD**, C.XLI, Sy:6, Haziran 2015, s.1118-1119.

³⁶³ Serdar Özgüldür'ün yazdığı karşı oy gerekçesi.

hazırlayıcı, teşhis edici veya sonraki müdahalelerin de endikasyon içerdiği kabul edilmektedir³⁶⁴.

2. İyileştirme Amaçlı Olmayan (Tıbbî Endikasyon İçermeyen) Müdahaleler

Tıp hukukunda tartışılan sorunlardan birisi, iyileştirme amacına dönük olmayan, diğer bir deyişle tıbbî endikasyon içermeyen müdahalelerin hukukî durumudur. Bu bağlamda, iyileştirme amacına dönük olmayan bir müdahalenin, hekim tarafından gerçekleştirilse bile, “tıbbî” sıfatına sahip bir müdahale teşkil edip etmeyeceği sorununun ele alınması gerekir. Bu açıdan estetik müdahaleler, organ ve doku nakli, rahim tahliyesi, sterilizasyon, sünnet gibi tıbbi endikasyon taşımayan müdahalelerin hukukî açıklamasını yapmak önem arz etmektedir.

Öğretide bir görüş, iyileştirme amacını taşımayan müdahalelerin “tıbbî” müdahale vasfı taşımayacağını, dolayısıyla bu müdahalelere gösterilen rızanın hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür³⁶⁵. Bu görüş, yukarıda anılan müdahale tiplerini ancak “dolaylı olarak iyileştirme amacına yönelme” ölçütü çerçevesinde hukuka uygun saymaktadır. Fotomodelin sırf kazancını artırma amaçlı estetik müdahaleye tabi tutulması gibi, dolaylı da olsa iyileştirme amacı içermeyen müdahaleleri ise hukuka aykırı sayma eğilimi söz konusudur³⁶⁶.

Tedavi amaçlı olan / olmayan tıbbî müdahale ayrımı, Türk öğretisinde yaygın olarak savunulmuş hakkın kullanılması görüşünün sonucu ve uzantısı sayılabilir³⁶⁷. Çünkü bu görüş sahipleri, müdahalenin tedavi amacına yönelmesini, hekimin mesleğini icra etmesinin ve hakkını kullanmasının sübjektif sınırı olarak değerlendirmiştir³⁶⁸. Kanaatimizce, bir tıbbî müdahale, modern koşullarda, tıbben kabul edilmiş her türlü amaca dönük olabilir. İyileştirme amaçlı olması şart

³⁶⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.276-277.

³⁶⁵ Örneğin, öğretide *Gürelli*, sırf güzel görüntü elde etmek amaçlı estetik cerrahi müdahaleyi, teşhis, tedavi veya acı dindirme amacına yönelik olmadığından dolayı hukuka aykırı saymaktadır. *Gürelli*, **op.cit.**, s.271-272.

³⁶⁶ Erman, **op.cit.**, s.202.

³⁶⁷ Örneğin öğretide *Bayraktar* ve *Dönmezer-Erman*, tıbbi müdahalede bulunmanın sübjektif sınırı olarak, hekimin tedavi amacı ile hareket etmesinden bahsetmektedir. Bkz. *Bayraktar*, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.149; *Dönmezer/ Erman*, **op.cit.**, s.61.

³⁶⁸ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları**, Ankara: Seçkin Yayınları, Haziran 2013, s.39.

değildir³⁶⁹. Güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler, nüfus planlaması amaçlı³⁷⁰ rahim tahliyesi ve sterilizasyon, üçüncü kişinin tıbbî yararını hedefleyen kan nakli ve organ/doku nakli, toplumsal olarak kabul edilen sünnet gibi müdahaleler, “tıbben kabul edilmiş amaçlar” kapsamında mütalaa edilebilir ve bu müdahalelere rıza geçerlidir. Fakat iyileştirme amacına dönük olmayan tıbbî müdahaleler bakımından, açık yasal dayanak aranması gerekir. Yine iyileştirme amacına dönük olmayan müdahaleler bakımından, insan onuru kavramının ve “*kimsenin kişilik haklarından ve özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği*” (Türk Medeni Kanunu m.23) ilkesinin dikkate alınması gerekir. Örneğin; salt güzelleşme amaçlı olarak burun veya göğüs operasyonu yapılabilir; fakat bu operasyonların sağlığı önemli ölçüde zorlaştırmaması gerekir. Bu nedenle, örneğin salt bel inceltme amacıyla kaburga kemiğinin alınması durumunda, verilen rıza geçersiz sayılmalıdır.

Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13/3’e göre; “Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.” Dolayısıyla mutlak olarak iyileştirme amacı dışında amaçlara yönelmiş müdahalelerin, hastanın akli veya bedensel direncini azaltıcı nitelikte olmaması gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.12’nin kaleme alınış tarzı ise, tıbbî endikasyon olmaksızın müdahale yapılamayacağını işaret etmektedir. Buna göre; “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” Madde, Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13/3’ün aksine, yalnızca akli ve bedeni mukavemetin azaltılmasından bahsetmemekte; “vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek” müdahalelerin de “teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın” icra edilemeyeceğini belirtmektedir. Söz konusu hüküm bir yönetmelik hükmü olduğundan dolayı, Türk pozitif hukuku bakımından şu sonuca ulaşmaktayız: Normlar hiyerarşisi gereğince, yasa ile düzenlenmedikçe, tıbbî

³⁶⁹ Hakeri, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, **op.cit.**, s.86; Ünver, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **op.cit.**, s.249-250.

³⁷⁰ Dünya Tabipler Birliği’nin, 1996 Kasım’ında 48. Genel Kurulu’nda Aile Planlaması Hakkında kabul edilen bildiriye göre; “1-Dünya Tabipler Birliği istenmeyen hamileliklerin; kadınların ve çocuklarının sağlığı üzerinde zararlı etkileri olabileceğini kabul eder. Bu yüzden, Dünya Tabipler Birliği kısıtlamak üzere değil, insan hayatını zenginleştirmek üzere kullanıldığı sürece, aile planlamasını onaylar.”

endikasyon olmaksızın tıbbi müdahalesi yapılması, hastanın rızası olsa bile, hukuka aykırıdır³⁷¹.

Organ ve doku nakli, insan üzerine deney, cinsiyet değişikliği, kürtaj ve sterilizasyon müdahalelerinde açık yasal dayanaklar bulunmaktadır. Yani bu müdahaleler bakımından gerekli endikasyon, kanunla varsayılmıştır (kanunî endikasyon). Dolayısıyla normlar hiyerarşisi dolayısıyla HHY m.12'deki yasağın bu müdahalelere etkisi bulunmamaktadır. Oysa tıbbî endikasyon olmaksızın icra edilen ve açık yasal dayanağı bulunmayan bazı müdahalelerin, durumu tartışılabilir. Bu bakımdan bunların üzerinde durmakta yarar vardır.

Estetik müdahalelerin bir kısmının, dolaylı olarak iyileştirme amacına dayandığı ve “tedavi” vasfında olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü doğuştan veya sonradan doğan bozuklukların giderilmesi, tedavi niteliğini taşır³⁷². Örneğin burun yüzün ortasında yer alan, görünümü etkileyen bir organdır. Bu organda doğuştan veya sonradan (travma, tümör vb. nedenlerle) şekil bozukluğu olabilmektedir³⁷³. Yine kulak sayvanı ile baş arasındaki açı normal bir insanda 30 derecedir; fakat 35 dereceyi aşkın açı bulunduğunda, halk arasında kepçe kulak tabir edilen, kulak sayvanı bozukluğu oluşabilir³⁷⁴. Bu iki bozukluk, kişinin kusuruna saplantılı olmasına ve (herkesin kusuruyla dalga geçeceğini düşündüğü için) toplumdan kaçış eğilimine yol açabilir. Bu nedenle, söz konusu burun veya kulağın şekil bozukluğunun giderilmesinde “psikolojik endikasyon” bulunmaktadır³⁷⁵. Ancak estetiğin sınırını, sağlık fonksiyonlarının en üst düzeyde korunması oluşturmalıdır³⁷⁶. Şekil bozukluğunun giderilmesi ile sırf güzellik için nefes almakta zorlanılan bir burun şekline kavuşulması arasında bir fark vardır. Hukuk düzeni, kimseye salt estetik nedenlerle sağlığını ve yaşamını riske atma yetkisi vermediğinden (Türk Medeni Kanunu m.23;

³⁷¹ Yazara göre; “Tedavi, koruma ve acı dindirme amaçları dışında yapılan cerrahî müdahalelerde hukuka uygunluk sebebi yoktur. Bu gibi hallerde cerrahın bistürisi ile bir şeririn bıçağı arasında bir fark kalmamakta ve cerrahi müdahale suç teşkil etmektedir.” İyileştirme amacı dışındaki müdahalelerin ise açık yasal izinle yapılabileceği kanaatindedir. Bkz. Gürelli, **op.cit.**, s.275.

³⁷² Hakeri, Tıp Hukuku, **op.cit.**, s.282.

³⁷³ <http://www.kbbistanbul.com.tr/hastalik-bilgileri.asp?pageID=30>, 16/04/2018.

³⁷⁴ <http://www.kbbistanbul.com.tr/hastalik-bilgileri.asp?pageID=23>, 16/04/2018.

³⁷⁵ Öğretide Gürelli psikolojik endikasyon görüşüne katılmamakta; bu tip hastalar cerrahi kliniğine gittiğinde, tedavi edilmek üzere psikiyatri kliniğine yönlendirilmeleri gerektiğini savunmaktadır. Gürelli, **op.cit.**, 273.

³⁷⁶ Öğretide Erman'da, iyileştirme amacına yönelik olmayan tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluğunun belirlenirken, diğer koşulların yanında, “hukuka ve ahlaka uygunluk” ölçütüne de yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Erman, **op.cit.**, s.203.

TCK m.26/2), sırf güzellik amaçlı müdahale, organın fonksiyonlarını bozduğu andan itibaren hukuka aykırı hale gelmiştir. Sağlık işlevlerine zarar vermedikçe, sırf güzellik amaçlı müdahaleyi de psikolojik endikasyon çerçevesinde değerlendirmek mümkündür.

Kürtaj, endikasyonun varlığının kanunen varsayıldığı tıbbî müdahalelerden birisidir. “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı” olmaksızın icra edildiğinde, iyileştirme amacını dönük olmayan bir müdahale teşkil ettiğinden dolayı, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.5/1’te, gebeliğin on haftasına kadar, isteğe bağlı olarak gebeliğin sonlandırılabilenini açık yasal hükümle öngörülmüştür. Nüfus planlaması da, modern tıbbın kabul ettiği amaçlardan birisi olduğundan, böyle bir yasal düzenleme tıp hukukunun teorik temelleriyle de uyumludur. şunu da belirtmek gerekir ki, iyileştirme amacına yönelik kürtaj da m mk nd r³⁷⁷. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun m.5/2-3’e göre;

“Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak ocuk 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.”

Bu halde, iyileştirme amaçlı bir müdahale söz konusu olduğu için, anılan hüküm olmasaydı bile, iyileştirme amaçlı tıbbî müdahaleyi hafta sınırına bağlı olmaksızın

³⁷⁷ “Dava konusu olayda, davalı doktorun kendisine müracaat ve ultrasonografik muayene de dâhil muayene edildiği tarihte davacı annenin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkânının olması halinde  zen borcuna aykırı davranmaları sebebiyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2827 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir.

Hamileliğin süresi ve k  kteki var olan fiziksel noksanlığın 2827 Sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tesbiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şaşsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük ocuk içinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi de zorunludur.” Yargıtay 13. HD 2015/38727 E. 2017/3509 K. 22.3.2017 T. (<http://kazanci.com>, 10/10/2017)

icra edebilmek mümkün olacaktı. Ancak tereddüt doğurabilecek bu durumun, yasayla açıklığa kavuşturulması da isabetli olmuştur.

Sünnet, toplumsal kurallar³⁷⁸ (sosyal endikasyon) ve kanunda sünnetçilerle ilgili yapılan düzenlemeler nedeniyle hukuka uygun sayılmaktadır³⁷⁹ (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun m.3). Almanya'da sünnet konusunda yaşanan tartışmalar³⁸⁰ nedeniyle, bu konuya ilişkin Alman Medeni Kanunu'na yasal düzenleme getirilmiştir (Alman Medeni Kanunu prg. 1631d³⁸¹).

İyileştirme amacı taşımayan ancak modern tıp biliminin kabul edilmiş amaçlara dönük icra edilen ve kanun tarafından ayrıca düzenlenmiş organ ve doku nakli, insan üzerine deney, kısırlaştırma ve sterilizasyon ve cinsiyet değişiklikleri de, hukuka uygun özel müdahale tipleri olarak zikredilebilir. Dolayısıyla, iyileştirme amacının günümüz tıp bilimi ve uygulamasında, müdahalenin “tıbbî” niteliğini gösteren zorunlu bir bileşen olmaktan çıktığını söylemek mümkündür.

³⁷⁸ Sünnetin geçmişinin 15 000 yıl önceye dayandığı tahmin edilmektedir. Yalnızca Müslümanlar ve Yahudiler değil, Afrika, Avusturalya, Amerika ve Okyanus adalarının bazılarında da uygulanır. Yahudilerde dinî bir emirdir. Müslümanlarda ise, terki günah olan bir fiil (farz) olmamasına karşın, farzların önünde toplumsal değer verilen bir adettir. Bkz. Bayat, **op.cit.**, s.45.

³⁷⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, **op.cit.**, s.283.

³⁸⁰ Köln Eyalet Mahkemesi'nin, Müslüman bir ailenin çocuğunu sünnet eden doktorun cezai sorumluluğu meselesinde verdiği karar, sünnete ilişkin kamuoyunda tartışma başlatmıştır. Mahkeme somut olayda beraat kararı vermişse de, kararının gerekçesinde sünnetin velayet hakkı kapsamında olmadığını ve vücut bütünlüğü ihlali oluşturduğunu, dolayısıyla hekimin müdahalesi için gerekli muvafakatin ebeveynler tarafından verilmiş olmasının, fiili hukuka uygun kılmadığı belirtilmiştir. Somut olayda sanığın, Alman Ceza Kanununun 17/I maddesi uyarınca kaçınılmaz bir hukuki değerlendirme hatası (*unvermeidbarer Verbotsirrtum*) içinde olduğu gerekçesiyle suçlu olmadığı tespiti yapılmıştır. Bu gerekçe kamuoyunda tartışmanın fitilini ateşlemiştir. Bkz. Ece Göztepe, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya'daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”, **Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan**, C.I, Ankara: AÜ Yayınları, 2013, s.283-287

³⁸¹ “(1) *Kişisel bakım, tıbbi meslek kuralları çerçevesinde icra edilecek olması şartıyla, idrak ve temyiz kudretini haiz olmayan erkek çocuğun tıbben gerekli olmayan sünnetine izin verme hakkını da kapsar. Bu kural, amacı dikkate alındığında sünnetin çocuğun menfaatini tehlikeye düşüreceği hallerde uygulama bulmaz.*

(2) *Çocuğun doğumundan sonraki ilk altı ay içinde, bir dini cemaat tarafından bu konuda görevlendirilen, hekim olmaksızın sünnet konusunda özel olarak eğitim almış ve sünnet işleminin yapılması için bir hekim kadar ehil olan kimseler Alman Medeni Kanunu prg. 1631 d/1'e göre çocuğu sünnet edebilir.*” (Kanun metninin Türkçesi için bkz. Duttge, “Seküler Modern Dönem Tıp Hukukunda Dindarlık” **op.cit.**, s.7)

D. Meslekî Kurallara Uygun Müdahale

1. Genel Olarak

Tıp hukukunun çok boyutluluğu nedeniyle, yalnızca yetkili hekim ve hastanın rızası gibi hukuki koşullara uyulması, somut müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli değildir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için belirtilen koşulların yanı sıra tıp biliminin yerleşik kurallarına uygun icra edilmesi de gerekmektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin tanımlar kısmında tıbbi müdahalenin, “...meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi” (m.4-g) ifade ettiği belirtilmek suretiyle, tıp bilimine uygunluğun tıbbi müdahale kavramına içkin bir nitelik olduğu vurgulanmıştır. Tüm hukuki şartlar yerine getirilmek suretiyle, örneğin hekimlik yetkisini haiz kişi tarafından, mevzuata uygun aydınlatma üzerine, rıza ehliyeti olan kimseden rıza alınarak icra edilse bile, tıbbi standartlara uygun olmayan müdahale, hukuka aykırılık teşkil edecektir. Tıp biliminin sürekli gelişiminden ötürü, tıbbî standartları hukukî metinlere dâhil etmek mümkün değildir. Bu kurallar, objektif özen yükümlülüğünün içeriğini oluşturmakta ve onu somutlaştırmaktadır. İzleyen kısımda, meslekî kurallara uygunluk ve aykırılık halleri anlatılacaktır.

2. Uygulama Hatası (Malpraktis)

a. Özen Yükümlülüğü Açısından Tıbbi Standartlara Uygunluk

Dünya Tabipleri Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen tıpta yanlış uygulama konulu bildiride, tıbbi uygulama hataları; “*doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır*” şeklinde tanımlanmıştır. “*Tıbbî standart, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir.*”³⁸² Bir diğer

³⁸² Hakeri, *Tıp Hukuku*, op.cit., s.358.

deyişle, tıp bilimin yerleşik kuralları, tıbbî standardı oluşturmaktadır. Fakat somut olayda tıbbi standardı belirlemek kolay olamayabilir. Tıp bilimi, hızlı gelişen bir bilimdir; bu nedenle tıbbî standartlar değişebilmektedir. Bazı olaylarda ise, yerleşik ve genel kabul görmüş bir tıbbî uygulama bulunmayabilir. Tıbbî standardının ihlalinin tespiti, uygulama hatası davalarının en tartışmalı unsurudur; çünkü tıbbî ceza davalarında savcının tıbbî standardın ihlalinin ziyade, hekim davranışının zarara etkisi üzerinde durduğu Amerikan öğretisinde ifade edilmiştir³⁸³. Türk uygulamasında tıbbi standart ihlalinin tespiti konusunda, tıp bilimi uzmanı bilirkişilerin vereceği rapor önem taşımaktadır.

Tıbbî hatalar, insan kaynaklı, teknik araç kaynaklı veya organizasyon kaynaklı olabilmektedir³⁸⁴. Çalışmamızda, hekimin tıbbî müdahale nedeniyle ceza sorumluluğu ele alındığından dolayı, uygulama hataları açısından yoğunlaştığımız husus, insan kaynaklı uygulama hatalarıdır. Diğer tıbbî hatalara ise yeri geldikçe değinmekle yetineceğiz.

Tıbbî müdahalenin icra edilme süreci, teşhis yapılmasına ilişkin müdahaleler, tedavi faaliyetleri ve tedavi esnasında veya sonrasında koruma (*profilaksi*) önlemlerinin alınması gibi bir dizi bileşenden oluşmaktadır. Tıbbî müdahalenin insan hayatının vazgeçilmez bir parçası olmasından ötürü, tıp biliminin kurallarına uygun davranılması suretiyle yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde yaratılmasına müsaade edilen risk, izin verilen risktir. İzin verilen riskin dışında, hukukî yararlar üzerinde zarar neticesi doğması halinde, bu neticeler bakımından rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılması mümkün değildir. Rızanın kapsamı ve muhtevası ancak “*ilmî icaplara uygun olarak*” (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13), “*ilmî metodları tatbik suretiyle*” (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.16) icra edilecek tıbbî müdahalelerle sınırlıdır.

Tıbbî müdahalenin tıp biliminin yerleşik kurallarına uygun icra edilmemesi halinde tıbbi uygulama hatası (malpraktis) söz konusu olmaktadır. Genellikle hekimler, uygulama hatasını, malpraktis olarak ifade etmektedir. Malpraktis (Lat. *Malapaxis*) teriminin bileşenlerinden *Mal* sözcüğü; hastalık, bozukluk, kötü ve kusurlu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla malpraktis, kötü uygulamayı ifade

³⁸³ Diane E. Hoffmann, “Physicians Who Break the Law”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol.53, 2008, s.1083.

³⁸⁴ Savaş, **op.cit.**, s.48.

etmekte olup; tıp hukukunda hastanın, sağlık personeli tarafından zarara uğrayacak şekilde yanlış tedavi edilmesini, tıbbın kötü uygulanmasını ifade etmektedir. Tıbbi malpraktis, bilgi, deneyim, beceri veya ilgi eksikliği ya da ihmal nedeni ile hastanın zarar görmesi; hatalı davranış veya görevin ihmali suretiyle yaralamaya ya da zarara yol açmak anlamında kullanılmaktadır³⁸⁵.

Hasta, yerleşik meslekî standartlara ve mevcut tıp bilgisine uygun, sonuca en elverişli ve en güvenli tedaviye erişim hakkına sahiptir (Hasta Hakları Yönetmeliği m.11³⁸⁶). Modern sorumluluk anlayışı, “*Hekimin kusurunu toprak örter*” noktasından uzaklaşmış; yapılan müdahalenin tıbbî standarda uygunluğunun denetlenmesi, tıp hukukunun en önemli boyutlarından birisi haline gelmiştir.

Hekimler, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.2/2; Hasta Hakları Yönetmeliği m.14). Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13’e göre;

“Tabip ve diş tabibi, ilmî icaplara 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.”

Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunurken, riski artırma yasağına uymaları gerekir³⁸⁷. Hekim, var olan yöntemlerden riski en az, başarı şansı en yüksek olanı tercih etmek zorundadır. Fakat daha yüksek bir riskin, somut olayın gereklilikleri veya daha elverişli bir iyileşme tahmini nedeniyle üstlenilebilmesi mümkündür³⁸⁸. Öğretide Ünver, hekimin riski en az olan yöntemi seçme zorunluluğunun olmadığını; seçilen yöntem, tıbben kabul edilen bir yöntem ise ve gerekli önlemler alınarak

³⁸⁵ Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk,(Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler)**, Mersin Barosu: Şen Matbaa, s.150.

³⁸⁶ “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.”

³⁸⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, op.cit., s.65-66.

uygulanmışsa, olumsuz netice doğsa dahi, hekimin ceza sorumluluğunun söz konusu olmayacağı kanaatindedir³⁸⁹.

Hekim, mesleğini icra ederken, vicdanî ve meslekî kanaatine göre hareket eder (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.6). Tıbbî standardın uygulanması gerekliliği, hekimin tedavi yöntemini seçme özgürlüğü ile birlikte ele alınmalıdır. Hekimin meslekî özerkliği ile hastanın tedaviyi seçme ve ret hakkı arasında hukukî dengenin kurulması da gereklidir³⁹⁰. Bir diğer ifadeyle, hekimin meslekî özerkliği, tıbbi standartlara uygun yöntemler arasında seçim yapmak ile sınırlandırılmıştır. Ancak, yeni yöntemin daha az riskli olması, başarı şansının yüksekliği, tıp dünyasında önemli itirazlarla karşılaşmaması durumunda, yeni bir tedavi yöntemi uygulanabilir³⁹¹.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.27³⁹² ve Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.10³⁹³ klasik tedavi yolları dışında başka bir tedavinin uygulanma koşullarını düzenlemektedir. Buna göre, bilinen tedavi yöntemlerinin uygulanması hastanın iyileşmesini sağlamıyorsa, yeni yöntemin yerleşmiş uygulamadan daha faydalı olacağı veya daha elverişsiz sonuç vermeyeceği muhtemel ise, hastanın aydınlatılmasında tedavinin yeni olduğu, henüz tıp uygulamasında yerleşik bir kabule erişmediği ve yeterli ölçüde tecrübe edilmediği de belirtilmek suretiyle, yeni yöntemin hastaya uygulanması mümkündür. Belirli bir hastalıkta, bir tedavi yöntemi diğer yöntemlere kıyasla, özellikle etkin olarak kabul ediliyorsa, hekimin kendisi başka bir yöntemi veya “azınlık görüşü”nü savunsa bile, alışılmış yöntemin başarılı kabul edilme durumunu göz ardı edemez. Hekim, somut olayın koşulları

³⁸⁹ Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **op.cit.**, s.165.

³⁹⁰ **Ibid.**, 149-150.

³⁹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.62-63.

³⁹² “Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde کافی derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metodları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır.

Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.”

³⁹³ “Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmeyeceğine kanaat getirmediğçe, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir.”

çerçevesinde, objektif nedenlerle, alışılmış yöntemin hastaya başka türlü zararlarının olabileceği kanaatinde ise, bu yöntemi terk edebilir³⁹⁴.

Benzer olaylarda yerleşik olarak kullanılan ve başarısı deneyimle sabit bir yöntem bulunması; ayrıca alışılmış yöntemin hastaya başka zararlarının olabileceğine dönük objektif verilerin yokluğu halinde, hekim alışılmış ve olağan yöntemi takip etmelidir. Sırf tıbbî ve bilimsel kanaati farklı olduğundan bahisle, somut olayda daha az kabul edilen bir yöntemi kullanan hekim, meydana gelen olumsuz neticeden dolayı sorumlu olacaktır.

Hekim, bilimsel yöneme göre tıbbî icra etmekle yükümlüdür. Tıbbî faaliyette, -diş protezi yapımı, estetik vb. gibi ayırık haller hariç- olumlu sonucun taahhüt edilmesi mümkün değildir. Hekimler icra ettikleri tıbbî müdahalenin; *“...mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez”* (Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.13). Biyotıp Sözleşmesi’nin 4. maddesi de hekimi, araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması ile sorumlu tutmaktadır. Meslekî yükümlülüklerle ve standartlara uygun müdahale, olumsuz neticelense bile, hekimin sorumluluğunu doğurmaz.

Tıbbî uygulama hatası, ceza hukuku açısından taksirli sorumluluk çerçevesinde değerlendirilecek bir kavramdır. Bu açıdan uygulama hatasının bulunup bulunmadığını, tıbbî standarda aykırı harekette bulunulmasına rağmen somut olaydaki zarar neticesinin hekime isnat edilip edilemeyeceğini belirlerken, taksirli sorumluluk esaslarını dikkate almak gerekmektedir.

Taksirli suçun tipikliğini, genel hayat tecrübesinden, mesleki tecrübeden veya mevzuattan kaynaklı objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar oluşturmaktadır. O halde, öncelikli olarak haksızlığın bulunup bulunmadığına ilişkin taksirli suçun objektif yönü belirlendikten sonra, kişisel olarak failin zekâsı, eğitimi, becerisi, kabiliyeti ve sosyal konumuna göre, somut olayda objektif yükümlülüğü yerine getirilebilir olup olmadığı araştırılmalıdır. Böylece taksirli suçlarda da haksızlık değerlendirmesi objektif olarak ilk aşamada yapılmakta, kusurluluğa ilişkin değerlendirme ise failin sübjektif olarak kınanıp kınanmayacağına ilişkin değer

³⁹⁴ Hakeri, “Tıp Hukukuna Giriş”, **op.cit.**, s.79-80.

yargısında bulunma şeklinde ikinci aşamada yapılmaktadır³⁹⁵. Dolayısıyla, taksirli fiillerde hekimin kusurluluğunun tespitinde sübjektif ölçüt dikkate alınacaktır. Alman ceza hukukunda da, özel hukukun aksine hekimin sübjektif kusuru (tıbbi hatadan bireysel durumu itibariyle kaçınılabilirliği) sorumluluk için aranmaktadır³⁹⁶.

Kendi kişisel bilgisine ve yeteneklerine göre, gerekli özeni gösterebilecek olmasına rağmen, göstermemiş bulunan hekim, taksirli fiilinden dolayı kınanır. Öngörülebilirlik unsuru, hekimin kişisel bilgisi, tecrübesi, eğitim derecesi ve sosyal konumuna bağlı olarak belirlenir. Örneğin, cerrahın ameliyata hazırlanma imkânı olmaksızın, ameliyatı üstlenmek zorunda kaldığı hallerde, sübjektif durumu nazara alınarak olumsuz neticeden dolayı kınanıp kınanamayacağı belirlenecektir³⁹⁷. Tıbbî standarda uygunluk konusunda, var olan durumun (personel, teknik araç vb.) gerektirdiği farklılıklar da gözetilmeli; kusurluluk değerlendirmesi yapılırken ölçüt olarak “*ulaşılabilir standart*” alınmalıdır³⁹⁸. Özen normuna uygun davranışın beklenebilirliği açısından, ulaşım yollarının kar nedeniyle kapandığı bir köyde, acil halde müdahale etmek zorunda kalan bir pratisyen hekim ile; araç ve teçhizat sorunu olmayan, gerektiğinde disiplinler arası çalışabilen ve başka uzmanlardan görüş (konsültasyon) isteyebilen uzman hekimin durumu farklı değerlendirilecektir. Örneğimizdeki pratisyen hekim icra ettiğinde kınamayacak ve mazur görülebilecek hatalar, uzman hekimin taksirli sorumluluğuna yol açabilir.

b. Uygulama Hatası (Malpraktis) ile Beklenmeyen Durum (Komplikasyon) Ayrımı

Tıbbi müdahale hatalarına taksirli sorumluluğun esasları uygulanacağından dolayı³⁹⁹; somut müdahalede ceza sorumluluğunun sınırı, öngörülebilir ve önlenabilir neticelerle belirlenir. Zararlı netice kaçınılmaz veya öngörülemeyen nitelikte ise tıbbî faaliyetin bünyesel riski içerisinde meydana gelmiştir ve bu hallerde beklenmeyen

³⁹⁵ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.181.

³⁹⁶ Marc S. Stauch, “Medical Malpractice and Compensation in Germany”, **Chicago Kent-Law Review**, Vol.86/3, 2011, s.1142.

³⁹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.352-353.

³⁹⁸ **Ibid.**, s.359.

³⁹⁹ Burada yapılan açıklamalar, uygulama hatasında bakımından dikkate alınacak ceza hukuku ölçütlerini belirtme amaçlı olup, hekimin taksirli fiillerine ilişkin ayrıntılı açıklama, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yapılacaktır.

durum (komplikasyon) söz konusu olduğundan dolayı, hekimin taksirli sorumluluğu mevcut değildir⁴⁰⁰.

Beklenmeyen durum (komplikasyon), tıbbî müdahale esnasında veya sonrasında görülen ve hekimin hatasından kaynaklanmayan bir durumu, tıbben beklenmeyen hali ifade etmektedir⁴⁰¹. Bir başka deyişle, tıbbi faaliyetin bünyesinden kaynaklı bir riskin, somut olayda gerçekleşmesidir. Bilgili ve deneyimli hekimin, tıp bilimine ve mevzuattaki (aydınlatılmış rıza, yetki vd.) gerekliliklere uygun müdahalesine rağmen, olumsuz netice gerçekleşebilir. Örneğin; tiroid ameliyatı sonrasında, alınan tüm bilimsel önlemlere rağmen, %2 oranında ses kısıklığı gelişebilmektedir. Diğer bir ifadeyle tıp bilimi, tiroid ameliyatı sonrasında her 100 hastadan ikisinde ses kısıklığı oluşacağını öngörebilmektedir; ancak mevcut tıp birikimi geliştirebildiği tüm önlemlere karşın bunu engelleyememektedir. Ses kısıklığı tiroit ameliyatının doğasında bulunan bünyesel bir risktir⁴⁰². Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle hastanın zarar görmesi taksirli sorumluluk doğururken, beklenmeyen durum nedeniyle hekim sorumlu tutulamaz. Beklenmeyen durum (komplikasyon) ceza hukuku açısından, kaza ve tesadüf sayılmakta; kural olarak hekime beklenmeyen durumdan dolayı sorumluluk yüklenmemektedir⁴⁰³.

Beklenmeyen durumun gerçekleştiği her olayda, hekimin sorumluluğunun olmayacağını söylemek mümkün değildir. Görece sık görülen, bilinen, diğer bir ifadeyle öngörülebilir beklenmeyen durumlarda (komplikasyon); istenmeyen sonucun nasıl yönetildiği, hekimin kusuru açısından yapılacak değerlendirmede önem taşımaktadır⁴⁰⁴. Bu nedenle, her beklenmeyen durumun, izin verilen risk olarak kabul edilemeyeceğine dikkat edilmelidir. Beklenmeyen durumun önceden öngörülmesi mümkün iken öngörülmemişse veya hekim beklenmeyen durum doğduğunda risk veya zararı azaltmaya yönelik tıbben gerekli önlemleri almamışsa,

⁴⁰⁰ Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **op.cit.**s.153-154.

⁴⁰¹ H. Tamer Nal, “Tıbbî ve Cerrahî Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.IX, Sy: 100, Aralık 2014, (<http://jurix.com.tr/article/2756>, 15/10/2017) s.10.

⁴⁰² Murat Civaner, “ ‘Malpraktis’ yerine ‘hizmet kaynaklı zarar’ ”, **Türk Pediatri Arşivi**, Sy:46, 2011, s.7.

⁴⁰³ Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, C.V, 2014, s.24.

⁴⁰⁴ Gürçan Altun/ Abdullah Coşkun Yorulmaz, “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, **TÜTFD**, Sy:27, 2010, s.

taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir⁴⁰⁵. Somut olayda, beklenmeyen durumun niteliği, sıklığı, olumsuz sonucun erken fark edilebilme, engellenebilme durumu gibi konular değerlendirilerek, izin verilen risk alanında olup olmadığına ilişkin bir yargıya varılmalıdır⁴⁰⁶.

Beklenmeyen durumun öngörülemez olduğu, öngörülebilir olsa bile alınabilecek bir önlemin bulunmadığı veya somut olayda önlem alınmasına rağmen olumsuz sonucun gerçekleştiği hallerde hekimin sorumluluğu bulunmamaktadır. Öngörülebilir ve önlenebilir olmasına rağmen hekimin gerekli önlemi almayarak neden olduğu zararlı sonuçtan, hekim sorumlu tutulacaktır⁴⁰⁷. Öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen önlenebilir olmayan (örnekteki ses kısıklığı gibi) beklenmeyen durumlar (komplikasyon) izin verilen risk alanındadır.

Hekim, beklenmeyen durum ortaya çıktığında, süreci/riski de özen yükümlülüğüne uygun şekilde yönetmek durumundadır⁴⁰⁸. Beklenmeyen durum (komplikasyon) sürecinin tıp bilimine uygun olarak yönetilmemesi halinde, zarar neticesi ile hekimin ihmal davranışına (gerekli önlemi almama) objektif olarak yüklenebiliyorsa, zararlı sonuçtan taksirli sorumluluk söz konusu olur. İhmal edilmiş önlem alınsaydı veya riskli süreç tıp bilimine uygun yönetilseydi bile zarar neticesinin engelleneceği kesin değilse, bu halde hekimin özensiz davranışı ile zarar neticesi arasında hukukî anlamda nedensellik⁴⁰⁹ bulunmayacaktır. Son ihtimalde, özensiz davranış bulunmasına rağmen, olumsuz netice hekime yüklenemeyecektir.

⁴⁰⁵ Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **op.cit.**, s.154-155. Aynı yönde; Savaş, **op.cit.**, s.306.

⁴⁰⁶ İsmail Özgür Can/ Erdem Özkara/ Muhammed Can, “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, **DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi**, C.XXV, Sy: 2, 2011, s.73.

⁴⁰⁷ Peptik ülser perforasyonu olan hastaya, ameliyatla mide onarımı yapılır, batını yakınır ve antibiyotik tedavisi uygulanır. Taburculuk sonrası ameliyat yerinden tekrarlayan akıntı ve ateş sonrası –peritonit ve sepsis nedeniyle hasta ölür. Bu olayda hekim kusurlu bulunmuştur. Bkz. Nal, **op.cit.**, s.22.

⁴⁰⁸ Hekimin kusurlu bulunmadığı bir olaya ilişkin kararda, Yargıtay değerlendirme ölçütü olarak “komplikasyon yönetimi” kavramını kullanmıştır: “...tıbbi belgelere göre dekolman plesenta ve uterus atonisi nedeni ile kanamaya bağlı hemorajik şok ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği, dekolman plesenta ve uterus atonisinin önlenemez, ön görülemez, ani anne ve bebek ölüm oranı yüksek kanamaya bağlı DIC gelişebilen bir tablo olduğu, hastanın tanı, tedavi, anestezi ve yoğun bakım uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğunun belirlenmesi dosya kapsamına uygun olan bu belirlemeler karşısında tamamen tıp kurallarına uygun olan bu müdahalelere rağmen meydana gelen ölümün komplikasyon olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu, komplikasyon yönetimi açısından da sanıklara atfı kabil bir kusur bulunmadığı anlaşılmakla” Yargıtay 12. CD 2013/30046 E. 2014/24568 K. 3.12.2014 T. (<http://kazanci.com>, 15/10/2017)

⁴⁰⁹ İhmal ile işlenen neticeli bir suçta, doğal nedensellik bulunmamaktadır. Bizzat ihmal, normatif bir kavramdır.

c. Uygulama Hatası Türleri

i. Teşhis Hatası

Tıbbi müdahalenin ilk evresini, teşhis aşaması oluşturmaktadır. Hekimin yükümlülüğü, hastasını tıp bilimi kurallarına göre kendisinden beklenen dikkat ve beceri ile bilimsel yöntemlere başvurarak muayene etmesi, teşhis koyması ve çağdaş tıp tarafından kabul edilmiş usullerle tedavi uygulamasıdır⁴¹⁰. Hekim, bunu sağlamak üzere, hasta ve gerekli hallerde hasta yakınları ile görüşerek hasta öyküsü (*amnamnez*) almalı, teşhise yardımcı olan ve somut olayda tıbben gerekli sayılan laboratuvar tetkiklerini, grafik, röntgen, ultrason ve benzeri görüntüleme tekniklerini uygulamalıdır⁴¹¹. Tüm bu bulguların toplanıp, değerlendirilmesi sonucunda, hastalığın tıbbi nitelenmesi olan teşhiste bulunulmalıdır. Gerekli araştırmalar yapılmasına rağmen, tıp biliminin kabul edilebilir sapmalardan kaynaklı teşhis yanlışları hekimin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Teşhis yanlışlığının bulunduğu her olayda, uygulama hatasının oluştuğundan söz etmek mümkün değildir⁴¹². Çünkü belirtiler (semptomlar) çoğu zaman açık değildir ve birden fazla etkeni işaret edebilir. Hekimin teşhis yanlışlığından sorumluluğu ancak verileri tıp bilimine aykırı olarak yanlış değerlendirmesi veya hiç değerlendirememesi halinde, istisnâ durumlarda söz konusu olur⁴¹³. Bir başka deyişle teşhisin isabeti, “o anki” duruma göre belirlenmelidir.

Teşhisle ilgili bir diğer husus, tıp biliminin verilerine göre zamanında teşhis koyulmasıdır. Özellikle ağır hastalıklarda, teşhiste gecikme ağır neticelerin doğumuna sebep olabilir. Yargıtay, hekimi “...tıbbi açıdan zamanında teşhis koyup, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak”⁴¹⁴ ile yükümlü görmektedir. Teşhiste gecikme, ağır zarar görme dışında, belirli hukuki imkânların kaybedilmesine de yol açabilir. Örneğin cenindeki ağır maluliyete yol açacak şekilde doğumsal bozukluklar (*konjenital anomali*) bulunduğu tespit edilirse, on haftadan sonra bile rahim tahliyesi yapılması mümkündür. Hekimin bu bozukluğu tespit

⁴¹⁰ Belgesay, “Doktorun Hukukî Borçları”, **op.cit.**, s.109-110.

⁴¹¹ Demir, **op.cit.**, s.239.

⁴¹² G’Sell-Macrez, **op.cit.**, s.1099.

⁴¹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.370-371.

⁴¹⁴ Yargıtay 12. CD 2017/3076 E. 2017/5136 K. 14.06.2017 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, 15/10/2017)

edememesi nedeniyle, çocuğun ağır maluliyetle doğması halinde hekimin özel hukuk sorumluluğuna gidilebilmektedir⁴¹⁵. Eğer hekim kamu görevlisi ise, görevin ihmal suretiyle kötüye kullanılması suçu nedeniyle, somut olayda ceza sorumluluğunun da söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Tıp bilimine aykırı olarak teşhiste gecikilmesi nedeniyle hekimin sorumlu tutulabilmesi, doğan olumsuz sonuç ile teşhiste gecikme arasında nedensellik bağının bulunmasına bağlıdır. Yargıtay da, somut olayda teşhiste gecikildiği halde, bu gecikme olmasa bile kurtarılması tıbben kesin olmayan bir hastalığa ilişkin olarak, gecikmeden dolayı hekimin sorumlu tutulmaması gerektiği kanaatinde⁴¹⁶.

ii. Tedavi Hatası

Tedavi, tıbbi müdahalenin iyileştirmeye yönelik kısmını ifade etmektedir. Hekim, tıbbî müdahalenin icrasında alınması gereken önlemleri almalı, kaçınması gereken dikkatsizlikten kaçınmalı; meslek standartlarına uygun davranmalıdır. Bu bağlamda, tıp biliminin geldiği güncel seviyeyi hastaya uygulamalıdır. Ancak hekimin tıbbî

⁴¹⁵ “Dava konusu olayda, davalı doktorun kendisine müracaat ve ultrasonografik muayene de dahil muayene edildiği tarihte davacı annenin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkanının olması halinde özen borcuna aykırı davranışları sebebiyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının 2827 Sayılı Kanun’un 5. Maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir.

Hamileliğin süresi ve küçükteki var olan fiziksel noksanlığın 2827 Sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecektir tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük çocuk içinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi de zorunludur.” Yargıtay 13. HD. 2015/38727 E. 2017/3509 K. 22.3.2017 T. (<http://kazanci.com>, 15/10/2017)

⁴¹⁶ “PNET (Primitif Nöro Ektodermal Tümör) son derece nadir ve çok habis bir sarkom türü olduğu.../... tedavisinde, cerrahi, radyoterapi ve kemoterapi gibi tüm yöntemler kullanılmasına rağmen tıp literatüründe, erken tanı konan hastalarda bile, hastalığın kötü seyirli olduğu bilinmekte olduğundan zamanında tanı konulmuş olsa dahi kurtulmasının kesin olmadığı belirtilmesi karşısında, meydana gelen olayda şüphelilere cezai anlamda atfedilecek kusur bulunmadığı anlaşılmakla,” Yargıtay 12. CD. 2016/5211 E. 2016/9368 K. 2.6.2016 T. (<http://kazanci.com>, 15/10/2017)

yenilikleri izleme ödevi sınırsız bir şekilde anlaşılmamalıdır. Tıbbî standartları bilip bilmeme, hekimin içinde bulunduğu yere (şehir-köy), ülkenin genel tıp seviyesine ve hekimin uzmanlığının bulunup bulunmamasına göre belirlenir⁴¹⁷.

Hekimin tedaviye ilişkin uygulama hataları, ceza hukuku bakımından taksirle öldürme veya yaralama suçlarının tartışılmasını gerektirmektedir. Hekimin tedaviyi özensiz uygulamasından dolayı taksirli sorumluluğun doğabilmesi için, meydana gelen zarar neticesi ile hekimin özensiz davranışı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olmaması nedeniyle, zarar sonucu ile özensiz davranış arasından nedensellik bağı bulunmaması halinde taksirli sorumluluk söz konusu olmaz⁴¹⁸. Fakat salt yükümlülük ihlaline, başka cezaî sonuçlar bağlanabilmektedir⁴¹⁹. Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta;

“Doktor olarak görev yapan sanıkların, .../... ölende çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahi müdahaleyi gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğu, bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri sebebiyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışlarıyla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, .../... zira ölümün genel beden travması sebebiyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu sebebiyle gerçekleştiğinin .../... belirlendiği, bu sebeple sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, .../... öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, .../... ölenin

⁴¹⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.148.

⁴¹⁸ Yazar, taksirli suçlarda nedensellik bağının önemini, 5237 sayılı TCK'da yer alan madde başlığındaki “taksirle öldürme” ifadesini eleştirerek, şu şekilde açıklamaktadır: “*Taksirle öldürme başlığı hatalıdır, zira bu ifade kastı çağrıştırmaktadır. Oysa taksirde neticeyi isteme olmadığından esas olan illiyet bağıdır ve bu durumda doğru ifade, taksirle ölüme veya yaralamaya sebebiyet vermektir.*” Kocasakal, **op.cit.**, s.155.

⁴¹⁹ “*Sanıkların mağdurun göz röntgenini çekmeden onu ameliyata hazırlayıp ameliyat ettiklerine ve bu sebeple gözdeki çiviyi tespit edemeyerek 2. kez ameliyat olmasına neden olduklarına göre gerekli mesleki özen ve titizliği göstermedikleri açıktır. Her ne kadar aynı raporlar ve tutanakta, mağdurun gözündeki çivinin olay günü tespit edilip çıkartılması halinde dahi göz kaybının önlenemeyeceği belirtilmişse de, bu husus görevi ihmal suçunun oluşması yönünden önemli değildir. Esasen gözdeki çivinin geç çıkartılmasından dolayı göz kaybı meydana gelmiş olsaydı, başka bir söyleyişle sanıkların eylemleriyle sonuç arasında illiyet bağı bulunsaydı, o zaman görevi ihmal suçu değil T.C.K.nun 459/2. maddesinde öngörülen tedbirsizlik ve dikkatsizlikle yaralamaya neden olma suçu oluşurdu.*” Yargıtay CGK 311-17 K. 11.2.1991 T. (<http://kazanci.com>, 18/10/2017)

*.../... mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu*⁴²⁰

şeklinde karar verilerek, yükümlülük ihlali ile zarar neticesi arasında bağ kurulamayan hallerde, görevi ihmalden dolayı hekimin sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmiştir.

Bir cerrahın yapmaması gerektiği halde, üreteri, önemli bir sinir veya arteri kesmesi, batında pens, makas vb. ameliyat gereçlerini unutması dikkatsiz davranışlardandır⁴²¹. Çalışmamızın tıbbi müdahalenin uygulanmasında “yetkili hekim” koşuluna ilişkin kısımda açıkladığımız “üstlenme kusuru” hallerinin de, tedavi hatası teşkil ettiğini ve taksirli sorumluluk doğurabileceğini düşünmekteyiz.

Çalışmamızın taksirli fiilleri anlatan kısmında, tedavi hataları daha detaylı olarak anlatılacaktır.

iii. Bakım ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Doğrudan tıbbî müdahaleden kaynaklanmamakla birlikte, bakım ve koruma yükümlülüklerinin ihlali de tıbbî uygulama hatası olarak ifade edilmektedir. Hekimin tıbbî müdahaleleri ile doğrudan ilgili olmayan bu haller, konumuzun dışında kalmaktadır. Fakat bakım ve koruma yükümlülüğüne ilişkin bazı hallerin, tıbbî müdahaleye eşlik eden bir kısmı olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda güvenlik aydınlatması olarak bahsettiğimiz, alınması gerekli önlemler konusunda hastanın uyarılması, gerekirse takip edilmesi, tedaviye eşlik eden süreçle bağlantılıdır. Güvenlik aydınlatması, rızanın geçerliliğine ilişkin bir aydınlatma değildir; fakat hastanın zarar görmesini önlemeye dair hekimin yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu yükümlülük ihlali nedeniyle meydana gelen zarar neticesinin hekimin görevi ihmal suçundan sorumluluğuna yol açması mümkündür. Ayrıca hekimin özel hukuk kurallarına göre, meydana gelen zararı tazmin sorumluluğu doğabilir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta;

“Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan

⁴²⁰ Yargıtay CGK 2014/12-103 E. 2014/552 K. 9.12.2014 T. (<http://kazanci.com>, 18/10/2017)

⁴²¹ Hancı, **op.cit.**, s.27.

emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır.../... Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.”⁴²²

diyerek, hastane işleteninin anılan yükümlülükleri ihlal nedeniyle sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Yaşamsal işlevlerin yeterli şekilde izlenmemesi, koruma önlemlerinin alınmaması, travmalı hastanın gözlem altında tutulması gereğine uyulmaması, ameliyat sonrası yetersiz takip gibi hususlar koruma yükümlülüğüne aykırı davranışlara örnek olarak sayılmaktadır⁴²³. Organizasyon kusuru olarak ifade edilen, hastanenin yükümlülüklerinin, tıbbî müdahale süreci ile doğrudan ilgili kısımlarının da –örneğin nöbetçi ve icapçı hekimlerin belirlenmesi, tıbbî cihazların kullanıma hazır tutulması, hastane hijyeni-, bakım ve koruma yükümlülükleri içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Bunlar sistem kaynaklı kusurlar olduğundan dolayı konumuzun dışında kalmaktadır.

⁴²² Yargıtay HGK 2009/13-393 E. 2009/452 K. 21.10.2009 T. (<http://kazanci.com>, 18/10/2017)

⁴²³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, op.cit., s.384.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLERİN CEZAÎ SORUMLULUĞUNU DOĞURAN BAŞLICA SUÇ TİPLERİ

I. GİRİŞ

Hekimlerin tıbbî müdahalede bulunurken uymaları gereken hukukî koşulları önceki bölümlerde açıklamıştık. Bu bölümde, hekimlerin tıbbî müdahalenin icrasından kaynaklanan cezaî sorumluluğu, başlica suç tipleri yönünden ele alınmıştır. İnceleme konusu suç tipleri, hekimler tarafından tıbbi müdahalenin icra edilmesi ile doğrudan bağlantılıdır. Bir başka deyişle ele alınan suçlar, tıp bilimini icra yetkisinin, hukukun izin vermediği yollarla kullanımını teşkil ettiğinden dolayı, çalışmamızın kapsamında değerlendirilmiştir.

İzleyen kısımda hem kasten hem de taksirle işlenen suçlar incelenecektir. Burada anılan kasıtlı suçlar dışında, hekimlerin işleyebileceği başka kasıtlı suçlar da bulunmaktadır. Bu suçların bir kısmı tıbbi müdahalenin icrası ile doğrudan ilgili değildir (örneğin bıçak parası istenmesi, irtikâp) ve bu nedenle çalışmamızın dışında bırakılmıştır. Bu nedenle izleyen kısımda, yalnızca hekimlik sıfatı ile ilgili ve tıbbî müdahalenin icrası ile doğrudan bağlantılı kasıtlı ve taksirli suçlar ele alınmıştır.

II. TIBBÎ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN İNSAN ÖLDÜRME SUÇLARI

A. Kasten Öldürme Suçu

1. Genel Bilgiler

Hekimlerin öldürme kastını taşıyarak, icraî davranışla bir kimseyi öldürmesi halinde, tıbbî sıfatına sahip bir müdahalenin varlığı bile şüpheli hale gelmektedir. *Bayraktar*'ın belirttiği gibi, “*Hekim, kasten işlediği suçlarda diğer kimselerden farklı bir durumda bulunmamaktadır.*”⁴²⁴ Bu nedenle hekimin kasten insan öldürme suçunu icraî eylemle gerçekleştirmesi ihtimaline ilişkin, izleyen kısımda yalnızca olası kasıtlı öldürme ve talep üzerinde öldürmeden söz edilecektir. Diğer icraî davranışla öldürme hallerinde hekimin “tıbbî” müdahale icra ettiğinden söz etme imkânı yoktur.

Hekimin kasten öldürme suçundan sorumluluğu bakımından, kasten öldürmenin ihmalî davranışla gerçekleştirilmesinin de üzerinde durmak gerekmektedir. TCK’da ihmal suretiyle icra suçunun koşulları 83. maddede düzenlenmiştir. TCK m.83’e göre;

“(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması,

Gerekir.

⁴²⁴ Hakkın kullanılması görüşüne taraftar olan *Bayraktar*, hekimin kasıtlı fiillerini tedavi amaçlı olmayan fiiller olarak değerlendirmektedir. Bir diğer ifadeyle, tedavi amacı, hakkın sübjektif sınırını oluşturmakta, bu amacın dışında kalan fiiller kasıtlı sorumluluk doğurmaktadır. Bkz. *Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, op.cit.*, s.203-204.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

Esasen icrai davranışla işlenen her suçun, “icrai davranışa eşdeğer” bir ihmalle gerçekleştirilmesinin cezayı gerektirmesi için bu düzenlemenin genel hükümler kısmında yapılmasının daha isabetli olacağı öğretide ileri sürülmüştür⁴²⁵. Fakat garantörsel ihmali suçlar, bir “yapma emri” içerdiğinden dolayı temel hakları yasak normlarına göre daha fazla kısıtlamaktadır⁴²⁶. Bu nedenle garantörsel ihmali suçun, istisnai olarak belirli suç tiplerinde açıkça öngörülmesi daha doğru olacaktır (TCK m.83,88).

2. Korunan Hukukî Değer

Suçla korunan hukukî değer, yaşam hakkıdır⁴²⁷. Yaşam hakkı, insana ait değerlerin en üstünüdür; diğer tüm hakların özünü ve varlık nedenini oluşturmaktadır⁴²⁸. Devredilemez ve vazgeçilmez nitelikteki bu hak üzerinde kişinin kendisinin de tasarrufta bulunması mümkün değildir⁴²⁹. İHAS’ın 2. maddesi ve Anayasa’nın 17. maddesinde bu hak güvence altına alınmıştır. Anılan hükümler uyarınca, devlet, yaşam hakkını koruyan yasal düzenlemeleri kabul etmek ve etkili bir şekilde uygulamakla yükümlüdür; yaşam hakkını ihlale yönelik kasıtlı ve taksirli fiillerin etkin bir cezalandırılması, devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü

⁴²⁵ İlkesel olarak, ihmalin icrai davranışa eşdeğerlik koşullarının genel hükümlerde düzenlenmesi gerektiği; mevcut düzenlemeye göre, ihmali olarak işlenebileceği belirtilen icrai suçların sınırlı olarak belirlendiği ve dolayısıyla kanunilik ilkesi açısından, yasada açıkça öngörülen suçlar dışında diğer icrai suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği görüşü için: Koca / Üzülmöz, **op.cit.**, s.374.

⁴²⁶ Bireyin hem cinslerine karşı ahlaki yükümlülüklerini, hukukî yükümlülük haline getirecek nitelikte ölçüsüz bir müdahale alanı yaratılması sakıncalarına dair bkz. Sulhi Dönmezer, “İhmal Suretile İcra Suçları”, **İÜHFİM**, C.IX, Sy:3-4, 1944, s.489.

⁴²⁷ Sahir Erman / Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK m.448-490)**, İstanbul: Dünya, 1994, s.4.

⁴²⁸ Zeki Hafizoğulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Usa Yayıncılık, 2010, s.33; Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.I**, İstanbul: Beta, 2007, s.23 vd.; Korff, **op.cit.**, s.6.

⁴²⁹ Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2017, s.25; Centel / Zafer / Çakmut, **Kişilere Karşı Suçlar, op.cit.**, s.14.

kapsamındadır⁴³⁰. Bu kapsamda, inceleme konusu norm da, yaşama karşı kasıtlı öldürme fiillerini cezalandırmaktadır.

3. Fail

Suç herkes tarafından işlenebilir; özel faillik niteliği aranmamaktadır⁴³¹. Hekimlerin bu suçtan sorumlulukları yönünden kamu görevlisi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) açısından, failin garantör olması koşulu aranmaktadır. Hukukî değeri ihlâl edici hareketler herkese yasaklanmış iken, hukuki değeri korumaya yönelik hareketlerden her koşulda ve herkes yükümlü tutulmamıştır. Bu nedenle, garantörsel ihmali suçlarda genel faillik unsurlarının yanında, özel garantörlük koşulunun gerçekleşmesi gerekir⁴³².

4. Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Hukuken kişi sayılan, yani anne karnından tam ve sağ doğan kimseler ancak suçun mağduru olabilmekte; suç cenine karşı işlenememektedir⁴³³.

⁴³⁰ Karan, **op.cit.**, s.119.

⁴³¹ Koca / Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, **op.cit.**, s.26.

⁴³² Hakan Hakeri, “İhmali Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:4, Ağustos 2007, (<https://jurix.com.tr/article/2821>, 13/11/2017), s.4.

⁴³³ Aynı yönde: Erman / Özek, **op.cit.**, s.7; Koca / Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, **op.cit.**, s.28.

5. Maddî Unsur

a. İcraî Hareketle İşlenmesi (TCK m.81)

Suçun temel şekli bakımından kanunî tanımda belirli bir hareket gösterilmediğinden suç serbest hareketli bir suçtur. Hareketin, ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir⁴³⁴.

Çalışmamızın rızanın kapsamını açıklayan kısmında değindiğimiz gibi, hekimin icraî eylemle ölüme yardım etmesi anlamına gelen ötanazi, kasten öldürme suçunu teşkil edecektir. Yine ötanazinin dışında kalan, diğer talep üzerine öldürme eylemleri de kasten öldürme olarak değerlendirilir.

İyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan kişinin kendi isteği üzerine, acılarının dindirilmesi amacıyla hekim tarafından yaşamına son verilmesi olan ötanazi, talep üzerine öldürmenin oluşum biçimlerinden birisi olmakla birlikte, anılan koşulların mevcut olmadığı talep üzerine öldürme eylemleri de söz konusu olabilmektedir⁴³⁵. Ötanazinin koşullarından birisinin bulunmadığı hallerde de talep üzerine öldürme eylemleri söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişinin iyileşmesi olanağı bulunmasına rağmen, öldürülme talebinde bulunduğu hallerde, talep üzerine öldürme söz konusu olacaktır. Alman Ceza Kanunu’nun 216. maddesinde talep üzerinde öldürme daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasına karşın⁴³⁶, Türk hukukunda bu tip bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Bu nedenle ötanazi dâhil, tüm talep üzerine öldürme eylemleri, kasten öldürme suçunun temel şekliyle cezalandırılır.

⁴³⁴ Ahmet Gökçen / Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK M.81)”, **MÜHF – HAD**, C.XVII, Sy: 1-2, 2014, s.115.

⁴³⁵ Artuk / Yenidünya, “Ötanazi”, **op.cit.**, s.110.

⁴³⁶ Alman Ceza Kanunu’nun *Michael Bohlander* tarafından yapılmış İngilizce çevirisi için bkz. (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.pdf, 25/04/2018)

b. İhmalî Hareketle İşlenmesi (TCK m.83)

Hareketsiz kalan kişinin belirli bir neticeden sorumlu tutulmasına yol açacak ölçüde yakın ilişki, garantörlük olarak adlandırılmaktadır. Bir diğer deyişle garantörlük, tipik neticenin önlenmesine ilişkin yükümlülüktür⁴³⁷. Kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenebilmesi için ölüm neticesinin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. TCK'nın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre ihmalî ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için kişinin, belirli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması veya kişinin öngelen tehlikeli eylemde bulunması gerekmektedir.

Hekimler kanundan (örneğin Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği m.24, TDT m.18), sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden dolayı garantörlük yükümlülüğü altında bulundukları için, kasten ihmalî davranışta bulunmaları halinde, işbu hükümleri ihlal edebilmektedir. Hekimin vermesi gereken ilacı, kasten yani bilerek ve ölüm neticesini isteyerek vermemesi halinde, ölüm neticesinin doğumundan TCK m.83 uyarınca sorumlu tutulacağı söylenebilir⁴³⁸. Hekimin ihmalinin olumsuz netice doğurması halinde, somut olayda hangi suç tipikliğini oluşturacağı, manevî unsur değerlendirmesini gerektirmekte, ancak bu değerlendirme sonrasında kast, bilinçli taksir veya basit taksirle sorumluluğun saptanması mümkün olabilmektedir.

6. Manevî Unsur

a. Genel Bilgiler

Suç genel kastla işlenebilir. Olası kasıtlı da işlenebilmesi mümkündür. Kasten öldürme suçunun manevî unsurunu, hekimlerin cezaî sorumluluğu bakımından önem taşıyan hususlar açısından değerlendireceğiz. Bu açıdan olası kast – bilinçli taksir

⁴³⁷ Hakeri, “İhmalî Suçlar”, **op.cit.**, s.5.

⁴³⁸ Mahmut Koca, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, **EÜHFD**, C.XIII, Sy:3-4, s.39.

ayırımına ve ihmali davranışla işlenen insan öldürme suçlarında garantörsel ihmali suç ile taksirli suç ayırımına değineceğiz.

b. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımı

Hekimlerin icraî davranışla bir kimsenin hayatına son vermeleri halinde, tıbbî sıfatına sahip bir müdahalenin varlığından söz etme imkanı azalmaktadır. Ancak olası kasıtlı öldürme ihtimalinin, tıbbî müdahalenin uygulanması ile bağlantılı olarak ele alınmasında yarar görmekteyiz. Özellikle değinilmesi gereken husus, tıbbî uygulama hatalarının hukukî nitelendirilmesinde bulunurken olası kast veya bilinçli taksir ayırımının nasıl yapılacağıdır.

Neticenin öngörülmesine rağmen, doğrudan istenmediği bilinçli taksir ve olası kast hallerinin, hangi ölçütlerle ayrılacağı üzerinde durmak gerekir. Failin amacını gerçekleştirmeye yönelik kasta, belirli kast; amacın dışında kalan ancak failce öngörülen diğer neticelerin gerçekleşmesine yönelen kasta, olası kast⁴³⁹ denmektedir⁴⁴⁰. Diğer bir deyişle, failin suçun kanunî tanımındaki maddî unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını kabullenmesi halinde, olası kast söz konusu olur⁴⁴¹.

Neticenin fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemesi hali, bilinçli taksir olarak ifade edilmektedir⁴⁴². Bu halde, fail neticeyi öngörmesine karşın, sırf şansına, becerisine, bilgisine veya başka etkenlere güvenerek, hareket etmektedir⁴⁴³.

Bilinçli taksir durumunda, öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilmekte; buna karşın olası kast durumunda netice fail tarafından göze alınarak, kabullenilerek ve muhtemel gerçekleşme haline kayıtsız kalınarak harekete devam edilmektedir⁴⁴⁴. Suç olası kastla işlendiğinde, fail öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenmiş, neticenin meydana gelmemesi için herhangi bir önlem

⁴³⁹ Olası kastla eş anlamlı olarak muhtemel, gayri muayyen, belirsiz ve dolayısıyla kast tabirleri de kullanılmaktadır.

⁴⁴⁰ Dönmezer / Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, op.cit.**, s.256.

⁴⁴¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.306.

⁴⁴² Dönmezer / Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, op.cit.**, s.289.

⁴⁴³ **Ibid.**, s.290.

⁴⁴⁴ Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975, s.160.

almamıştır. Zarar neticesine bilinçli taksirle sebebiyet verildiğinde, fail neticeyi öngörmesine rağmen; talihe, kendi bilgi veya becerisine veya başka etkenlere güvenerek öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareketine devam etmektedir⁴⁴⁵. Eğer fail, gerçekleşmesi mümkün görülen, olası neticelere engel olabileceği inancıyla davranmış ve buna rağmen zarar neticesi somut olayda gerçekleşmişse, bilinçli taksir; bu neticelerin gerçekleşmesine kayıtsız kalmış ve kabullenmiş ise olası kast söz konusudur⁴⁴⁶.

Hekimin, somut olayda olası kast ile sorumlu tutulabilmesi için muhtemel gördüğü neticelere karşı, kayıtsız kalarak hareket etmesi gerekmektedir. Hekim, kişisel bilgi ve becerisine güvenerek, zarar neticesinin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmiş ise bilinçli taksirle sorumlu tutulacaktır. Sırf deney ve deneme yapmak amacıyla veya benzer bir nedenle, neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalındığında, bundan dolayı zarar neticesinin olası kast ile sorumluluk doğurabileceği söylenebilir. Fakat asıl tıbbi müdahale hataları, neticeye yönelik doğrudan (doğrudan kast) veya dolaylı isteme (olası, dolaylı, gayrimuayyen kast) içermediğinden dolayı, kasıtlı sorumluluk doğurmaz⁴⁴⁷. Çünkü neticenin öngörülmesine rağmen, kayıtsız kalınması, dolaylı olarak neticenin istenmesi demektir. Tıbbi uygulama hatalarında ise bu yönde bir manevi unsur gözlenmeyecektir.

TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde inceleme konumuz bakımından dikkat çekici bir örnek ifade edilmiştir:

“Kasten öldürme suçu gibi, kanunî tanımında belli bir fiilin icrasının yanı sıra bir neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda, söz konusu netice, ihmali bir

⁴⁴⁵ Yarg. CGK 2017/1-108 E. 2017/311 K. 6.6.2017 T. (<http://kazanci.com>, 02/12/2017)

“Bilinçli taksirde irade unsuru bulunmadığından taksirin derecesi ne kadar ağır olursa olsun, ne kadar olası kasta yaklaşırsa yaklaşsın olayda taksirin nitelikli halinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Olası kastta ikinci sonuçlar kesin olarak öngörülmektedir, bilinçli taksirde meydana gelen zararlı sonucun meydana gelmeyeceği ve bunu istemediği konusunda failde kesin bir kanı vardır.../.... Olası kasıt durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birisinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiil failce işlenmektedir. Diğer bir deyişle fail, muhakkak değil ama büyük olasılıkla gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte, göze almaktadır. Ne olursa olsun demektir. Neticeyi bertaraf etmek için özel bir çaba göstermemektedir.” Yarg. CGK 2014/200 E. 2016/250 K. 10.5.2016 T. (<http://kazanci.com>, 02/12/2017)

⁴⁴⁶ Tuğrul Katoğlu, “Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s.614.

⁴⁴⁷ Yaptığımız araştırmalar neticesinde, tıbbî uygulama hataları nedeniyle Yargıtay önüne gelmiş uyuşmazlıklarda, olası kasıtlı dava açılan ve hüküm verilen bir dosyaya rastlamadık.

davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde; ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Ancak, ihmali davranışla öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir.”

Gerekçede bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde doğabilecek cezaî sorumluluğa ilişkin bazı tespitler yapılmıştır. Buna göre, ihmali davranışla öldürme suçunun kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenmesi de mümkündür. O halde somut olayda ihmali davranış neticesi ölüm gerçekleştiğinde, manevî unsurun tespit edilmesi, suç vasfının tayini bakımından önem taşımaktadır.

Gerekçede olası kasıtlı öldürmeden sorumluluk için, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişinin, *“bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş”* olması yeterli görülmüştür. Taksirle suçun işlenmesi bakımından ise belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişinin, *“bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş”* olması gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede yer alan açıklamalar, taksir ile kast ayrımı, özellikle bilinçli taksirle – olası kast ayrımının yapılabilmesi açısından tereddüt yaratmaktadır. Bunun nedeni, olası kastın yalnızca failin öngörmüş olmasına bağlanmasının, olası kast ile bilinçli taksir ayrımını belirsiz hale getirmesidir⁴⁴⁸. Kanunun olası kast konusundaki yaklaşımı genel olarak *tasavvur teorisine* yakın görünmekte, neticeyi öngörmek ile istemek eş anlamlı olarak değerlendirilmektedir⁴⁴⁹. Bilindiği üzere, *tasavvur teorisine* göre, kast neticenin tasavvur edilmesi, düşünülmesi ve gerçekleşeceğinin bilincinde olmayı ifade

⁴⁴⁸ Ünver, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.121.

⁴⁴⁹ Kocasakal, gerekçede hekimlere ilişkin verilen örneği yanlış ve tehlikeli bulmakta, olası kasta ilişkin tasavvur teorisine ağırlık veren yaklaşımı da eleştirmektedir. Bkz. Kocasakal, **op.cit.**, s.154-155.

etmektedir; bu halde failin kasten hareket ettiğini ileri sürmek için neticenin istenmiş olması aranmamaktadır⁴⁵⁰.

Katıldığımız görüşe göre, kastı yalnızca bilme unsuru ile tanımlamak⁴⁵¹, kişilerin özgürlük alanını aşırı daraltma riski taşımaktadır⁴⁵². Bu riskin yanı sıra, salt neticenin öngörülmesinin olası kast yönünden yeterli sayılması, bilinçli taksir ve olası kast ayrımının yapılamamasına ya da aslında bilinçli taksir sayılabilecek olayların, kast kapsamından çözümlenmesine yol açabilecek yanlış bir yaklaşımdır.

c. İhmalî Davranışla İnsan Öldürme Suçunda Kast

Çalışmamız bakımından tartışılması gereken husus, hekimin ihmalinin, hangi hallerde ihmal suretiyle icra suçu (garantörsel ihmalî suç) teşkil edeceğidir. Çünkü ihmalî davranışla zarar neticesine yol açılması, taksirli sorumluluk da doğurabilmektedir. Çünkü alınması gerekli önlemi almamak, tedbirsizlik nedeniyle taksirli sorumluluğu hatıra getirmektedir. Bu ihtimalde, garantörsel ihmalî suç ile taksirli suç ayrımının nasıl yapılacağı sorunu doğmaktadır. Somut olayda, bu sorunu çözebilmek için manevî unsuru tespit etmek gerekmektedir. Bu nedenle ihmalî suçlarda kast ve taksirin ayrımının yapılmasını sağlayacak hususları açıklamakta yarar görmekteyiz.

Öğretide *Koca/Üzülmez*'e göre, ihmalî suçlarda tipikliği gerçekleştirme iradesini taşıyan aktif bir hareket bulunmadığından dolayı, kastın konusu ve yapısı icrai suçlardan kısmen farklı olacaktır. Bu nedenle, ihmalî suçlarda kast, tipikliğin tüm objektif unsurlarını bilerek hareketsiz kalmaya karar verme olarak tanımlanmıştır⁴⁵³. Gerçekten ihmalî suçlarda doğal anlamda bir hareket ve tabii nedensellik bulunmamaktadır. Hareketsiz kalmanın, normun varlığı halinde ceza hukukunca

⁴⁵⁰ Dönmezer / Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II, op.cit.*, s.229.

⁴⁵¹ Özgenç, kastın isteme unsurunun olduğunu kabul etmenin, kastı bir kusurluluk şekli olarak mütalaa eden klasik suç teorisinin kalıntısı bir görüş olduğu kanaatindedir. Yazara göre, "... kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir." Bkz. Özgenç, *op.cit.*, s.241-243.

⁴⁵² Alman öğretisinde savunulan ve Türk öğretisinde de taraftar bulmaya başlayan görüşe göre suçun maddi unsurları üzerindeki bilginin, kastın varlığının saptanması bakımından yeterli olduğu; ayrıca bir isteme unsuruna ihtiyaç olmadığı ifade edilmektedir. Ozansü, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk, op.cit.*, s.51-52.

⁴⁵³ Koca / Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.*, s.386.

değerlendirilir bir hareket vasfı kazandığı, nedenselliğin ise doğal anlamıyla bulunmadığı ve objektif isnadiyet değerlendirmesinin yapılması ile neticenin yüklenebilirliğinin tespit edilebildiği ihmali suçlarda; kastın isteme unsurunun (neticeli suçlarda) netice açısından aranması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü hareket ve nedensellik icrai suçlardan farklılaşsa bile, garantörsel ihmali suçlar zorunlu olarak neticeli suçlardır ve “neticenin istenmesi” bakımından icrai ve neticeli suçlarla garantörsel ihmali suçlar arasında bir farkın bulunmaması gerekir. Yani sadece garantörlük durumuna rağmen hareketsiz kalmanın “bilincinde olma” değil; garantörlüğün varlığına rağmen hareketsiz kalmanın bilincinde olarak tipik neticenin istenmesi şeklinde garantörsel ihmali suç kastı belirlenmelidir⁴⁵⁴.

Garantörlük konuma ilişkin bilgi de, kast kapsamında bulunmalı, neticeyi önleme doğrultusunda hareket yükümlülüğü (garantörlük yükümlülüğü) ise hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirilmelidir⁴⁵⁵. Bir kimseyi neticeyi önlemeye uygun hareketi yapmadığından dolayı sorumlu tutabilmek için, neticeyi önlemeye uygun hareketin fail tarafından yapılmasının fiilen mümkün olması gerekmektedir⁴⁵⁶. Örneğin önceden öngörülebilir ve bilinebilir olan komplikasyonlardan dolayı meydana gelen önlemez nitelikteki olumsuz neticeler, somut olayda ihmali olsa bile hekime yüklenemez. Normun muhatabı olan kişiden ancak objektif olarak mümkün olan şey hukuken istenilmekte olup, objektif olarak imkânsız bir şeyin zaten ihmal edilmiş sayılamayacağı öğretide kabul edilmektedir⁴⁵⁷.

Tipik neticenin, yükümlülüğe aykırı ihmalden değil de başka sebeplerden doğması halinde objektif isnadiyet bulunmadığından dolayı fail sorumlu tutulmaz. Bu açıdan somut tehlike durumunda emredilen hareketin yapılmasının, “*kesinliğe yakın bir ihtimalle tehlikeye düşürülen hukukî değerlerin korunmasına yol açacak idiyse*”, doğan olumsuz neticeden garantör kişi ihmaliyle sorumludur⁴⁵⁸. Tıpkı taksirli suçlarda olduğu gibi, garantörsel ihmali suçlarda da yükümlülüğe aykırılık bağı, isnadiyetin tespiti bakımından aranmaktadır. Yükümlülüğe uygun davranılsa bile, olumsuz netice gerçekleşecek ise fail neticeden sorumlu tutulmaz.

⁴⁵⁴ İhmal suretinde icra suçlarında kastın mutlaka neticeye yönelik olmasını arayan görüş için bkz. Dönmezer / Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.I, op.cit.**, s.377.

⁴⁵⁵ Ozansü, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Söbjektif Sorumluluk, op.cit.**, s.64.

⁴⁵⁶ Hakeri, “İhmali Suçlar”, **op.cit.**, s.21.

⁴⁵⁷ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.376.

⁴⁵⁸ **Ibid.**, s.377-378.

Kanaatimizce, hekimin ihmal suretiyle öldürme suçundan sorumlu tutulması, son derece istisnai hallerde düşünülecek bir durumdur. Garantörsel ihmali suçlarda ihmali kastı ile icrai suçlardaki kast arasında bir ölçüde yapısal fark bulunsa bile, netice bakımından bir fark bulunmamakta, ikisinde de öldürme kastı aranmaktadır. Bu nedenle, gerekçede anılan türde bir olayın, neticenin istenmesini ihtiva etmediğinden dolayı, bilinçli taksirle öldürme olarak nitelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İhmal suretiyle icra suçu, öldürme kastının açık olduğu hallerde söz konusu olabilecektir⁴⁵⁹. Öğretide *Bayraktar*, acil durumda hastaya tıbbi yardımla mükellef olan bir hekimin yardım etmemesini, meydana gelen zarar neticesine göre, taksirle öldürme veya müessir fiil olarak değerlendirmektedir⁴⁶⁰. Biz de bu tip ihmal hallerinde esas olanın tedbirsizlik dolayısıyla taksirle veya bilinçle taksirle sorumluluk olduğunu, öldürme kastının belirlenmesi için neticenin istendiğine yönelik saptamaların yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz.

B. Taksirle Öldürme Suçu

1. Genel Bilgiler

AY m.17 uyarınca devletin, bireyin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hüküm devlete, yalnızca yaşam hakkını ihlalden kaçınma şeklinde negatif bir yükümlülük değil; ihlallerin durdurulup etkin yaptırımların uygulanmasını sağlamaya yönelik pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Yaşam hakkına ilişkin bu usul yükümlülüğünün yerine getirilmesi

⁴⁵⁹ Kocasakal'ın 765 sayılı TCK dönemine ilişkin, hekimin kasıtlı sorumluluğunu istisnai olarak değerlendiren ifadelerine katılmaktayız: *“Hekimlerin kural olarak hiçbir zaman kasten hareket etmeyeceği kabul edilmekteydi. Elbette ki hekim, bilerek ve isteyerek hastasının ölümüne yol açtığı anda kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmaktaydı. Ancak kural olarak hekim mesleği gereği şifa verme maksadıyla hareket ettiğinden olası bir ölüm halinde taksirden dolayı sorumlu tutulmakta idi.”* Kocasakal, *op.cit.*, s.153.

⁴⁶⁰ *Bayraktar* ayrıca acil bir olayda hastaya yardım etmeyen hekimin, *“üçüncü şahsın başlattığı illi seriyi ihmali hareketi ile kesmeyen kimse”* durumunda olduğunu ifade etmektedir. Doğal nedenselliğin hiçbir zaman kesilmediği dikkate alındığında, ihmali suçların nedenselliği konusunda yazarın hukukî/normatif nedensellik anlayışını benimsediği anlaşılmaktadır. Bkz. *Bayraktar*, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.215.

olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmaların yapılmasını gerektirmektedir⁴⁶¹.

Kasten işlenen fiillerde, devletin etkin koruma yükümlülüğü gereği failer hakkında ceza soruşturması yürütülmesi gerekliliği söz konusudur. Yaşam hakkı veya vücut bütünlüğü kasten ihlal edilmediyse, hak ihlaline neden olan kusurlu fiilin mutlaka ceza soruşturmasına ve yaptırımına yol açması, devletin AY m.17 kapsamındaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi açısından şart değildir. Gerçekleşen ihlal nedeniyle, hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması somut olayda yeterli olabilmektedir. Bir diğer ifadeyle, “Yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, *“etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez.*”⁴⁶²

Anayasa Mahkemesi tıbbi uygulama hatası sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olayları için her koşulda ceza davası açılması ve yürütülmesini zorunlu saymamakta, ilke olarak tıbbi hatalara ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolunun, hukuki veya idari tazminat davası yolu olduğunu belirtmektedir⁴⁶³.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, tıbbi uygulama hatası davalarında ceza yargılamasının incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir; Mahkeme, yaşam hakkını güvence altına alan Sözleşme’nin 2. maddesinden kaynaklanan usuli yükümlülüğün, bu tür davalarda ceza soruşturması yürütülmesi güvencesini içermediğini belirtmektedir⁴⁶⁴. Türkiye’de yaşanan bir olayda, tıbbi hata şikâyetiyle başlayan soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanması üzerine, başvuruçular, yaşam ve adalete erişim hakları yönünden etkin bir korunma sağlanmadığı iddiasıyla uyuşmazlığı İHAM önüne taşımışlardır. Mahkeme başvuruya ilişkin verdiği kabul edilemezlik kararında, tıbbi ihmal bağlamında, ceza hukuku yolunun sağlanmasının Mahkemece kapsam dışında tutulmadığını

⁴⁶¹ AYM Genel Kurul Kararı, B.No:2014/14844, 1/12/2016 (<http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=91&t=101506>, 10/12/2017)

⁴⁶² Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B.No:2012/752, 17/9/2013, Prg. 55,59 (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131030-13.pdf>, 10/12/2017)

⁴⁶³ Zeki Kartal, B. No: 2013/2803, 21/1/2016, Prg. 78. (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/c6cfe9db-0643-4de8-8ba9-4050258efdc7?wordsOnly=False>, 10/12/2017)

⁴⁶⁴ Zafer Öztürk/ Türkiye, Başvuru No. 25774/09, 21/7/2015, (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ozturk.pdf>, 10/12/2017) Prg.56.

belirtmekle birlikte, “ilke olarak, *Türk hukuk sisteminde, tıbbi ihmalde şikâyetçi olan başvuranlar için kullanılacak uygun hukuk yolunun hukuk ve/veya idari dava açma olduğuna*” yönelik belirlemelerde bulunmuştur⁴⁶⁵.

Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin tespitleri ışığında konuya yaklaşıldığında, hekimlerin kasıtlı fiilleri dışında, kusurlu hareket etmeleriyle meydana gelen tıbbi uygulama hataları, yaşam ve vücut bütünlüğünün etkin korunması için ceza yaptırımını ile karşılanması zorunlu fiillerden sayılmazlar⁴⁶⁶. Önemle altını çizelim ki, bu durum, temel hak ve hürriyetlerin korunması rejimi açısından böyledir. Hekimlerin taksirli fiillerinin ceza hukukunun konusu olduğu ve uyulması gerekli mesleki dikkat ve özeni sağlamak için ceza normlarının vazgeçilmesi olanaksız bir işlev gördüğü hususunda bir tereddüdümüz bulunmamaktadır. Bu nedenle, anılan içtihatlar, hekimlerin tedbirsiz veya dikkatsiz fiillerinin ceza yaptırımını ile karşılanmayacağını gösterir nitelikte değildir; yalnızca Devletin AY. m.17 ve İHAS m.2 kapsamında taahhüt ettiği yaşam hakkı korumasının usuli yönünün, tıbbi uygulama hatası sonucu ceza soruşturması başlatmayı “zorunlu” kılmadığını ifade etmektedir.

İnsan hayatını yakından ilgilendiren ve üzerinde risk doğuran tıbbi müdahalenin icrası bakımından, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne riayeti ancak ceza normlarının uyarı işlevi sağlayabilir⁴⁶⁷. Hukuki sorumluluk sigorta yoluyla, idari sorumluluk ise devletin tazminat sorumluluğunun varlığı nedeniyle, hekim kişiyi özenli meslek icrasına yöneltmeye yetmeyebilir. Ancak yaptırım olarak belirli bir meslek veya sanatı icra etmekten sürekli veya süreli biçimde yoksun bırakılmayı kapsayan ceza normları, insan hayatının etkin korunmasını sağlayabilir. Taksirli fiillerden ötürü, mümkün olabildiği ölçüde hürriyeti bağlayıcı cezanın söz konusu

⁴⁶⁵ Karakoca v. Türkiye, B. no. 46156/11, 21/5/2013, (<http://hudoc.echr.coe.int>, 10/12/2017), s.3.

⁴⁶⁶ Kast ögesi içermediği için, hekimin uygulama hatası teşkil eden fiillerini ceza soruşturmasına tabi tutmanın hem cezanın önleyici işlevini yerine getirmeyeceği, hem de meşru olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Hoffmann, **op.cit.**, s.1084.

⁴⁶⁷ Dönmezer/ Erman’a göre; toplum, bireyi veya belirli bir meslek ve sanatı icra eden kişiyi, ortak tecrübenin gerekleri uyarınca, daha dikkatli bir davranışa davet etmekte, taksirli suçları cezalandıran normlar aracılığıyla, bu kimselere kanuni bir uyarıda bulunmakta; kişiyi bulunduğu konum veya icra ettiği faaliyet nedeniyle, başkalarının haklarını daha koruyucu şekilde hareket etmesini sağlayan kurallara uymakla yükümlü tutmaktadır. Bkz. Dönmezer/ Erman, **op.cit.**, s.278.

olmaması da önemlidir⁴⁶⁸; Türk uygulamasında da hekimin sorumlu olduğu hallerde, daha çok seçenek yaptırımlar, erteleme, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması gibi kararlar verilmektedir. Bu yaklaşım doğrudur, çünkü tıbbi müdahalenin taksirli icrasının, hürriyeti bağlayıcı cezayı sonuç vermesi halinde, hekimlerin savunmacı (defansif) tıp uygulamasına yönelmesi olası bir hayli yükselecektir.

TCK m.85 uyarınca, taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmakta; fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise ceza artırılabacaktır.

2. Korunan Hukukî Değer

Taksirle öldürme suçunda korunan hukukî değer, yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı, diğer tüm haklardan yararlanmanın ön koşulu olup, hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu temel değerdir⁴⁶⁹. İHAS'ın 2. maddesi ve Anayasa'nın 17. Maddesinde güvence altına alınan bu hak; devlet tarafından bu hakka yönelik icra edilen kasıtlı ve taksirli fiillerin yaptırım altına alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmesi de, tıpkı kasıtlı fiiller gibi, suç olarak düzenlenmiştir.

3. Fail

Suç herkes tarafından işlenebilir; özel faillik niteliği aranmamaktadır. Hekimlerin bu suçtan sorumlulukları yönünden kamu görevlisi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

⁴⁶⁸ Taksirli suçlarda hükmedilen ceza, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza olmasa bile, adli para cezasına çevrilebilmektedir. Hekimlere uygulanabilecek yaptırımlara ilişkin bkz. Mahmut Koca, "Yeni TCK'da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, 169 vd.

⁴⁶⁹ Centel / Zafer / Çakmut, **op.cit.**, s.13 vd.; Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.II**, Ankara: Adalet Yayınları, 2010, s.2824; Erman / Özek, **op.cit.**, s.4; Hafizoğulları / Özen, **op.cit.**, s.33; Korff, **op.cit.**, s.6. Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, op.cit.**, s.25.

4. Mağdur

Taksirle öldürme, ancak “kişi” sıfatını edinen kimselere karşı işlenebilir. Cenin ancak tam ve sağ doğumla kişi sıfatını kazandığından, anne karnındaki cenine karşı işlenen fiiller taksirle öldürme suçunu oluşturmaz. Bu fiiller, çocuk düşürtme veya annenin sağlığının bozulması halinde, annenin kasten yaralanması olarak nitelenecektir.

5. Maddî Unsur

a. Genel Olarak

Taksir, TCK’da tanımlanmış olup, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*” (TCK m.22/3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli (öngörülü) taksirin varlığından söz edilir; bu durum taksirli suçun cezasını artıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Taksir, kast gibi haksızlığın işleniş biçimi olup; işlenen suçun haksızlık içeriği dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁰.

765 sayılı TCK’da, objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın maddi içeriği tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik veya nizam ve evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde ifade edilmiştir⁴⁷¹. Yeni kanunda, taksirin şekilleri, eski kanunumuzun aksine açıkça anılmış olmamakla birlikte, objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın içeriği, anılan davranış biçimlerini kapsamaktadır⁴⁷².

Taksirli hareketin cezalandırılabilmesi için fiilin taksirli hali açıkça kanunda düzenlemeli, hareket iradi olmalı, netice öngörülebilir olmalı, istenmemiş olmalı,

⁴⁷⁰ Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.II**, Ankara: Adalet, 2014, s.3188.

⁴⁷¹ 765 sayılı TCK m.455; “*Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren...*”

⁴⁷² Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.175-176.

hareketle netice arasından nedensellik bağı bulunmalıdır⁴⁷³. Bu hususların, hekimin tıbbi uygulamada beceri veya bilgi eksikliği ile tıbbi standarttan sapmış uygulamaları sonucu hastanın yaralandığı veya öldüğü olayların taksirle öldürme veya yaralama şeklinde nitelenmesi sorununda gözetilmesi gereklidir.

Suçun oluşumu için ölüm neticesinin doğması gerekmektedir. Ölüm neticesini doğuran hareket icrai ve ihmali nitelik taşıyabilmektedir⁴⁷⁴. Yalnızca hayatı tehlikeye düşürmek, anılan suçtan sorumluluğu doğurmaz⁴⁷⁵.

Kişiyi dikkat ve özen yükümlülüğü içeren normlar, yalnızca ilgili mevzuatta yer alan normlardan ibaret değildir; ortak tecrübe veya belirli meslek ve sanatın standartları da özen yükümlülüğüne kaynaklık edebilir. Unutulmaması gerekli olan husus, özen yükümlülüğünün “objektif” niteliğidir⁴⁷⁶. Ünver’in belirttiği gibi, bir özen normunun -tanımı gereği-, doğrudan doğruya failin kişiliğine göre belirlenmesi mümkün olmamakta; failin kendi kabiliyetleri normun gerektirdiği düzeyin altında olsa da, bu durum onun normun gerekleri bakımından mevcut olan yükümlülüklerini hiçbir zaman azaltmamaktadır.

b. Taksirli Davranış Biçimleri

i. Tedbirsizlik

Taksiri oluşturan tipik davranışlardan tedbirsizlik, belirli bir olumsuz neticenin meydana gelmesine engel olabilecek tedbirlerin alınmaması anlamına gelmektedir. Alınması gerekli tedbirler ilgili mevzuatta öngörülmüş ise nizamla riayetsizlik söz

⁴⁷³ Dönmezer / Erman, **op.cit.**, s.280-288; Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.340-352; “Taksirli suçlarda da, gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir. Sonucun gerçekleşmesinde, mağdurun taksirli davranışının da etkisinin bulunması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik başını kesmediği sürece bu durum failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmez.” Yarg. CGK 2013/12-698 E. 2014/201 K. 22.04.2014 T. (Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: TBB Yayınları, 2015, s.286.)

⁴⁷⁴ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, op.cit.**, s.130.

⁴⁷⁵ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Filiz, On İkinci Bası, s.86.

⁴⁷⁶ Özgenç, **op.cit.**, s.257.

konusu olmakta⁴⁷⁷, ortak hayat (veya meslek) tecrübesinin gerekliliklerine dayanmaktaysa tedbirsizlikten söz edilmektedir⁴⁷⁸. Bu açıdan objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, belirli bir müdahaleyi icra etmesi gerekirken, ihmal gösteren hekim, işbu tedbirsizliği ile zarar arasından nedensellik bağı⁴⁷⁹ kurulduğu takdirde, olumsuz neticeden sorumlu tutulacaktır. Yapılması gerekli tetkiklerin yapılmaması veya belirli bir müdahalenin olası reaksiyonu halinde kullanılması gerekli ekipmanın bulunmaması halinde tedbirsizlikten söz edilebilir. Örneğin cinsel organının enfeksiyon kapması nedeniyle sünnet edilmesi gereken on beş aylık çocuğun anestezi amacıyla kullanılan maddeye duyarlılık sonucu öldüğü olayda; lokal anesteziklerin alerji testi yapılamadan kullanılması, kullanılmaması gerekli yerde kullanılması ve olası alerjik reaksiyon halinde müdahale için gerekli ekipmanın bulunmaması gibi hususların yer almadığı ve değerlendirilmediği bilirkişi raporu hükme elverişsiz bulunmuştur⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Ortak hayat tecrübesine ilişkin dikkat ve özen yükümlülüklerinin pozitif hukuk metinlerine yansıyabilmektedir. Örnekler için bkz. Özgenç, **op.cit.**, 258-264.

⁴⁷⁸ Kayihan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, **op.cit.**, s.198.

⁴⁷⁹ İhmalî suçlarda doğal anlamda nedensellik bağı söz konusu olmayacağından, biz bu çalışmanın muhtelif yerlerinde doğal nedenselliğin normatif bir bilimde yeterli olmayacağını, bu nedenle hukukî nedenselliğin veya diğer bir deyişle objektif isnadiyetin, ceza normunun yorumunda önem taşıdığını vurgulamıştık. Nedensellik bağı konusunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu konu olan uyuşmazlıkta benimsediğimiz yerel mahkemenin (Erciş 3. Asliye Ceza Mahkemesi) gerekçesinde yer alan açıklamalar, hukukî nedensellik anlayışını ifade etmesi bakımından dikkate değerdir: “Şayet illiyet bağının, sadece doğal bir fenomen olduğu kabul edilirse, teknik bilirkişi raporu illiyet bağının tespiti için yeterli bulunabilirdi. Ancak, doğal olduğu kadar hukuksal bir fenomen olan illiyet bağını, maddi öğeye ve somut olayın özel şartlarına göre belirlemek hâkimin yetkisi ve vazifesi dahilindedir. Teknik bilirkişi mütalaası ise değerli olmakla birlikte, illiyet bağının varlık ya da yokluğunun belirlenmesinde tek başına yeterli olamaz. Bu yüzden, illiyet bağının belirlenmesinde sabit bir yöntem belirlemek veya genel bir önermeyi kabul etmek doğru olmayacaktır.

Bütün bu açıklamalara göre illiyet bağı belirlenirken, teknik bilirkişi raporu hâkimin objektif muhakemesiyle yorumlanıp eylemin, meydana gelen sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı yönünde hukuksal bir yargıya ulaşılabilecektir.” Yarg. CGK 2017/12-271 E. 2017/278 K. 16.5.2017 T. (<http://kazanci.com>, 23/12/2017)

Kararda yapılan şey, ismi zikredilmese bile, bir objektif isnadiyet değerlendirmesidir. Bunun, hukukî değerlendirme niteliği taşımasından ötürü, hâkimin gerekçelendirmek suretiyle, bilirkişi raporunda belirtilen nedensellik tespitinden ayrılabilceğini düşünüyoruz. Çünkü raporda ancak “doğa bilimi” anlamında nedensel şartlar belirlenebilir. Sorumluluğun tespiti bakımından hukukî değerlendirme (objektif isnadiyet; hukukî nedensellik) yapılması gerekir; ancak bilirkişi hukukî değerlendirme yapamayacağından, anılan hususu hakim belirleyecektir.

⁴⁸⁰ “Dosya kapsamı itibarıyla, davacıların bebeğinin davalı sağlık kuruluşunda diğer davalılar tarafından uygulanan tedavi kapsamında gerçekleştirilen sünnet operasyonu sırasında kullanılan anestezi Jetokain isimli ilaca karşı oluşan alerjik reaksiyon sonucu vefat ettiği, bu hususun dosyada mevcut otopsi raporuna dayalı olarak hazırlanan adli tıp raporu ile tespit edildiği, Mahkemece alınan adli tıp bilirkişi raporunda bebekte anestezi ilaca karşı meydana gelen allerjinin öngörülemeyen ve önlemez nitelikte olduğu tespitine yer verilmiş ise de, jetokain isimli ilacın prospektüsünde amid türü lokal anesteziklere karşı aşırı duyarlılığı olduğu bilinen hastalarda ve epinefrin içermesi nedeniyle penis anestesizinde kullanılmaması gerektiğine dair uyarıların yer aldığı bu kapsamda bebeğin allerjisinin olup olmadığına dair davalılarca sünnet operasyonu öncesi bir allerji testi veya başka

ii. Dikkatsizlik

Dikkatsizlik, özene aykırı biçimde gerçekleştirilen icrai hareketi ifade eder⁴⁸¹. Bir diğer söyleyişle, dikkati gerektiren bazı işlere, gereken dikkat ve özeni harcamaksızın girişilmesi halinde dikkatsizlik söz konusu olur⁴⁸². Hekimin dikkatsizlik oluşturan davranışı, tıp biliminin kurallarına uyulmayan hareketlerin gerçekleşmesi, örneğin hastaya ağır dozda ilaç verilmesi ile gerçekleşir⁴⁸³. Kamuoyunda sıkça gündem olan, ameliyat sırasında bir araç veya gerecin –örneğin makasın- hasta içerisinde unutulması da dikkatsizlik teşkil eder.

iii. Meslek ve Sanatta Acemilik

Meslek ve sanatta acemilik, bir mesleği icra eden kişinin, o mesleğin gerektirdiği bilgi veya beceriden yoksunluğunu ifade etmektedir⁴⁸⁴. Acemiliğin ölçütü, tıp bilimi ve uygulamasına ayrılmaz derecede bağlı bilgilerin somut olayda hekimde bulunmayışıdır. Olağanüstü yetenek eksikliği, henüz tıp biliminde tıbbi standart oluşturmayan yeni bir uygulamaya başvurulmayışı, en deneyimli hekimlerin bile kaçınamayacakları değerlendirme yanlışları (örneğin bazı teşhis hataları) meslek veya sanatta acemilik şeklindeki taksiri oluşturmaz⁴⁸⁵. Mesleki cüret gösterisinde bulunan; örneğin alışılmış ve güvenli bir yöntemle ameliyatı gerçekleştirmesinin mümkün olduğunu bildiği halde, maharet sergilemek veya deneme yapmak gibi

bir tıbbi araştırma yapıldığına dair dosyada herhangi bir tespitin bulunmadığı, ayrıca bebekte meydana gelen allerjik reaksiyon sonrasında yapılması gerekli tıbbi müdahaleye ilişkin olarak adli bilimler kongresi sunumunda vurgu yapılan kardiyopulmoner resüsitasyon ekipmanlarının davalı sağlık kuruluşunda bulunup bulunmadığı ve bu ekipmanların kullanılıp kullanılmadığı, hastanın bir başka sağlık kuruluşuna sevkinin uygun zaman ve koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yeterli bir bilirkişi incelemesi bulunmadığı, karara esas alınan adli tıp raporunun denetime imkan verir nitelikte gerekçelendirilmediği ve karara esas alınamayacağı anlaşılmaktadır... Mahkemece, değinilen bu yön gözardı edilerek eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır” Yarg. 13. HD. 2014/17432 E. 2015/8358 K. 16.3.2015 T. (http://emsal.yargitay.gov.tr, 23/12/2017)

⁴⁸¹ İçel, **op.cit.**, s.199.

⁴⁸² Dönmezer/ Erman, **op.cit.**, s.292.

⁴⁸³ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.216.

⁴⁸⁴ İçel, **op.cit.**, s.200-201; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.216; Dönmezer/ Erman, **op.cit.**, s.292-293.

⁴⁸⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, **op.cit.**, s.218.

nedenlerle, yeni bir cerrahi yöntem kullanarak hastaya zarar veren hekim de, meslek ve sanatta acemilik şeklindeki taksirli davranışta bulunmuş olur⁴⁸⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, dikkat ve özen yükümlülüğü objektif niteliktedir; özen normları kişiye göre değişmez. Normun talep ettiği özen yükümlülüğünü karşılayamayacak durumda olan kişi, böyle bir özen yükümlülüğünü gerektirici durum içinde bulunmaya izinli sayılmayacağından dolayı, kişisel düzeyi itibariyle üstlenmemesi gerekli tehlikeli hareketi üstlenmek şeklindeki davranış da, üstlenme kusuru oluşturacaktır⁴⁸⁷. Bu durum nedeniyle, bir asistan veya pratisyen hekimin, kendi bulunduğu durum itibariyle, gereklerini yerine getirmesi mümkün olmayan bir tıbbi müdahaleyi, “başka türlü hareket etmesinin beklenebilir olmadığı” ve kişinin bu yönde hareketinin kınanamayacağı haller veya zorunluluk halleri hariç, yerine getirmeyi üstlenmemesi gerekir. Aksi davranış, üstlenme kusuru oluşturacak ve meslek ve sanatta acemilik biçimindeki bu taksirli davranış nedeniyle, hekim sorumlu tutulacaktır.⁴⁸⁸ Bir başka deyişle, hekimin kendi bilgi ve yeteneklerini yanlış değerlendirerek tıbbi müdahaleyi icraya girişmesi sonucu hasta zarar gördüğünde, özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinden söz edilebilecektir⁴⁸⁹.

iv. Düzenlemelere ve Bağlayıcı Emirlere Uymama

765 sayılı TCK’da “nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik” şeklinde ifade edilen bu taksirli davranış biçiminde, yine özen yükümlülüğüne uyulmaması söz konusudur. Taksirin diğer biçimlerinde (tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik) ihlal edilen genel veya teknik tedbir kurallarıdır; taksirin anılan biçiminde ise uyulması gerekli tedbir kuralları (bir başka deyişle özen yükümlülüğü) kanun, düzenleme veya bağlayıcı emirle konulmuştur⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ Dönmezer/ Erman, *op.cit.*, s.293.

⁴⁸⁷ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, *op.cit.*, s.270.

⁴⁸⁸ Uzman olmayan bir hekimin, uzmanlık gerektiren müdahalede bulunmasının meslek ve sanatta acemilik teşkil edeceğine ilişkin bkz. Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, *op.cit.*, s.218.

⁴⁸⁹ Şeref Ertaş, “Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.1, Sy:1, 1980, s.178.

⁴⁹⁰ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C.I, Ankara: Sevinç Matbaası, 1971, s.523.

Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 2 ve 3. fıkralarına göre;

“Acil servis, hastanın sosyal güvencesi olup olmadığına, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun nevine ve hastanın diğer özelliklerine bakmaksızın, stabilizasyon sağlanıncaya kadar bütün tıbbî hizmetleri sunar.

Vakanın tedavisinin başka bir sağlık kuruluşunda sürdürülmesi, mevzuat veya bu kuruluşun tıbbî-teknik imkanları açısından zorunlu ise, hastanın sosyal güvenlik durumuna en uygun kuruluş ile mutabakat sağlandıktan sonra, tıbbî bakım ve tedavisine devam edilmesi için, acil servis sorumlu tabibi Merkezden sevk işleminin gerçekleştirilmesini ister.”

Anılan emredici hükümler uyarınca, hekimin, trafik kazası sonucu genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış hastayı, durumu sabit hale gelinceye (stabilizasyonu sağlanıncaya) kadar yirmidört saat gözlem altında tutması veya başka bir sağlık kuruluşuna sevk etmekle yükümlü olmasına karşın, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, gerçekleşen ölüm neticesi ile anılan özensizlik arasında nedensellik bağı bulunmakta ise, taksirle ölüme sebebiyet vermekten sorumlu tutulması gerekecektir⁴⁹¹.

c. Nedensellik Bağı

Özen yükümlülüğüne aykırı davranışın (tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik veya bağlayıcı kurallara uymama) yanı sıra, neticeye sebebiyet verilmesi ve neticenin faile yüklenebilmesi, işbu suçların maddî (objektif) unsurlarını oluşturmaktadır⁴⁹². Taksirli suçlarda nedenselliğin taşıdığı önemden ötürü, üzerinde durmakta yarar görmekteyiz.

⁴⁹¹ “bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri sebebiyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri, ancak bu davranışlarıyla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmali davranışlarının ölüme neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması sebebiyle öngörülemez ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu sebebiyle gerçekleştiğinin bilirkişi raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu sebeple sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal sebebiyle ölenin ölüm anına kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 2014/12-103 E. 2014/552 K 9.12.2014. T.

⁴⁹² Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.184.

Failin taksirli hareketi olayda söz konusu olmasına rağmen, üçüncü kişinin veya mağdurun hareketi de sonucun oluşumuna katkıda bulunmuş olabilir. Neticenin gerçekleşmesinde, mağdurun taksirli davranışının da etkisinin bulunması halinde, bu davranış nedensellik bağıını kesmediği sürece, failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi taksirin niteliğini değiştirmeyecek⁴⁹³; karşılıklı kusurlu davranışlar arasında takas söz konusu olmayacak, ancak neticenin mağdurun kusurunun etkisiyle meydana gelmesi, temel cezanın belirlenmesinde (indirilmesinde) dikkate alınabilecektir⁴⁹⁴. Ancak mağdurun kusuru, yeni bir nedensel seri başlatmış ise, hekim sorumlu tutulmayacaktır. Örneğin hastanın tedavi için önerilen ilaçları hiç veya gereği gibi kullanmaması neticesi meydana gelen zarardan, hekimin bu kullanıma ilişkin gerekli aydınlatmayı yapması halinde, sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁹⁵. Üçüncü bir kişinin veya mağdurun hareketinin somut olayda bulunması durumunda, failin fiili ile netice arasında nedensellik bağıının ortadan kalkıp kalkmadığına bakılacak; kusurlu olmayan eklenen hareketler (ister üçüncü kişi, isterse mağdurdan kaynaklansın) failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak⁴⁹⁶; eklenen hareketler kusurlu ise bunların failin taksirinin varlığını (nedensel etkisini) tamamen veya kısmen kaldırıp kaldıramayacağı, neticeye nedensel katkısı açısından değerlendirilecektir⁴⁹⁷. Üçüncü kişinin eklenen kusurlu hareketi, yeni ve bağımsız bir nedensel seri başlatmadığı hallerde, TCK m.22/5 uygulanacaktır. Buna göre, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacak ve her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir. Eklenen hareketin bağımsız bir nedensel seri olup olmadığını tespit için, failin hareketi hiç olmasaydı dahi, sonradan yapılan bir hareketin neticeyi

⁴⁹³ Yarg. CGK 2014/12-36 E. 2015/143 K. 5.5.2015 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017). Yargıtay kararlarında sıklıkla “nedenselliğin kesilmesi” kavramından bahsetmekte olduğundan, doğal nedensellik yerine, hukuki değerlendirme ihtiva eden bir nedensellik anlayışına sahip olduğu anlayışına varılabilir. Çünkü doğal nedensellik hiçbir zaman “kesilmez”; ancak isnadiyet ortadan kalkabilir. Yani yeni bir nedensel seri, eski serinin etkisinin önüne geçebilir. Nedenselliğin kesilmesinden bahsedildiğine göre, anılan nedensellik doğa bilimi anlamında değil, normatif hukuk bilimi anlamında nedenselliktir, bir diğer deyişle isnadiyettir. Nedensellik bağıının doğa bilimi anlamında asla “kesilmeyeceği”, ancak yeni bir nedensel seri dolayısıyla, eskisinin etkilerinin ortadan kalkmasından bahsedilebileceğine ilişkin bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, *op.cit.*, s.247-248.

⁴⁹⁴ Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, op.cit.**, s.376.

⁴⁹⁵ Gökcan, *op.cit.*, s.502.

⁴⁹⁶ Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, op.cit.**, s.375-376.

⁴⁹⁷ Centel/ Zafer/ Yenerer Çakmut, *op.cit.*, s.366.

meydana getirip getiremeyeceğine bakılacaktır⁴⁹⁸. Özetle, nedensel sürece katkı sağlayan üçüncü kişinin veya mağdurun kusurlu hareketi yeni bir nedensel seri başlatırsa öne geçen (sollayan) nedensellik nedeniyle hekim sorumlu tutulmayacak; ancak eklenen kusurlu hareketler, failin hareketi ile birlikte etki ederek neticeyi meydana getirirse (kümülatif-toplayıcı nedensellik) hekimin sorumluluğu kusurlu hareketinin nedensel katkısına göre belirlenecektir⁴⁹⁹.

Taksirli hareketin anılan sonuçlara neden olup olmadığını tespit etmek için nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyeti birlikte düşünmek gerekir; bu nedenle taksirli hareket eden faile neticenin objektif olarak yüklenebilmesi ceza sorumluluğu için şarttır⁵⁰⁰. Alman öğretisinde, taksirli suçtan failin sorumlu tutulabilmesi için yalnızca özene aykırı davranış ile netice arasında doğal nedensellik bağının varlığı yeterli görülmemekte; özen yükümlülüğüne aykırılık ile neticeye sebebiyet verme arasında “*yükümlülüğe aykırılık bağlantısı*” olarak ifade edilen bir “*nedenselliğin*” gerçekleşmesi aranmaktadır⁵⁰¹. Bu durumda, fail yükümlülüğe aykırı hareket etmekle birlikte, neticeyle işbu aykırılık arasında özel ilişki bulunmadığından dolayı, netice faile isnat edilememektedir⁵⁰².

Yükümlülüğe aykırılık bağının bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceği hususunda tespit yapmak için iki nokta üzerinde durulması gerekecektir. Öncelikle özene aykırı hareket ile özene uygun olan karşılaştırılmalı, ardından, özene uygun davranılmış olsaydı, bu davranışın somut olayda nasıl sonuç doğuracağı sorulmalıdır⁵⁰³. Olumsuz sonuç, ancak özen yükümlülüğüne ilişkin kurallara uyulmayıştan ileri gelmiş ise, hekimin taksirli sorumluluğundan söz edilebilir. Diğer bir deyişle, taksirli sorumluluk, sadece tıp biliminin kurallarına uymak yoluyla önlenilecek zararlı sonuçlara münhasırdır⁵⁰⁴. Özene aykırı davranılmasaydı bile gerçekleşecek zararlı sonuçlar, tıp bilimine uygun davranmaya ilişkin (somut olayda ihlal edilen) özen yükümlülüğü normlarının koruma alanında değildir. Öğretide verilen bir örnekte, kalp hastası bir kişinin, dış

⁴⁹⁸ Özbek, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, **op.cit.**, s.4.

⁴⁹⁹ Akbulut, **op.cit.**, s.229.

⁵⁰⁰ Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II, op.cit.**, s.376.

⁵⁰¹ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.202.

⁵⁰² Akbulut, **op.cit.**, s.272.

⁵⁰³ Koca/ Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.204.

⁵⁰⁴ Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.76.

hekimini tarafından genel anestezi altında dişi çekilmek istenirken, hastanın kalbinin durması sonucu ölmesi halinde; hastanın kalbinde bir şeyler olduğunu kendisine söylemesine rağmen, diş hekiminin bir uzmana başvurmakta ihmal göstermesi şeklindeki özen yükümlülüğü ihlali bulunur. Olay sonrası yapılan araştırmada varılan bulgulara göre, hastadaki kalp rahatsızlığının özene uygun biçimde bir uzman tarafından kontrol ettirilse bile tespit edilemeyeceği, sadece hastanın kontrole gönderilmesiyle müdahalenin gecikmesi ve hastanın ömrünün kısa bir süre uzaması sonucunun doğacağı belirlenmiştir. Kontrol yükümlülüğünün amacının işbu kısa süreli gecikmeyi yaratmak olmadığı göz önüne alındığında, diş hekimine ölüm neticesinin yüklenmesi söz konusu olmayacaktır⁵⁰⁵.

Neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olup olmadığını tespit etmek için çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu husus, başlı başına bir inceleme konusu olacak ölçüde geniş olduğundan, yalnızca konumuzla doğrudan ilgili noktaların üzerinde durulacaktır.

Alman öğretisinde ileri sürülen riskin artırılması teorisine göre, neticenin faile yüklenebilmesi için, failin özene aykırı davranışının neticenin meydana gelmesi ihtimalini önemsiz olmayan bir şekilde yükseltmesi yeterli olacaktır. Fail yükümlülüğe uygun davranışta bulunulsaydı, neticenin “*kesinlikle meydana geleceğini*” göstermek suretiyle, neticenin kendisine yüklenemeyeceğini ileri sürebilir⁵⁰⁶.

Bu görüş, neticenin meydana gelme riskinin yükseltildiği zaman, neticenin faile objektif olarak yüklenebileceğini savunmaktadır. Özene uygun davranış halinde de olumsuz neticenin meydana gelmesinin muhtemel oluşu, olumsuz sonuçtan sorumlu tutulmamak için yeterli değildir. Özene uygun davranıldığında, olumsuz sonucun gerçekleşmesi “daha az muhtemel” hale geliyorsa, yükümlülüğe aykırılık bağlantısı kurulmuştur. Bu görüşe göre, yalnızca özene uygun davranışla, olumsuz neticenin önleneyeceğinin kesin olduğu durumlarda değil, aynı zamanda özene aykırı hareketle “riskin artırıldığı” durumlarda da, netice faile yüklenmelidir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Akbulut, **op.cit.**, s.273-274.

⁵⁰⁶ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.204.

⁵⁰⁷ Akbulut, **op.cit.**, s.276. Bu görüşe koşut değerlendirmeler için bkz. Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Öldürme”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IIX, Sy:2, Aralık 2013, (<https://jurix.com.tr/article/5757>, 24/12/2017), s.7.

Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında genellikle kabul edilen ve Alman öğretisinde de hâkim olan görüş olan kaçınılabilirlik teorisine göre; netice özen yükümlülüğüne uygun davranılmış olsaydı bile meydana gelecek idiyse, faile yüklenilmesi söz konusu olmayacaktır⁵⁰⁸. Önlenmesi mümkün olmayan bir sonucun sonuç faile yüklenemeyecektir. Burada önemli olan somut olaydaki zararlı sonucu önlenmeye elverişli tedbir kuralını, soyut planda, objektif olarak bulmak; somut olayda davranışın işbu kurala aykırılık içerip içermediğini araştırmaktır⁵⁰⁹. Diğer bir deyişle yükümlülüğe aykırılık bağının varlığı, “neticenin gerekli özene uygun davranılması halinde kesinliğe yakın bir ihtimalle meydana gelmeyecek olması halinde” kabul edilecektir⁵¹⁰.

Yargıtay, nedensellik bağının tespiti açısından, hekim özene uygun davransaydı, olumsuz neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin araştırılması gerektiği kanaatindedir⁵¹¹. Özen yükümlülüğüne uygun olmayan davranışın, ihlal edilen özen normunun somut olayda neticenin gerçekleşmesini engelleyemeyeceği hallerde, neticenin taksirle hekime yüklenmesi söz konusu olmayacaktır⁵¹². Ancak bu hususu

⁵⁰⁸ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.205.

⁵⁰⁹ Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.81.

⁵¹⁰ Koca/ Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.205-206.

⁵¹¹ “Sanık tarafından yapılan tıbbi işlem ve müdahalelerin yerinde olup olmadığı, meydana gelen ölümle arasında illiyet bağının mevcut olup olmadığı, hastanın aynı hastanede tedavisine devam edilmiş olması durumunda ölümün meydana gelip gelmeyeceği hususlarının açıklığa kavuşturulması bakımından Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alırdıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayini ve tespiti gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 12. CD. 2015/16291 E. 2017/5821 K. 4.7.2017 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017)

“02/04/2014 tarih ve 1517 İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun karar sayılı raporu... MR uyumlu anestezi cihazı olmaması ve hasta yanında sıkı takip yapılmaması sebebiyle işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı, bu sebeple hastanın anestezisinden sorumlu anestezi uzmanı Dr. ...'in kusurlu olduğu, ölümün solunum depresyonuna bağlı olması sebebiyle erken müdahale edilmesi halinde de kişinin kurtulmasının kesin olmadığı, hekimin kusurlu eylemi ile ölüm arasında kesin bir illiyet bağı kurulamayacağı, sorulduğu üzere kişinin ölüm olayından Uz. Dr. ...'in kusur oranının 2/8 olduğunun” belirttiği ve bu şekilde sanığın eylemi ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı hususunda tereddüt yaratıldığı anlaşılmakla, somut olayda sanığın kusurlu eylemlerinin tespiti ve söz konusu eylemlerle ölüm olayı arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının duraksamaya yol açmayacak şekilde ortaya konulması bakımından dosyanın bir kez de Adli Tıp Kurumu Genel Kuruluna gönderilerek buradan rapor alındıktan sonra sonucuna göre sanığın eylemi ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunduğunun tespit edilmesi halinde taksirle öldürme suçundan, kusurlu sanığın eylemi ile ölüm neticesi arasında illiyet bağının bulunmadığının tespiti halinde ise ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü tesisi yerine eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 12. CD. 2016/1581 E. 2017/3484 K. 26.4.2017 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017)

⁵¹² “bununla birlikte genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri sebebiyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri,

yükümlülüğe aykırılık bağı yönünden değil, nedensellik bağı açısından değerlendirmektedir. Bazı kararlarında ise, salt özene aykırılık ile sonucun nedensel olmasını yeterli görmekte; “ölümle tedavi ve teşhisteki eksiklik arasında illiyet bağı bulunması halinde bunun komplikasyon olarak değil malpraktis olarak değerlendirilmesi gerektiği” ve “bebeğin kurtulmasının kesin olmadığı şeklindeki tespitinde malpraktis olgusunu değiştirmeyeceği”⁵¹³ şeklinde içtihatla bulunmaktadır. Bu içtihat, kaçınılabilirlik teorisinden farklı olarak, nedensellik bağına vurgulamakta; bu bağı kurulduğu bir kere kabul edildiğinde, özene uygun davranış faraziyesi üzerinde neticenin önlenmesinin kesine yakın bir ihtimalle gerçekleşmesini, fiilin faile yüklenebilirliği açısından aramamaktadır. Başka kararlarında ise özene uygun davranışın olumsuz neticeyi önlemesinin “kesinlik” taşımasını, somut olayda nedensellik bağına varlığını kabul için aramaktadır. Örneğin 12. Ceza Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlık ile ilgili olarak, “zamanında doğumhane hazırlanarak uygun takip ve tedavisi yapılması durumunda da bebeğin kurtulmasının kesin olmadığı”⁵¹⁴ gerekçesiyle, hekimin fiilinin somut olaydaki ölüm sonucu ile nedensel

ancak bu davranışlarıyla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağına bulunmadığı, başka bir anlatımla sanıklarının ihmali davranışlarının ölüme neden olacak nitelikte bulunmadığı, zira ölümün genel beden travması sebebiyle öngörülemeyecek ve engellenemeyecek biçimde ortaya çıkan akciğer embolisi komplikasyonu sebebiyle gerçekleştiğinin bilirkişi raporlarıyla kesin olarak belirlendiği, bu sebeple sanıkların ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacakları, bununla birlikte genel beden travmasına maruz kalmış öleni erken taburcu etmek suretiyle görevlerinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdikleri, bu ihmal sebebiyle ölenin ölüm anına kadar yaşadığı çeşitli sıkıntılara maruz kalmasına diğer bir deyişle mağduriyetine sebep oldukları anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin T.C.K.nun 257/2. maddesi kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden beraatlerine karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK 2014/12-103 E. 2014/552 K. 9.12.2014 T. (<http://kazanci.com>, 18/10/2017)

⁵¹³ “3/05/2012 tarihli raporunda, ölenin akut gastroenterite bağlı dehidratasyon, interstisyel pnömoni ve gelişen komplikasyonlar sonucu öldüğünün tespit edildiği, sanığın, kusma ve 10-15 kez ishal sebebiyle iki gündür hastaneye iki kez götürülme ifadesiyle bebeğin muayenesini ve tetkiklerini yaptığı, fakat yatırılarak izleme alınmaması ve dehidratasyona yönelik tedavisinin başlanmamış olmasının bir eksiklik olduğu, ancak bebeklik çağı gastroenteritlerin hızla ilerleyerek ölüme neden olabileceği tıbben bilindiğine göre, tanı konularak uygun tedavi başlanmış olması durumunda da bebeğin kurtulmasının kesin olmadığına oy çokluğu ile mütalaa olunduğu dosyada, ancak doğru tanı konularak uygun tedaviye başlanmış olması halinde ölümün meydana gelmesi durumunda ölümün komplikasyon olarak değerlendirileceği, hiç bir tıbbi müdahalede şifa garantisi bulunmadığı kabul edilmekle birlikte meydana gelen ölümle tedavi ve teşhisteki eksiklik arasında illiyet bağı bulunması halinde bunun komplikasyon olarak değil malpraktis olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla mahkemenin kabulünde isabetsizlik bulunmadığı bebeğin kurtulmasının kesin olmadığı şeklindeki tespitinde malpraktis olgusunu değiştirmeyeceği ve sanığın meydana gelen ölümden sorumlu tutulmasını engelleyecek bir değerlendirme olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmakla,” Yarg. 12. CD. 2014/9296 E. 2015/5790 K. 2.4.2015 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017)

⁵¹⁴ “in 03.05.2009 günü saat 07.45’de çekilen NST’nin nonreaktif olduğu hekim tarafından reaktif olarak değerlendirildiği ve takibe alındığı 04.05.2009 günü 04.00’de sezeryan ameliyatına alınarak ölü doğurtulduğundan zamanında doğumhane hazırlanarak uygun takip ve tedavisi yapılması durumunda da bebeğin kurtulmasının kesin olmadığı’nın belirtilmesi karşısında, sanık doktorun,

olmadığına karar vermiştir. Riskin artırılması teorisinin, öğretide savunulduğu görülmekle birlikte⁵¹⁵, Yargıtay'ın özel hukuk alanına ilişkin bir kararı dışında, uygulamanın bu yöne eğilimli olmadığını görmekteyiz. Söz konusu kararda doğrudan riskin artırılması ifadesi kullanılmamakla birlikte, kullanılan ölçüt riskin artırılması görüşüne bir hayli yakındır. Kararda, “*eylemin gerçekleşen türden bir zararın meydana gelmesini önemli ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı ya da böyle bir zararın gerçekleşme ihtimalini önemli ölçüde artırıp artırmadığı*” üzerinde durulmuş; 4. Hukuk Dairesi, yerel (hukuk) mahkemenin ceza mahkemesinin beraat kararına ve orada alınan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanarak ölüm nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteklerini reddetmesini yasaya aykırı bulmuş ve hükmü eksik inceleme nedeniyle bozmuştur⁵¹⁶. Bu karardaki gerekçe, daha çok özel hukukta kabul gören uygun nedensellik bağı görüşüne dayanmakta olup, özel hukukun sorumluluğunun türleri, koşulları ve mantığı ceza hukukundan tamamıyla farklı olduğundan, bu karardaki nedensellik yaklaşımını ceza hukukuna aktarmayı bir yanılığ olarak değerlendirmekteyiz. Bu husus, 4. Hukuk Dairesi'nin anılan kararında da isabetli bir şekilde belirtilmiştir:

“Diğer taraftan ceza hukukunda kabul edilen illiyet bağı ile özel hukukta ki uygun illiyet bağı kavramları aynı nitelikte değildir. Ceza hukukunda oldukça dar tutulurken hukuki sorumlulukta kolaylaştırma ve ihtimali önemli ölçüde arttırma kavramlarıyla genişletilmiştir. Bu nedenlerledir ki, hukuk hâkimi, ceza hâkiminin illiyet bağı bulunmadığına ilişkin kabulü ile bağlı değildir.”

Kanaatimizce, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, netice ile özene aykırı davranış arasındaki bağ, “kesin” olarak saptanmadıkça, failin taksirle sorumlu tutulmaması gerekir. Taksirli sorumluluk, ceza hukukunda istisnai bir sorumluluk türü olup, bu sorumluluğun kapsama alanını aşırı genişleten bir yoruma tabi tutulmasını doğru bulmuyoruz. Ayrıca taksirli suçlar, zarar suçlarıdır. Oysa riskin artırılmasını isnadiyet bakımından esas alan görüşlerin, isnadiyeti yorumlama biçimleri ile bu suçları birer tehlike suçu haline getirdiğini, bunun ise suç teorisi

eylemi ile bebeğin ölümü arasında illiyet bağının kurulamadığı ancak katılanın nonreaktif olan NST'sini reaktif olarak değerlendirerek tedavi sürecinde sık aralıklarla kontrol ve yapması gerekli tahlilleri yapma konusundaki ihmali nedeniyle, eyleminin TCK'nın 257/2. maddesindeki ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi,” Yarg. 12. CD. 2016/2538 E. 2017/7940 K. 25.10.2017 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017)

⁵¹⁵ Akbulut, **op.cit.**, s.275-276.

⁵¹⁶ Yarg. 4. HD. 1991/11451 E. 1993/2534 K. 15.3.1993 T. (<http://kazanci.com>, 24/12/2017)

bakımından ciddi bir yanılğı olduğunu düşünmekteyiz. Yine 4. Hukuk Dairesi'nin anılan kararındaki tabiriyle, “*kolaylaştırma ve ihtimali önemli ölçüde arttırma kavramlarıyla*” özel hukuk uygulamasında (ceza hukukuna nazaran) genişletilmiş olan nedensellik bağı, riskin artırılması teorisi adı altında ceza hukukuna aktarılamaz. Tazminat sorumluluğu ile ceza sorumluluğunun türü, koşulları ve esasları birbirinden farklı olduğundan; nedensellik bağı konusundaki kabullerinin de ayrı olması ve ceza hukukunda bunun dar yorumlanması bir zorunluluktur.

Önlenemez nitelikteki zarar neticeleri, faile yüklenemeyecektir. Tıbbi faaliyetin icra edilmesi esnasında, özen yükümlülüğüne uygun davranıldığında, müdahalenin konusu üzerinde yaratılan risk izinli olup, izin verilen risk alanında meydana gelen neticeler hekime yüklenemeyecektir. Bu açıdan komplikasyon sonucu meydana gelen zararlar, kaza veya tesadüf olarak nitelenir; bir başka söyleyişle izin verilen risk alanındadır. Örneğin gebe olan hastanın, dekolman plasenta tespit edilerek sezeryana alınması ve müdahale sonrasında öldüğü olayda; ölümün kanamaya bağlı hemorajik şok ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana geldiği, “*dekolman plesenta ve uterus atonisinin önlenemez, ön görülemez, ani anne ve bebek ölüm oranı yüksek kanamaya bağlı DIC gelişebilen bir tablo olduğu*”, hastanın tanı, tedavi, anestezi, yoğun bakım uygulamaları ve komplikasyon yönetiminin tıp kurallarına uygun olarak icra edildiği ve bu nedenlerle hekimin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir⁵¹⁷.

6. Manevî Unsur

Esasen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranılırsa öngörülebilir nitelikte olan kanuni tanımda gösterilmiş neticenin; fail tarafından öngörülmeyle, gerçekleştirdiği iradi davranışla ortaya çıkması halinde taksirin varlığından söz edilir⁵¹⁸. Kasten işlenen suçlarda irade hem hareket hem de neticeye yönelik olduğu halde, taksirle işlenen suçlarda sadece hareket iradî olup, fail gerçekleşen neticeyi istememektedir⁵¹⁹. Taksirde neticenin istenmesi söz konusu olmadığından dolayı,

⁵¹⁷ Yargıtay 12. CD 2013/30046 E. 2014/24568 K. 3.12.2014 T.

⁵¹⁸ Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Yaralama”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, Sy: 119, Temmuz 2014, (<https://jurix.com.tr/article/4560>, 23/12/2017), s.6.

⁵¹⁹ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, op.cit., s.331.

somut olayda taksirle öldürmeye veya yaralamaya “sebebiyet vermek”, sorumlu tutulmak için aranacaktır⁵²⁰.

İster yazılı hukuk kuralları isterse ortak tecrübeden kaynaklansın; anılan özen normlarına aykırı hareket eden kişinin cezalandırılmasının temel sebebi, zararlı neticelerin doğabileceğinin özene aykırı davranan fail tarafından öngörülebilmesidir⁵²¹. Neticenin öngörülebilmesi, fiilen gerçekleşen belirli bir sonucun değil, failin iradi hareketinin neden olduğu veya olabileceği benzer neticelerin öngörülebilmesi anlamına gelmektedir⁵²².

Objektif özen yükümlülüğüne aykırılık kavramının açıklanması açısından TCK’nın 22. maddesinin gerekçesindeki açıklamalara bakıldığında, taksirin hem haksızlığın gerçekleştirme biçimi hem de kusurluluğa ilişkin bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçede; *“Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir”* denilerek, özen yükümlülüğünün objektif niteliği vurgulanmıştır. Aynı madde gerekçesinin devamında;

“Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.”

Gerekçede ilk kısımda “objektif esas”tan bahsedilirken, ikinci paragrafta failin kişisel durumu, yeteneği vb. gibi kusurluluğun tayinine ilişkin subjektif hususlara yer verilmektedir.

Özen normları kişiye bağlı olmadığından dolayı, objektif niteliktedir; bunlara riayet edilmeyiş haksızlığı oluşturur. Kusur değerlendirmesi açısından konu incelendiğinde, ceza hukukunda objektif sorumluluk söz konusu olmadığı için, hekimin özene aykırı davranışından dolayı, “kişisel durumu” açısından kınanıp

⁵²⁰ Kocasakal’ın ifade ettiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunumuzdaki madde başlığı olarak “taksirle öldürme” ifadesinin kullanılması, ifade kastı çağrıştırdığından ötürü hatalıdır. Neticenin istenmediği bu suçlarda, esas olan nedensellik bağının kurulabilmesidir; dolayısıyla doğru ifade biçimi “taksirle öldürmeye veya yaralamaya sebebiyet vermek”tir. Bkz. Kocasakal, **op.cit.**, s.155.

⁵²¹ Dönmezer/ Erman, **op.cit.**, s.278.

⁵²² Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.333.

kınanamayacağı, sübjektif ölçütle belirlenecektir⁵²³. Bir diğer söyleyişle, hekimin sorumlu tutulması “...sübjektif olarak, yani kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen bunu göstermemesi”⁵²⁴ halinde söz konusu olacaktır. Neticeyi gerçekleştirme yönünde istemi bulunmayan bireyi, dikkatsizliği veya tedbirsizliği nedeniyle olumsuz neticeden sorumlu tutarken, -ortalama bir kişinin değil- failin kendisinin öngörme imkânının bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır⁵²⁵; failin kişisel yetenekleri itibariyle öngörme imkânının bulunmadığı hallerde cezalandırılması, taksirin sübjektif sorumluluk doğuran bir kusur şekli oluşuyla çelişen bir yaklaşım olur⁵²⁶. Tedbirsizlik veya dikkatsizlikten farklı olarak, belirli bir meslek sahipleri arasındaki asgari bilgi düzeyinin bulunmayışını ifade eden “meslek ve sanatta acemilik” şeklindeki taksirli davranış açısından; o meslek mensuplarının ortak tecrübesi esas alınacak, dolayısıyla yalnızca bu taksirli davranış yönünden sübjektif ölçüt –fiilen mümkün olmayışı nedeniyle- kullanılmayacaktır⁵²⁷. Aksi kabul, tıp biliminin gerektirdiği asgari bilgi düzeyini edinmeyen hekimlere cezasızlık zırhı sağlayarak, onları ödüllendirmek anlamına gelirdi.

“Meslek ve sanatta acemilik” şeklindeki taksirli davranışın oluşumu yönünden; o mesleğin gerektirdiği asgari bilgi düzeyinin, bir başka deyişle mesleğin “katı önleyici normlar”⁵²⁸ının ihlali gerekmektedir. Örneğin bir hekimin, tıp

⁵²³ Alman öğretisinde gittikçe yaygınlaşan – bizim de katıldığımız- bir kanaate göre; objektif ve sübjektif özene aykırılık arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre;

“...eğer failin içinde bulunduğu çevreden olan bir üçüncü şahıs, aynı hareketi tehlikeli olması nedeniyle yapmayacak idi ise, objektif özene aykırılık söz konusudur ve bu objektif özene aykırılık haksızlık alanında ele alınmalıdır. Buna karşılık failin kendisi dahi hareketinin tehlikeliliğinin farkına varabilecek durumda idi ise, bu takdirde sübjektif özene aykırılık söz konusudur ve sübjektif özene aykırılık kusurluluk alanında ele alınmalıdır.” Bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, **op.cit.**, s.321.

⁵²⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.455.

⁵²⁵ Aynı yönde; Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.II**, **op.cit.**, s.3190; Kayaer, **op.cit.**, s.288-289.

⁵²⁶ İçel, **op.cit.**, s.108.

⁵²⁷ **Ibid.**, s.110-111.

⁵²⁸ Konunun açıklanması bakımından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin bozma kararına karşı yaptığı itirazın gerekçesindeki ifadeleri önemli bulmaktayız: “Önleyici normlar arasında da ayırım yapmak gerekir. Katı önleyici normlar önleyici davranışı kesin sınırlarıyla belirler ve bu hususta failin kişisel özellikleri nazara alınarak belirlenen model ajanın neyi öngörüp neyi öngöremeyeceği hususu normun düzenleniş şekli de dikkate alınarak belirlenmelidir. Normun düzenlenişi ile ortaya çıkması muhtemel ve önlenmesi amaçlanan zararlı sonuçların kapsamının bu belirlemede nazara alınması objektif sorumluluk olarak değerlendirilemez. Zira burada model ajanın öngörebileceği neticeler, ihlal olunan hukuk normunun düzenleniş ve hitap şekli itibariyle, kamu davasının sanığının kişisel özellikleri nazara alınarak kendisinin ortaya konan

mesleğinin gerektirdiği asgari ilke ve normlara uymayışı halinde, öngörebileceği neticeler, “*subjektif niteliklerini de kapsayacak*” objektif bir asgari düzeyin ihlali sonucu meydana gelmiştir. Bu nedenle, asgari tıp bilgisi düzeyini esas almak objektif sorumluluk doğurmaz, hekimliği icra yetkisine sahip herkes, bu donanımı kişisel olarak edinmiş olmakta veya sayılmaktadır⁵²⁹.

Belirtilen hususlar gözetildiğinde, hekimin yaptığı müdahalesi itibariyle, tıp biliminin kurallarına uygun olup olmadığı, tipiklik açısından değerlendirilecektir. Somut olayda hekimin kişisel olarak yapabilirlik kabiliyeti ve özene uygun davranışın kendisinden beklenebilirliği ise kusurluluk değerlendirmesinde ele alınacaktır⁵³⁰. Bu nedenle, kışın yolları kapanmış ve tıbbi araç gereç eksikliğinin olduğu bir köydeki hekimden beklenen özen veya kınanabilirlik düzeyi ile şehirde her türlü ekipmana sahip uzman hekimden beklenen özen farklı olacaktır. Birisi için kınanabilir düzeyde ve ceza yaptırımı uygulanan davranışın, diğeri için sorumluluk doğurmayacağı söylenebilir. Failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış bir kişi (sübjektif ölçüt) esas alınarak soruna yaklaşılmalı; failin (konumuz açısından hekim) kişisel ve mesleki niteliklerini haiz bir kişinin, neticeyi öngörme imkanına sahip olduğu halde, somut olayda öngörmeyerek netice gerçekleştirmesi halinde, taksirli sorumluluğuna gidilmelidir⁵³¹.

subjektif niteliklerini de kapsayacak bir durumu ortaya çıkarmaktadır."Yarg. CGK 2014/14-696 E. 2017/75 K. 21.2.2017 T. (<http://kazanci.com>, 02/12/2017)

Kararda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından, sanığın ağır neticeye yönelik taksiri bulunup bulunmadığı tartışılmakta, bu nedenle ağır neticenin “öngörülebilir” olup olmadığına ilişkin saptamalar yapılmaktadır.

⁵²⁹ “*Tedavi hatasının başlıca iki ana sorumluluk nedeni vardır: 1. Özen ödevinin kabaca çiğnenmesi; temel oluşturu nitelikteki dikkat kurallarına uymamak şeklindeki ilkel hatalar 2. Hekimin takdir hakkının savunulamayacak biçimde aşılması; yani anlayışlı ve hastasının sağlık ve afiyetini düşünen bir hekimin kendi takdir serbestisi içinde girişimde bulunmaması gerekenin yapılması*” bkz. Erwin Deutsch, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, (Çev: İrfan Yazman), **AÜHFD**, C.XXXVI, Sy:1, s.174.

⁵³⁰ Koca/ Üzülmüş, **op.cit.**, s.216.

⁵³¹ İçel, **op.cit.**, 109; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, op.cit.**, s.221; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.334.

III. TIBBÎ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN İNSAN YARALAMA SUÇLARI

A. Kasten Yaralama Suçu

1. Genel Bilgiler

Geçtiğimiz kısımlarda açıkladığımız gibi, genel hukuk düzenine göre tıbbi müdahaleye yetkili olan hekimin tipik yaralama fiili, somut olayda ilgilinin rızası nedeniyle hukuka uygun hale gelmektedir. Dolayısıyla hekim olmayan kişiye rıza gösterilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Mevzuattaki istisnalar dışında, hekim olmamasına rağmen, tıbbî müdahalede bulunan kişinin fiili, haksızlık içeriğini muhafaza etmektedir. Bu hallerde kişi, müdahale olumlu sonuçlansa bile, vücut bütünlüğünü ihlal etmek için yetkili olmadığından, kasten yaralama ile cezalandırılır⁵³².

Tıbbî müdahalenin hukukî niteliğini açıkladığımız ikinci bölümde ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, tıbbî müdahale kasıtlı tipik yaralama fiilini oluşturmaktadır. Bu tipik fiilin hukuka aykırılığı, yetkili hekime, geçerli bir rızanın gösterilmesi ile ortadan kalkmaktadır. Rıza olmaksızın veya rızanın geçersiz olduğu hallerde, hekimin tıbbi müdahaleyi icrası kasten yaralama suçunu oluşturur. Kanun hükmünün icrasını veya zorunluluk halini oluşturan haller istisnadır. Mukayeseli hukukta, Avusturya Ceza Kanunu'nun 110. maddesinde rızasız tıbbi müdahalenin ayrı bir suç olarak düzenlendiği görülmektedir⁵³³.

⁵³² Yazar, diş hekimi olmayan ve dolayısıyla diş çekme yetkisi bulunmayan kişinin diş çekmesi halinde, kasten yaralama ile yetkisiz diş hekimliği suçu (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanunu'nun 41. maddesi) arasında fikrî içtima olacağı düşüncesindedir. Bkz. Ünver, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", **op.cit.**, s.127. Yargıtay ise aksi görüştedir: "*Bir diğer hususta hiçbir dayanağı olmadan ayırım yaparak diplomalı kişinin eylemini taksirli, diplomasız kişinin eylemini kasti kabul etmek hukuken mümkün değildir.*" Yargıtay CGK 994/7-370 E. 1995/12 K. 13.2.1995 T. (<http://kazanci.com>, 24/08/2017)

⁵³³ Erman, **op.cit.**, s.39.

2. Korunan Hukukî Değer

Kasten yaralama suçuyla korunan hukukî değer, vücut dokunulmazlığıdır⁵³⁴. Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kasten yaralama suçu, kişinin vücut dokunulmazlığının kasıtlı fiiller ile ihlal edilmesini yaptırım altına almaktadır.

3. Fail

Suç herkes tarafından işlenebilir; özel faillik niteliği aranmamaktadır. Hekimlerin bu suçtan sorumlulukları yönünden kamu görevlisi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

Kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesi (TCK m.88) açısından, failin garantör olması koşulu aranmaktadır. Hukukî değeri ihlâl edici hareketler herkese yasaklanmış iken, hukuki değeri korumaya yönelik hareketlerden her koşulda ve herkes yükümlü tutulmamıştır. Bu nedenle, garantörsel ihmali suçlarda genel faillik unsurlarının yanında, özel garantörlük koşulunun gerçekleşmesi gerekir⁵³⁵.

4. Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Hukuken kişi sayılan, yani anne karnından tam ve sağ doğan kimseler ancak suçun mağduru olabilmekte; suç cenine karşı işlenememektedir.

⁵³⁴ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, **op.cit.**, s.154-155.

⁵³⁵ Hakeri, "İhmali Suçlar", **op.cit.**, s.4.

5. Maddî Unsur

a. İcraî Hareketle İşlenmesi

TCK'nın 86.maddesine göre, kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Tıbbî müdahalenin yetkisiz hekim tarafından işlenmesi sonucu kişinin başkasının vücuduna acı verilmiş veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmuş olması halinde bu suç söz konusu olacaktır. Yine yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, geçerli bir rıza olmaksızın tıbbî müdahale uygulanırsa, anılan neticelerin meydana gelmesi halinde, hekim kasten yaralamadan sorumlu tutulacaktır. Suç serbest hareketli olduğundan, kanunun belirttiği neticeleri meydana getirmeye elverişli her türlü fiille işlenmesi mümkündür. Hekimin tıbbî müdahalesi bakımından önem taşıyan husus, hukuka uygunluk nedenininin -yetkili hekim veya hastanın rızası- bulunmamasına rağmen, anılan zarar neticelerinin doğumuna yol açan her türlü icraî davranışın, bu suç kapsamında değerlendirileceğidir.

b. İhmalî Hareketle İşlenmesi

TCK m.88, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenen halini yaptırım altına almaktadır. Buna göre; kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilmektedir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulacaktır⁵³⁶ (TCK m.88).

⁵³⁶ İhmalî davranışla yaralama bakımından, TCK m.83'deki koşullara atıfta bulunulduğundan dolayı, ihmal suretiyle icra suçunun açıklaması hususunda, TCK'nın 83. maddesini izah ettiğimiz, kasten öldürmenin maddî unsurunun ihmali hareketle işlenmesi kısmına atıfta bulunmakla yetinmekteyiz.

c. Netice

Başkasının vücuduna acı verilmesi, maddi/bedensel her türden acıyı ifade etmektedir. “Sağlığın bozulması” şeklindeki netice, yalnızca sağlıklı bir kimsenin hasta olmasını değil, mevcut hastalıktaki artışı da kapsamaktadır. Bedensel yapıda yaratılan her türlü karışıklık, süresi ve hastalık ölçüsünde olup olmadığı önem taşımaksızın, anılan neticeyi oluşturacaktır. Algılama yeteneğinin bozulması ise, kişinin ruhsal ve zihinsel bütünlüğünde meydana getirilen her türlü anormal hali ifade etmektedir. Anılan neticenin oluşumu için, anormal halin kalıcı akli maluliyet veya hastalık düzeyinde olması gerekmemektedir⁵³⁷.

Hekimin hastayı kasten yaralaması sonucunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerin meydana gelmesi halinde, TCK’nın 87. maddesinin eyleme uyan fıkrası uyarınca ceza artırılabacaktır⁵³⁸.

⁵³⁷ Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.III**, Ankara: Seçkin, 1985, s.411-412.

⁵³⁸ “Madde 87- (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren

hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz. (1)

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren

hallerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/4 md.) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması

halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar

artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz

yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

6. Manevî Unsur

Suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir. Hekimin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerden sorumlu tutulabilmesi için, TCK m.23 uyarınca, kastının kapsamında olmayan ağır neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Yetkili hekimin rıza olmaksızın tıbbî müdahalede bulunması halinde, rızayı almamasının hataya dayanması ihtimali üzerinde de durmak gerekir. TCK m.30/3 uyarınca, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır. Rıza beyanı veren kimsenin, rıza ehliyeti bulunduğu ilişkin kaçınılmaz hata, hukuka uygunluk nedeninin maddî koşullarında hatayı oluşturduğundan, suç işleme kastını ortadan kaldırmaktadır. Bir başka deyişle, rıza aranan tıbbî müdahalelerde, rıza beyanında bulunan kişinin, algılama ve rızanın hukukî sonuçlarını kavrama yeteneğinin bulunduğu konusunda kaçınılmaz yanılgıya düşen hekimin, “*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*” nedeniyle kastı kalkmaktadır⁵³⁹ (TCK m.30/3).

B. Taksirle Yaralama Suçu

1. Genel Bilgiler

TCK m.89’un birinci fıkrası uyarınca, taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkrasında öngörülen hallerde, ceza suçun temel şeklinde göre artırılmaktadır.

Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, ceza artırımına gidilir. Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen hallerin bilinçli taksirle işlenmesi halinde, suç re’sen soruşturulacaktır.

⁵³⁹ Özgenç, *op.cit.*, s.458.

2. Korunan Hukukî Değer

Taksirle yaralama suçuyla korunan hukukî değer, vücut dokunulmazlığıdır. Kişilerin vücut dokunulmazlığının korunmasına hukuk düzeninin verdiği önem nedeniyle, vücut dokunulmazlığına yönelik taksirli yaralama fiilleri de cezaî yaptırım altına alınmıştır⁵⁴⁰.

3. Fail

Suç herkes tarafından işlenebilir; özel faillik niteliği aranmamaktadır. Hekimlerin bu suçtan sorumlulukları yönünden kamu görevlisi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

4. Mağdur

Suçun mağduru herkes olabilir. Hukuken kişi sayılan, yani anne karnından tam ve sağ doğan kimseler ancak suçun mağduru olabilmekte; suç cenine karşı işlenememektedir.

5. Maddî unsur

Taksirle yaralama suçunda, yukarıda taksirle öldürme suçu bağlamında açıkladığımız taksirli davranış biçimleri ve nedensellik bağına ilişkin hususlar ortaktır. Bu nedenle, izleyen kısımda yalnızca farklılık taşıyan maddî unsura, yani taksirle yaralamanın netice unsuruna ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

TCK'nın 89. maddesi, taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmayı yaptırım altına almaktadır. Başkasının vücuduna acı verilmesi, bedensel her türden acıyı ifade etmektedir.

⁵⁴⁰ Seydi Kaymaz / Hasan Tahsin Gökcan, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: Seçkin, 2016, s.182.

“Sağlığın bozulması” şeklindeki netice, yalnızca sağlıklı bir kimsenin hasta olmasını değil, mevcut hastalıktaki artışı da kapsamaktadır. Bedensel yapıda yaratılan her türlü karışıklık, süresi ve hastalık ölçüsünde olup olmadığı önem taşımaksızın, anılan neticeyi oluşturacaktır. Algılama yeteneğinin bozulması ise, kişinin ruhsal ve zihinsel bütünlüğünde meydana getirilen her türlü anormal hali ifade etmektedir. Anılan neticenin oluşumu için, anormal halin kalıcı aklî maluliyet veya hastalık düzeyinde olması gerekmemektedir⁵⁴¹.

Taksirle yaralama fiili sonucunda mağdurun; duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, vücudunda kemik kırılmasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, neden olunursa ceza artırılır (m.89/2). Aynı şekilde m.89/3 uyarınca, mağdurun; iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, taksirli fiil ile neden olunması halinde, cezada artırım gerektiren nitelikli bir hal gerçekleşmiş olur. Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması da cezayı artıran nitelikli hallerdendir (m.89/5).

6. Manevî Unsur

TCK’nın 22. maddesinin 2. fıkrasında taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticelerinin gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Taksirle yaralama suçunun manevî unsuru bakımından önem taşıyan husus, kişinin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla başkasının vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olabileceğini öngörmemiş olmasıdır⁵⁴². Bu husus dışında, taksirle öldürme suçunun manevî unsuru kısmında yaptığımız açıklamalar, taksirle yaralama suçu yönünden de geçerlidir.

⁵⁴¹ Erem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.III, op.cit.**, s.411-412.

⁵⁴² Yıldız, “Taksirle Yaralama”, **op.cit.**, s.6.

IV. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇU

A. Genel Bilgiler

Hekimlerin uyguladıkları tıbbî müdahaleler kural olarak, belirli bir tıbbî standardı yansıtmaktadır. Hekimler hastalarına rastgele veya sübjektif kanaatlere göre tıbbî müdahalede bulunmamaktadır. Ancak bir tedavi yönteminin tıbbî standart oluşturması belirli bir deney ve deneme sürecini gerektirmektedir. Tıp biliminin kabul edilen bilimsel metodolojiye uygun olarak, sınanmış ve doğrulanmış yöntemler, yerleşik tıbbî standardı oluşturacaktır.

Tıp bilimi sürekli gelişen bir bilimdir, bu bilimin gelişimi için ileri sürülen hipotezlerin olgusal olarak sınanması ve verilerle doğrulanması gerekmektedir⁵⁴³. Tıp bilimi, nihai olarak insan üzerinde icra edileceğinden, verileri sınama ve doğrulama işlevi gören hiçbir nesne, tıp biliminin ulaştığı bulguların kesinliğinin tespiti açısından, insan üzerindeki uygulamanın yerini tutmamaktadır. Fakat insanın belirsiz tıbbî işlemlere, önceden insan üzerinde hiç tecrübe edilmemiş veya yetersiz veriye dayanan deneylere, üstelik hasta olmasa bile tabi tutulması, “insanı nesneleştirme” riski taşımaktadır. Almanya’da Nasyonal Sosyalist iktidar döneminde rızaya dayanmayan tıbbî deneyler yoluyla, bir dizi insan onuruna aykırı faaliyete girişilmiş olması, İkinci Dünya Savaşı sonrasında bu alanın düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuştur⁵⁴⁴. Bu nedenle, tıp biliminin araştırma yöntemine uygun olarak, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde

⁵⁴³ Nüket Örnek Büken, “İnsanlar Üzerinde Yapılan Araştırmaların Tarihçesi”, (http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/programlar/SBE601_2017/Insanlar%20Uzerinde%20Yapilan%20Arastirmalarin%20Tarihcesi.pdf, 20/05/2018), s.1 vd.

⁵⁴⁴ Ersan Şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deneme ve Deney Suçları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.596.

Nazi Almanya’sı döneminde ceza hukukunda suçun açıklanmasında “*hukukî değer ihlali*” yerine “*yükümlülüğe aykırılık*” düşüncesi ağır basmış, suç kavramı “*şekli suç*” derecesine indirgenmiş, kanun koyucuya karşı eleştirel işlev gören hukukî değer anlayışı terk edilmiş, ceza hukukunda aşırı sübjektivist eğilimler (fail/iradi ceza hukuku) doğmuş ve ceza hukukunun amacı olarak bireylerin hukukî değerlerinin korunması yerine ırkın, ulusun korunması gibi içeriği Nasyonal Sosyalist ideoloji tarafından doldurulan kavramlar geçmiştir. Nasyonal Sosyalist Dönemde Alman Ceza Hukukundaki hâkim eğilimler için bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, s.249-259.

yapılan ve zararlı sonuç gözlenmeyen deneyler⁵⁴⁵; gerek TCK'nın 90. maddesi, gerekse bu hükme paralel olan Klinik Araştırmalar Yönetmeliği'nin⁵⁴⁶ 5. ve diğer maddelerinde öngörülen koşullara riayet edilmek suretiyle, insan üzerinde uygulanacaktır.

Yukarıda açıklanan gereklilik nedeniyle, TCK'nın 90. maddesinde insan üzerinde deney ve deneme suçları düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında, hekimlerin insan üzerinde icra ettiği önemli ve riskli bir faaliyet alanı olan insan üzerinde deney ve deneme açıklanacak ve TCK'nın 90. maddesi ışığında, hekimlerin bilimsel deney ve tedavi amaçlı denemeden cezaî sorumluluğunun nasıl doğabileceği ifade edilecektir.

İnsan üzerinde deney ve denemelerin hukuka uygun icrasında, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi kişinin rızası esas olmakla birlikte, konunun kötüye kullanılmaya müsait olması ve tarihsel tecrübe nedeniyle, rızaya ilave olarak sıkı kanuni koşullar aranmaktadır⁵⁴⁷.

TCK m.90/1'de, "*İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" denilmek suretiyle, insan üzerinde bilimsel deney suç olarak düzenlenmiş; ikinci fıkrada ise özel hukuka uygunluk sebebi belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada, çocuklar üzerinde icra edilecek hukuka uygun deney bakımından, ilave koşullar öngörülmüştür.

TCK'da, ayrıca hasta üzerinde tedavi amaçlı denemenin icra edilmesi de suç olarak düzenlenmiş; ancak bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişinin üzerinde yapılan, rızaya dayalı, bilimsel yöntemlere uygun, tedavi amaçlı denemenin hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Hukuka uygun tedavi amaçlı deneme için; rıza denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olmalı ve tedavi uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılmalıdır (TCK m.90/4).

⁵⁴⁵ Gerek TCK m.90/1-b gerekse Klinik Araştırmalar Yönetmeliği m.5/1-b uyarınca, insan üzerinde deney yapılabilmesi için öncelikle deneyin insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılması ve zararlı sonuç gözlenmemesi gerekmektedir.

⁵⁴⁶ 13 Nisan 2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁴⁷ "*Nihai uygulama alanı insan olan bir disiplindeki gelişmelerin önu kesilemeyeceği gibi, bu konudaki çalışmalar tamamen kontrol dışı da bırakılamaz. Bu düşünceyle madde, sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde yapılacak biyotıbbi deney ve denemeleri kural olarak cezalandırmakta; ancak belirli şartların bir arada gerçekleşmesi halinde açıklanan rızaya hukuki geçerlilik tanımaktadır.*" (TCK m.90 gerekçesi)

Beşinci fıkra, meydana gelen yaralama ve ölüm neticeleri bakımından uygulanacak ceza normlarını göstermektedir. Altıncı fıkarda, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı ifade edilmiştir.

B. Korunan Hukukî Değer

İnsan üzerinde deney suçu ve bilimsel deneme suçu, başta vücut dokunulmazlığı olmak üzere⁵⁴⁸, -anılan ceza normu kapsamındaki fiillerin üzerinde yarattığı potansiyel tehlike açısından- yaşam hakkı, sağlık hakkı ve insan onurunu korumaktadır⁵⁴⁹. Anılan suç normu, TCK'nın “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Beden bütünlüğü dışında, ikinci fıkra (e) bendinde açıkça belirtildiği üzere insan onuru, (g) bendi kapsamında da kendi geleceğini belirleme hakkının norm kapsamında korunduğunu söylemek mümkündür⁵⁵⁰. Normun koruma amacı, rastgele eylemlerden değil; bilimin kötüye kullanılması yoluyla meydana gelebilecek tehlikelerden korunmaya yöneliktir.

C. Fail

İnsan üzerinde deney suçu herkes tarafından işlenebilir, dolayısıyla özgü suç değildir⁵⁵¹. Tedavi amaçlı deneme suçunun işlenmesi için de, TCK m.90/4'te özel faillik niteliği aranmamakta (“...denemede bulunan kişi...”); ancak hukuka uygun tedavi amaçlı denemenin varlığı için, uzman hekim tarafından hastane ortamında fiilin icra edilmesi gerekmektedir⁵⁵².

⁵⁴⁸ Veli Özer Özbek / Nihat Kanbur / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2014, s.237.

⁵⁴⁹ Yener Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.151.

⁵⁵⁰ Gülsün Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, C.I, 2015, s.170.

⁵⁵¹ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II**, Ankara: Seçkin, 2008, s.517. Aksi görüşte; Ezgi Aygün, **İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçları**, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012, s.81; Gökcan, **op.cit.**, s.576.

⁵⁵² Aksi görüşte: Gökcan, **op.cit.**, s.586

D. Mağdur

Suçun mağduru üzerinde bilimsel deney veya tedavi amaçlı deneme gerçekleştirilen insandır. Mağdur yalnızca gerçek ve yaşayan kişi olup, insan cesedi veya insan bedeninden ayrılmış vücut parçaları üzerinde anılan fiillerin gerçekleştirilmesi, suçu oluşturmaz⁵⁵³.

E. Maddî Unsur

1. Bilimsel Deney

İnsan üzerinde deney suçunun işlenebilmesi için, ikinci fıkradaki koşullar bulunmaksızın insan üzerinde bilimsel deney yapılması yeterlidir. Deneyin icrası için beden bütünlüğüne fiziksel bir etkiye bulunmak zorunlu olmayıp, ilgili kişinin ruhsal bütünlüğü üzerinde etkiye bulunmak da deney kapsamına girebilir⁵⁵⁴. Doğrudan bedensel veya ruhsal (algılama, irade, duygulanım gibi zihin işlevleri) bütünlüğü, etkileyebilecek nitelikte her türden davranış (örneğin ilaç verme), “deney” oluşturabilmektedir. Bu açıdan suç serbest hareketlidir. Altıncı fıkranın uygulandığı haller hariç, belirli bir zarar sonucu aranmadığından, fiilin işlenmesiyle suç tamamlanacaktır. Bu yönden de fiil, sırf hareket suçu ve soyut tehlike suçu niteliğini taşımaktadır.

90. maddenin 1. fıkrasının uygulanması açısından deneyin “bilimsel” nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde, eylem niteliğine göre yaralama, öldürme veya işkence teşkil edebilir⁵⁵⁵. Madde metni her türlü deneyi değil; bilimsel deneyi cezalandırmaktadır. Mevcut veya muhtemel bilimsel işlevi olmayan deneyler, yaşam hakkını ve beden bütünlüğünü korumayı amaçlayan diğer cezaî normlarla yaptırım altına alınacaktır. Bizce bilimsel deney, bilimsel bir hipotezin olgularla sınanması anlamına gelmektedir. Başlangıç noktası bilimsel bir hipotez olmayan, bir hipotez

⁵⁵³ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.152.

⁵⁵⁴ **Ibid.**, s.152; Gökcan, **op.cit.**, s.576.

⁵⁵⁵ Şen, **op.cit.**, s.607.

çerçevesinde oluşturulan varsayımları yöntemli bir şekilde denetleme işlevi bulunmayan faaliyetler, bilimsel deney değildir⁵⁵⁶. Deneyin başlangıç noktasını oluşturan hipotezin, kanıtlanması zorunlu değildir. Zaten bir hipotez, henüz kanıtlanmadığı için deney konusu olur. Ancak tıp bilimine tamamen yabancı, bütünüyle sanıya dayalı “varsayımlar”dan hareketle deney icra edilemez.

Deney eyleminin suç oluşturabilmesi için deneyin “bilimsel” nitelikte olmasının aranması, “olması gereken hukuk” açısından eleştirilmiştir. Bu yaklaşıma göre, deneyin bilimsel nitelik taşımasa bile suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak deneyin önüne eklenen “bilimsel” sıfatı, normun koruma alanını sakıncalı bir şekilde daraltmıştır. Kaldı ki, deneyle bilimsel bir araç veya yöntem bulunmaya çalışıldığından, çoğunlukla bilimsel sıfatını alması ancak tıp bilimince yerleşik kabul gördüğünde mümkün olabilir. Deneme suçu düzenlenirken, bu hataya düşülmemiştir⁵⁵⁷. “Bilimsel olmayan” nitelikteki deneylerin, normun kapsamında yer almamasının doğuracağı sakıncaları aşmak için, evleviyet kuralına dayanmak da – ceza hukukundaki kıyas yasağından dolayı- mümkün değildir⁵⁵⁸. Mevcut düzenlemeye göre, bilimsel nitelikte olmayan deneyler, teşkil ettikleri tipik eyleme göre –yaralama, öldürme vd.- cezalandırılacaktır. Kanaatimizce, TCK m.90/1’in *ratio legis*’i, insan onuru ve beden bütünlüğünün, bilimin kötüye kullanılması yoluyla ihlal edilmesinin engellenmesidir. Madde metninde, bilimin gelişimi amacına uygun biçimde, insan onurunun daha güvenceli bir şekilde korunması için özel hukuka uygunluk koşulları öngörülmüş olması da anılan ceza normunun amacının bilimsel faaliyetlerin insan onuru üzerinde risk doğuran/tehlike yaratan boyutlarını engellemek olduğunu doğrular mahiyettedir. Bilimsel nitelikte olmayan faaliyetler, diğer ceza normlarının koruma alanındadır.

Öğretide bilimsel deneyin, tıp bilimi dışında, başka bilimler için de söz konusu olabileceği belirtilmesine karşın⁵⁵⁹, bu kanaati fevkalade sakıncalı

⁵⁵⁶ “Temel” ve “uygulamalı” deney ayrımı yapılması gerekli olduğunu, insan üzerinde yapılacak bir deneyin, temel bir deney kapsamında görülemeyeceğini, ancak uygulamalı deney icra edilebileceğini ve bu uygulamalı deneyin temel deneyden elde edilen ilkelere dayanmasının zorunlu olduğunu ifade eden yazar, bu doğrultuda ancak temel deneylerin hayvanlar üzerinde veya insan dışı deney ortamında yapılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Aysun Altunkaş, **İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçları (TCK m. 90)**, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011, S.270.

⁵⁵⁷ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.153.

⁵⁵⁸ **Ibid.**, s.167.

⁵⁵⁹ Öğretide *Şen*, insan üzerinde deney yapılabilecek diğer alanlara örnek olan uzay araştırmaları, adli tıp, plastik ve estetik cerrahi, insan klonlama, yapay hücre üretimi, askeri araştırmalar alanlarını örnek

bulmaktayız. Tıp bilimi, insan hayatının kurtarılmasına yönelik olduğu için, çok sınırlı alanda tıp bilimine tanınan “vücut bütünlüğünü ihlal edici ve yaşam hakkını tehlikeye atabilecek” nitelikte insan üzerinde deney serbestisinin, başka alanlara tanınmasının, insan hakları açısından çok sorunlu olacağını düşünmekteyiz.

İnsan bedeninden ayrılmış vücut parçaları üzerinde deney yapılmasının madde kapsamında düzenlenmemesi, olması gereken hukuk açısından bir eksikliktir. Vücuttan ayrılan kısımlar “insan” veya “insan bedeni” sayılamayacağı için, insan embriyosunun veya insandan alınan kan, idrar, doku ya da kadavranın üzerinde deney yapılması halinde, maddi konu açısından 90. maddede yer alan tipiklik oluşmayacaktır⁵⁶⁰.

Günümüzde kök hücre tedavisi önemli bir tartışma konusudur. Yetişkin insanın bazı vücut bölümlerinde de bulunabilen kök hücrenin, zengin kaynaklarından birisi de dölleniş yumurta olan embriyodur. Bilindiği gibi, embriyonun vücut dışı ortamda elde edilmesi mümkündür. Bu şekilde tüpte elde edilen embriyoların anneye naklinden sonra, 90. madde korumasında olacağı konusunda kuşku duymamaktayız. Bunun yanı sıra, anne bedeni dışında iken embriyoya deney yapılmasının da ceza normları ile yasaklanması gerektiğini düşünmekteyiz⁵⁶¹. Kanaatimizce, olması gereken hukuk yönünden, 90. maddenin koruma alanında embriyonun da bulunması gerekirdi. Biyotıp Sözleşmesi’nin 18. maddesine göre, hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacağı belirtilmiş; sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaklanmıştır. Alman öğretisinde genel kabul edilen görüşe göre tedavi amaçlı embriyon üretimi belli koşullarla mümkündür⁵⁶². Kanaatimizce insan olma potansiyeli taşıyan embriyonun, belirli amaçlarla “üretilip”, bir bilimsel araştırma nesnesi olarak muamele görmesinin insan onuru açısından oldukça ciddi sıkıntılar

vermiştir. Bkz. Şen, **op.cit.**, s.592,609. Bu alanlardan adli tıp, plastik ve estetik cerrahi, insan klonlama, yapay hücre üretimi tıp biliminin icrası kapsamında sayılan alanlardır. Diğer alanların zikredilmesini, özellikle “askeri araştırmalar” nedeniyle insan üzerinde deney yapılabileceğinin düşünülmesini, insan hakları açısından bir hayli sorunlu bulmaktayız.

⁵⁶⁰ Gökcan, **op.cit.**, s.576-577; Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.152.

⁵⁶¹ Embriyonun yaşam hakkı ve insan onuru bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Nagehan Gürbüz, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2014, s.63-65.

⁵⁶² Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.179.

yaratabileceği açıktır⁵⁶³. Kök hücre tedavisinin gerektiği hallerde dahi, sırf bunun için “embriyo üretimi” yapmak “zaruri” değildir. Çünkü kök hücrenin başka kaynakları da vardır. “Bilimin gelişmesi” maksatlı embriyo üretimi kulağa hoş gelse de, hukuki açıdan buna müsaade edildiğinde, o kapıdan “öjenizm”in veya “ırkın ıslahı” projelerinin girmeyeceğinin garantisi yoktur⁵⁶⁴.

2. Tedavi Amaçlı Deneme

TCK m.90/4, hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme suçunu, aynı fıkarda yer alan özel koşulların bulunmadığı hallerde yaptırım altına almaktadır.

Deney ve deneme fiilleri, teşhis ve tedaviden açık bir şekilde ayrılmakla birlikte; söz konusu fiillerin birbirleri arasında ne türden bir ayrımın olduğuna değinmek gerekir. Deney ile denemenin farkı 90. maddenin gerekçesinde açıklanmaktadır. Buna göre, “deney” teriminin, bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik şekilde kullanıldığı ifade edilmiştir. “Deneme” ise, 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. Gerekçede, bilimsel deneyin aksine, tedavi amaçlı denemelerin ancak “hasta insan” üzerinde gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Tedaviye yönelik bir denemenin gerçekleştirilmesi için, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının hasta üzerinde uygulanması şart değildir. Bilinen yöntemlerin sonuçsuz kalacağının anlaşılması, deneme yapılabilmesi için yeterli sayılmıştır.

⁵⁶³ Almanya’daki hâkim kanaat, yumurta ile spermin birleşmesi anından itibaren, Anayasa’daki insan onuru korumasından yararlanabilecek bir insan statüsünün ortaya çıktığını savunmaktadır. Bunun sebebi olarak embriyonun insan olarak gelişme potansiyelinin varlığı, bireyselliği ve kendisini sürekli olarak insan olma yönünde geliştirmesi gösterilmektedir. Bu görüş ve itirazlar için bkz. Henning Rosenau, “Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama ve Alman Kök Hücre Kanunu”, (Çev: Hakan Hakeri), in **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- Tıp Ceza Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.54-57.

⁵⁶⁴ İnsan embriyosu konusunda hukuk biliminin bugünkü sınırlarını ihtar eden, doğrudan embriyo üzerinde deneyle ilgisi olmasa da, embriyoya karşı yapılacak müdahaleyi sınırlayan Biyotıp Sözleşmesi’nin iki önemli hükmünü burada dile getirmek gerekir. Biyotıp Sözleşmesi’nin 13. maddesine göre “insan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.” Aynı sözleşmenin 14. maddesine göre; “Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni dölleme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır.”

Öğretide madde metninde yer alan deney ve deneme ayrımı eleştirilmiştir. Deney ve denemenin ne olduğunun ve nasıl ayrıldığıının uygulamada karışıklık yaratabileceği belirtilmiş⁵⁶⁵, buna ek olarak deney kelimesinin olumsuz çağrışımlarda bulunabileceğine dikkat çekilmiş⁵⁶⁶; örneğin “*araştırma*” gibi tek bir terim kullanılması önerilmiştir⁵⁶⁷.

Kanun koyucunun deney ve deneme arasında yaptığı ayrımın temelinde, deneyin tedaviye yönelik olmaması, deneye tabi kişinin hasta değil gönüllü bir kimse olması ve denemenin deneye göre belirli bir tıbbi kabule sahip olması olgularının bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle, deneyde daha sıkı koşullar aranmış; deneme ise tedaviye muhtaç bir hastanın, bilinen yöntemlerle sağlığına kavuşamamasına karşı, hastanın kendisinin riski üstlenerek “faydalı olan fakat henüz yerleşik tıbbi standart derecesine erişememiş” bir müdahaleye rıza vermesi olarak görülmüştür. Yani “*tedavi amaçlı deneme*”; “*bilimsel deney*” ile “*yerleşik tıbbi standardı yansıtan bilinen tedavi yöntemi*” arasında kalan bir derecede, tıp biliminin ulaştığı kanaati yansıtmaktadır. Bilimsel deney; gönüllü kimse üzerinde, tıp biliminin çok düşük düzeyde olumlu kanaat sahibi olduğu müdahaleye, kişinin kendi yararından ziyade tıp biliminin gelişmesi dolayısıyla insanlığın yararı için, kanunun aradığı sıkı koşullarla icra edilen bir faaliyettir. Tedavi amaçlı deneme ise, hasta kişi üzerinde, tıp biliminin belirli düzeyde olumlu kanaat sahibi olduğu müdahaleye, kişinin tedavi olabilmek amacıyla kendi yararı için, bilinen yöntemlerin sonuçsuzluğunun anlaşılması ve daha detaylı bilgilendirilerek rızasının alınması koşulları ile icra edilen bir faaliyettir. Bu iki faaliyet arasında, koşullar ve yaptırım açısından fark yaratılması gerektiği için, kavramsallaştırma bakımından da farklı terimlerin tercih edilmesi kanaatimizce isabetlidir.

Öğretide, üzerinde deney yapılacak kişinin hasta olmaması gerektiği; kişi hasta olur ve tedavisi ile ilgili bir işlem yapılırsa, artık deneyin değil, dördüncü fıkrafta düzenlenen denemenin söz konusu olacağı ifade edilmiştir⁵⁶⁸. Dolayısıyla bu

⁵⁶⁵ Şen, **op.cit.**, s.609.

⁵⁶⁶ Aygörmaz Uğurlubay, **op.cit.**, s.195.

⁵⁶⁷ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.167.

⁵⁶⁸ Gökcan, **op.cit.**, s.578. Olması gereken hukuk açısından Ünver bu düzenlemeyi –bizim katılmadığımız bir açıdan- eleştirmektedir: “*Oysa suç her insana karşı işlenebilir ve suçun maddi konusu da her insan olarak düzenlenerek, eğer suç politikası açısından amaçlanıyorsa, ilgilinin rızasının hukuka uygunluk etkisi göstermesi için rıza ve maddedeki ek koşullarla yalnızca hasta insan üzerinde deneme eyleminin hukuka uygun olabileceği hükme bağlanmalıydı.*” **Ibid.**, s.155.

ihtimalde, tedavi amaçlı denemenin hukuka uygunluğu için aranan şartlar -örneğin denemenin belirli bir düzeyde tıp biliminin kabul edilir olması- aranacaktır. Burada ifade edilen “hasta” teriminin herhangi bir hastalık olarak anlaşılmaması; korunması amaçlanan hukukî değere ve TCK m.90/4’teki özel kasta uygun bir yorumla, deneme yapmak suretiyle tedavisi amaçlanan hastalık olarak algılanması gerekmektedir⁵⁶⁹.

F. Manevî Unsur

İnsan üzerinde bilimsel deney suçu, genel kastla işlenebilir. Deneme suçu bakımından, tedavi amacına yönelme koşulu arandığından, ancak özel kastla işlenebileceğini söylemek mümkündür. Tedavi amaçlı olmayan denemeler yaralama, eziyet vd. suçları oluşturabilir⁵⁷⁰.

Deneyin sonucunda, kişinin yaralanması ve ölmesi söz konusu olursa, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m.90/5). Bu düzenlemenin, salt neticeyi zikrederek manevî unsura ilişkin belirlemede bulunmaması; her ihtimalde kastın varsayılacağı yönünde “*kanuni karene*” izlenimi yaratmakta olduğundan⁵⁷¹, hatalı olmuştur. Bu fıkranın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç mantığına uygun olarak, ölüm ve ağır yaralama neticelerine münhasır biçimde düzenlenmesinin daha isabetli olabileceği düşüncesindeyiz.

G. Hukuka Aykırılık

TCK’nın 90. maddesinin 2. fıkrasında yer alan özel hukuka uygun koşullarına göre icra edilen bilimsel deney, ceza sorumluluğu doğurmayacaktır. Buna göre, hukuka uygun deney için şu koşullar bulunmalıdır:

- a. Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması (izin koşulu),
- b. Deney, insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması (sınanma koşulu)

⁵⁶⁹ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.155.

⁵⁷⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.468-469.

⁵⁷¹ Şen, **op.cit.**, s.635,637-638.

- 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 (gereklilik koşulu),*
- d. *Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması (kalıcı zarar bırakmama koşulu),*
- e. *Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemler uygulanmaması (insan onuruna uygunluk koşulu),*
- f. *Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması (ağır basan yarar koşulu)*
- g. *Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması (bilgilendirilmiş rıza koşulu)*
- h. *Herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması (karşılıksızlık koşulu).*

Maddenin ilk halinde, çocukların deneye tabi tutulması kabul edilmemekteydi. Yapılan değişikliklerle, çocukların deneye tabi tutulması, yukarıda anılanlar dışında, ilave koşullarla mümkün kılınmıştır:

“Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması”

Biyotıp Sözleşmesi’nin “Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması” başlıklı 17/ii bendine göre, anılan kimselerde bilimsel araştırma yapılabilmesi için, “araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması” gerekmektedir. Bilimsel deneyin, gönüllünün doğrudan yararına olmayan bir müdahale teşkil ettiği dikkate alındığında, sağlıklı çocukların tıbbi deneye tabi tutulmasını sağlayan m.90/3’ün, Biyotıp Sözleşmesi’nin anılan maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz⁵⁷². Çünkü “ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama” işlevi bulunan araştırma, TCK terminolojisindeki tedavi amaçlı denemeye tekabül etmektedir. Biyotıp Sözleşmesi’ndeki araştırma terimi, TCK terminolojisindeki deney ve denemeyi kapsamakta olduğundan, Sözleşme’nin 17. maddesinde verilen izni, genel olarak çocuklar üzerindeki deneye müsaade edildiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Sözleşme’nin 17. maddesinin (ii) bendinde tasvir edilen araştırma, Türk hukuku bakımından “bilimsel deney”e denk düşmemektedir. TCK’daki

⁵⁷² Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı*, C.II, op.cit., s.518.

düzenlemede, çocukların deneye tabi tutulması açısından en azından on iki yaş gibi bir yaş sınırı getirilebilirdi⁵⁷³. Olması gereken, Biyotıp Sözleşmesi'ne uyumlu bir şekilde, değişiklikten önceki düzenlemeye geri dönülmesidir. Çocuklarda tedavi amaçlı deneme yapılabilirse de, bilimsel deney icra edilmemelidir.

Öğretide, TCK m.90/2-g hükmünde yer alan “menfaat teminine bağlı bulunmama” koşulunun, eşyanın tabiatına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bilimsel deney sağlıklı insanlara yapıldığından, menfaat koşulu eylemin hukuka uygunluğunu neredeyse bütün olaylarda engelleyebilecektir⁵⁷⁴. Yurt dışında gönüllülere tıbbi deneye tabi olmak için para ödendiği, ülkemizde de yürütülen araştırmalarda kanunen yasak olmasına rağmen maddi menfaat temin edildiği belirtilmektedir⁵⁷⁵.

Kişiye deney sırasında insan onuru ile bağdaşmayacak şekilde acı verici yöntemlerin uygulanmaması ölçütünün, belirsiz olduğu ve uygulamada soruna yol açacağı öğretide ileri sürülmüştür. Bu tür bir ölçütün hâkime değil, etik komisyona hitap eden ve komisyonca uygulanacak bir ölçüt olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmiştir⁵⁷⁶. Bu kanaate biz de katılmaktayız. Zaten olayın bu boyutunun incelenmesi, somut olayda çoğunlukla bilirkişiyeye havale edileceğinden dolayı, bu incelemenin olay sonrası (*ex post*) değil, olay öncesi (*ex ante*) Etik Komisyonca yapılması, ceza hukukunun belirlilik ilkesine daha uygun bir yol olacaktır.

Gönüllüler üzerindeki ilaç araştırmaları da özel mevzuat hükümlerinin yanı sıra, TCK m.90'daki deneme ve deney suçlarına ilişkin hükümler kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Aynı yönde: Şen, **op.cit.**, s.629-630.

⁵⁷⁴ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.176.

⁵⁷⁵ Şen, **op.cit.**, s.622.

⁵⁷⁶ Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **op.cit.**, s.21.

⁵⁷⁷ Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, **op.cit.**, s.181.

H. İctima

TCK'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre deneyin sonucunda, kişinin yaralanması ve ölmesi söz konusu olursa, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Öncelikle, anılan fıkra her türlü “yaralama” neticesinden bahsedilmesi hatalıdır. Çünkü yaralama olmaksızın deney yapılabilmesi çoğu halde mümkün değildir. Bu kabul, TCK m.90/2’de yer alan koşullar olmaksızın icra edilen her deneyin TCK m.90/1’in yanı sıra kasten yaralamadan da sorumluluk doğurmasına yol açar. Oysaki “bilimsel deney” ile “basit yaralama” arasındaki ilişki, özel norm-genel norm ilişkisi şeklinde düşünülerek, bilimsel deneyin icrası için kaçınılmaz düzeydeki basit yaralamadan ayrıca cezalandırma cihetine gidilmemesi ve m.90/1’deki yaptırımla yetinilmesi gerekirdi. Dolayısıyla, ancak “ağır yaralama neticelerinden” ve ölüm neticesinden dolayı, TCK m.23’teki tanım dikkate alınarak, m.90/1’deki suçun temel şeklinin cezasının, anılan neticeler bakımından ağırlaştırıldığı bir fıkra maddeye eklenebilir veya 90. maddenin hemen ardına gelecek şekilde ayrı bir “neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış bilimsel deney” hükmü öngörülebilirdi (TCK m.95’teki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence hükmüne benzer şekilde). Bu şekilde, maddenin ifade biçiminin kusur esasına aykırı biçimde, netice sorumluluğu öngördüğü izlenimi giderilebilirdi; çünkü genel hükümlerde, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçta, ağır neticeden sorumluluk bakımından “*en azından taksirle hareket*” (TCK m.23) edilmesi koşulu öngörülmüştür.

Tedavi amaçlı denemede, m.90/4’teki koşullara uyulmasına rağmen, müdahalenin icrası sırasında taksirle zarara sebebiyet verilmesi halinde, hekimin - TCK m.90/4 değil- taksirle öldürme veya yaralama suçundan sorumluluğuna gidileceği düşüncesindeyiz. Çünkü anılan fıkradaki –rıza, uzman hekim, hastane ortamında icra- gibi özel hukuka uygunluk sebeplerine riayet edildiğinde, artık tedavi amaçlı deneme suçundan söz etmek mümkün olmaz. Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk koşullarına haiz denemenin, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık biçimde hastanın zararına yol açması, taksirli sorumluluk normlarının koruma alanındadır.

V. ORGAN VE DOKU NAKLİ SUÇLARI

A. Genel Bilgiler

Organ ve doku nakli, özellikle hayatî işlevlerini devam ettirebilmek için buna ihtiyaç duyan hastalar açısından son derece önemli bir konudur. Nakil yoluyla hayatına devam edebilecek kimselerin, uygun verici bulamama nedeniyle hayatını kaybetmesi sıklıkla gerçekleşebilen bir olaydır. Bu nedenle kanun koyucu organ ve doku naklini düzenlemiş; hem organ ve doku ihtiyacını karşılamayı amaçlayan hem de vericileri koruyan hükümler öngörmüştür. TCK'nın 91. maddesinde konuya ilişkin üç ayrı suç tipi yer almaktadır; bu suç tipleri, yaşayan kişiden geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması, ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması, organ ve doku ticareti yapılmasıdır⁵⁷⁸.

Anılan faaliyet alanının, maddî menfaat elde etmek amacıyla kötüye kullanılmaya müsait olması, konuya özel bazı cezaî normların yaratılmasına neden olmuştur. Çalışmamızın bu kısmında, yalnızca hekimin icra ettiği organ ve doku nakli fiillerini, hekimin cezaî sorumluluğu yönünden ele alacağız. Organ ve doku ticareti suçlarından; Organ ve doku alınıp satılması, satın alınması, bu fiillere aracılık edilmesi (TCK m. 90/3); çıkar karşılığı organ veya doku teminine yönelik ilan veya reklam verme, yayınlama (TCK m.90/6) gibi suçlara, tıbbi müdahaleyle doğrudan ilintili olmadıklarından ötürü işbu çalışma kapsamında değinilmeyecektir.

Tıbbi müdahaleler, yalnızca hastanın iyileştirilmesi amacına yönelik icra edilmemektedir. Tıbben kabul edilen diğer amaçlara yönelik bir şekilde de tıbbi müdahale yapılabilmesi mümkündür. Tıbben kabul edilen diğer amaçlara yönelmiş müdahalelerden birisi de organ ve doku naklidir. Sağlıklı bir kişiden organ veya doku alınması, üçüncü kişinin tıbbî yararına yönelik bir tıbbî müdahaledir.

Sağlıklı kimseden organ alınması halinde, bu kişinin kendisinin müdahalede tıbbi yararı bulunmadığından, salt hastanın rızası, müdahaleyi hukuka uygun

⁵⁷⁸ Ahmet Gökçen / Murat Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı -Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C. XIX, Sy: 2, 2013

kılmayacaktır⁵⁷⁹. Bu nedenle, sağlıklı vericiden organ alınması için açık yasal dayanak gerekmektedir. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, Türk hukukunda organ ve doku naklinin yasal dayanağı oluşturmaktadır. Bu mevzuatta, yer alan özel hukuka uygunluk koşullarına uyularak organ ve doku naklinde bulunulması ceza sorumluluğuna neden olmayacaktır. Bu koşullara uyulmaması halinde, başta TCK m.91 olmak üzere, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nda düzenlenen cezaî hükümler kapsamında failin ceza sorumluluğu doğacaktır.

TCK m.91'e göre;

“(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrafta belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Birinci fıkrafta tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Anılan maddenin, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'yla çeliştiği hallerde, sonraki tarihli kanun olan TCK'nın uygulanması gerekmektedir. Organ ve doku nakli konusunda, TCK esasen suç, anılan özel kanun ise belirtilen fiillerin ne zaman hukuka uygun gerçekleştirileceğini düzenlemektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku, op.cit.**, s.92.

⁵⁸⁰ Ünver, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, **op.cit.**, s.131.

Hukuka aykırı olarak kişiden organ ve doku alınması ile organ ve doku ticareti fiillerini, yalnızca çalışma konumuzu ilgilendiren kısmı itibariyle, tıbbi müdahaleyle doğrudan bağlantılı olduğu yönlerden inceleyeceğiz.

B. Korunan Hukuki Değer

Yaşayan kişiden rızasına aykırı olarak organ ve doku alınması suçu yönünden korunan hukukî değer vücut dokunulmazlığıdır. İkinci fıkra bakımından korunan hukuki değer, ölü kimsenin yakınlarını ilgilendirmekte olup, ölü kimsenin anısı ve yakınlarının haysiyetidir⁵⁸¹.

C. Fail

Suç herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Suçun işlenmesi için belirli bir özel faillik niteliği aranmamaktadır. Geçerli rıza olmaksızın organ alınması, uzman hekim tarafından gerçekleştirilse bilse, suç teşkil etmektedir⁵⁸². Bu bakımdan failin niteliğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

D. Mağdur

Yaşayan kişiden geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması halinde, suçun mağduru yaşayan, yani beyin ölümü gerçekleşmemiş her kişi olabilir. Ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması halinde mağdur, ölünün yakınlarıdır⁵⁸³.

⁵⁸¹ Ahmet Gökçen / Murat Balcı, **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, Ankara: Adalet, 2013, s. 422-423.

⁵⁸² İlhan Üzülmmez, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet, 2013, s.127.

⁵⁸³ **Ibid.**, s.130.

E. Maddî Unsur

Birinci fıkrada düzenlenen suç, hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın organ alınmasıdır. Suçun oluşumu için hukuken geçerli bir rıza olmaksızın fiilin işlenmesi aranmakta olup, geçerli rızanın koşulları ilgili mevzuatta belirlenmiştir. Geçerli rızanın bulunmaması, suç tanımında açıkça arandığından; bu suç yönünden ilgilinin rızası, tipikliği kaldıran rıza niteliğindedir⁵⁸⁴. Suçun doku alımı suretiyle işlenmesi cezayı azaltan nitelikli haldir.

Suçun tamamlanması için, kanunda belirli bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından, suç sırf hareket suçudur.

Kanunî tanımda yer alan almak fiili, cerrahi yöntemlerle organ ve dokuyu bulunduğu yerden çıkarmayı ifade etmektedir. Cerrahî yöntem olarak nitelenemeyen bir hareketle organ veya doku alınması halinde kasten yaralama suçunun oluşacaktır⁵⁸⁵.

İkinci fıkra, anılan fiillerin ölü kişilere karşı işlenmesini yaptırım altına almaktadır. Ölüm anının tespiti, organ naklinin hukuka uygunluğuna ilişkin aranan ölçütlerde ve hukuka aykırılık tespiti sonrası uygulanacak yaptırımda farklılık yaratacaktır.

Kanun koyucu beşinci fıkra kapsamında, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi veya aşılması, birinci ve ikinci fıkradan bağımsız olarak yaptırım altına almaktadır. Bu hükümle, hukuka aykırı organ veya doku alımını kendisi yapmayan kişinin, belirtilen seçimlik hareketlerden birini yapmak yoluyla hukuka aykırı organ ve doku aktarımına sunduğu önemli katkılar ceza normunun kapsamına sokulmuştur. Eğer seçimlik hareketlerin birden fazlası, bir olay kapsamında işlenirse, yalnızca tek bir suç oluşacaktır.

Organ ve doku alımının konusu kural olarak insan vücudundaki her türlü organ, doku ve bunların parçalarıdır. Fakat kanunumuz, oto-grepler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonunu bu kanun hükümlerine tabi tutmamıştır.

⁵⁸⁴ Gökçen / Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **op.cit.**, s.116.

⁵⁸⁵ **Ibid.**, s.117.

Anılan müdahaleler hariç her türlü organ ve dokunun bütün veya parça olarak nakli kanun kapsamındadır.

F. Manevî Unsur

Suç, kasten işlenebilmektedir. TCK'nın 90. maddesinin 1. fıkrası kapsamında hukukten geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alınması; anılan maddenin 2. fıkrası kapsamında hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alınması suç teşkil etmektedir. Anılan suç tipleri yönünden, hukuka aykırılık madde metninde açıkça aranmaktadır. Hukuka aykırılığın tipikliğe ait bir unsur niteliği kazandığı bu gibi hallerde; failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani doğrudan kasıtlı hareket etmesi aranmaktadır⁵⁸⁶. Bu nedenle, anılan suç tipleri, olası kasıtlı işlenemez.

Hukukten geçerli rıza olmaksızın kişiden organ alınması, TCK'nın 90. maddesinin 1. fıkrasındaki tipikliği oluşturduğundan; geçerli rızanın bulunması tipikliği kaldırmaktadır. Bu nedenle, rızanın koşullara uyulmadığına ilişkin bilgi, kastın bilme unsuru kapsamında aranacaktır. Fiilin, hukukten geçerli rızanın varlığına ilişkin kaçınılmaz hata halinde işlenmesi; maddî unsurlarda yanılı olarak değerlendirilmeli ve suç işleme kastının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır⁵⁸⁷.

Organ veya doku saklanması, nakledilmesi veya aşılması icra eden kişi, müdahaleye konu organ veya dokuların hukuka aykırı yollarla elde edinildiğini bilmiyorsa, maddi unsurlara ilişkin kaçınılmaz hatasından dolayı, suç işleme kastının kalktığını kabul etmek gerekir. Çünkü organ veya dokunun hukuka aykırı yollarla edinilmesi, normun varlığına ilişkin değil; fiilin objesinin niteliğine ilişkin olup, tipiklikte hata teşkil etmektedir.

⁵⁸⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.378.

⁵⁸⁷ Gökçen / Balci, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", **op.cit.**, s.119.

G. Hukuka Aykırılık

Organ nakli yoluyla vücut bütünlüğüne müdahale edilebilmesine hukukun izin vermesinin nedeni, bir başkasının (alıcının) hayatının korunmasıdır. Bu müdahalenin hukuka uygunluğu, korunan hukuki değerlerin dengelenmesine bağlı olup; yaşayan vericinin bedensel işlevlerinin bozulmaması ve işbu naklin maddî menfaat kaygısıyla değil, salt insanî nedenlerle yapılması gerekmektedir⁵⁸⁸.

1. Yaşayan Vericiden Organ veya Doku Alınmasının Koşulları

Yaşayan kişiden ve ölüden nakil mümkündür. Yaşayan verici için, kanun daha sıkı koşullar aramıştır. Bu ihtimalde, yaşayan verici bakımından, insani düşüncelerle, üstün bir amaç için organ veya doku alımının gerçekleştirilmesine hukuk düzenince izin verilmiştir⁵⁸⁹. Organ ve doku naklinin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla gerçekleştirileceği kanunda ifade edilmiş olmakla birlikte; yaşayan vericiden salt “bilimsel” amaçla organ ve doku alımının söz konusu olamayacağı düşüncesindeyiz. Tedavi dışındaki amaçlarla, örneğin bilimsel deney amacıyla yaşayan insandan organ alınması veya insana organ aşılanmasının kabul edilmediği öğretide ifade edilmektedir⁵⁹⁰. Yaşayan vericiden organ veya doku alımında bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını ifade eden Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunu’nun 7. maddesinin (b) bendi uyarınca hekim; “*Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak*” zorundadır. Anılan bendin “alıcıya yarar” koşulunu içermesi nedeniyle, Türk hukuku açısından münhasıran üçüncü kişinin tıbbi yararı amacıyla, organ ve doku aktarımının yapılabilceğini düşünmekteyiz.

Yaşayan vericiden organ veya doku alınması, kişinin bu konuda açık bir irade beyanında bulunmasına bağlıdır ve bu iradenin tespiti ve belgelendirilmesi açısından

⁵⁸⁸ Doğan Soyaslan, “Organ Nakilleri”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.332.

⁵⁸⁹ Yenerer Çakmut, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, op.cit., s.163.

⁵⁹⁰ Nevzat Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, s.97-98.

kanun, nitelikli şekli unsur öngörmüştür⁵⁹¹. Naklin yapılabilmesi için belirtilen irade beyanı da yetmemekte; organ ve doku naklinin vericinin hayatı ve sağlığı açısından doğurduğu veya doğurabileceği tehlike de gözetilmektedir. Bu tür müdahalelerde araştırılması gereken ilk nokta, kendisinden organ veya doku alınan kişinin fiziksel veya toplumsal bir eksikliğe uğrayıp uğramadığıdır. Bireyin fiziksel ve toplumsal işlevine zarar vermeyen müdahaleler, (kanunun verdiği izne istinaden) rızaya konu olabilirler. Bireyin çeşitli işlevlerinde zayıflama ve sakatlık doğuran müdahaleler ise, kişinin mutlak şekilde tasarruf edemeyeceği ve dolayısıyla rızanın geçersiz olduğu alana ilişkindir⁵⁹². Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 7. maddesine göre; *“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.”* Yaşayan vericiden alınması yasak organın, hayati önem taşıyan organla sınırlı tutulması öğretide eleştirilerek; kişinin kendisine, ailesine ve topluma karşı görevlerini yerine getirmesine önemli ölçüde engel olabilecek alımların da yasak kapsamında sayılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹³. Yaşayan verici evli ise, hekimin organ alınmasında eşin *“vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek”* yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁹⁴.

Anılan kanunun 5. maddesine göre, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan vericilerden organ ve doku alınamaz. Biyotıp Sözleşmesi'nin 20. maddesinde, belirli koşullar altında, rıza yeteneği olmayan bir kimseden *“kendisini yenileyen dokuların alınmasına”* izin vermektedir. Türkiye, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 5. maddesi ile uyumsuzluğu nedeniyle anılan sözleşme hükmüne çekince koymuştur. 20. maddede aranan sıkı koşullar incelendiğinde⁵⁹⁵, bu koşullarla sınırlı biçimde rıza yeteneği

⁵⁹¹ 6. Madde; *“Onsekiz 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.”*

⁵⁹² Dönmezer/Erman, **op.cit.**, s.62-63.

⁵⁹³ Toroslu, *“Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”*, **op.cit.**, s.111.

⁵⁹⁴ Evli kişilerin organ ve doku nakillerinde, yalnızca eşe bildirimde bulunulmasının değil, olumlu düşüncesinin alınmasının gerekliliğinin öngörülmesinin daha isabetli olacağına ilişkin bkz. Köksal Bayraktar, *“Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler”*, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.I, Sy:2, 1979, s.17.

⁵⁹⁵ Madde 20. (Organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması)

olmayan kimselerden yenilebilir doku alınmasında herhangi bir sakınca görmemekteyiz. Dolayısıyla çekince konulması yerine, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin Sözleşme'nin 20. maddesine uyumlulaştırılması düşünülebilirdi.

Kanun, insan onurunu korumak ve insan bedeninin bir parçasının meta haline gelmesini engellemek için “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*” (m.3) hükmünü içermektedir. Bir bedel ve menfaat karşılığı organ naklinde bulunmak yasaklanmış ise de, kişinin bir cerrahi müdahaleye maruz kalmasından kaynaklanan tedavi giderleri ve geçici olarak çalışamamasından ötürü mahrum kaldığı gelirinin, karşılığı olarak uygun bir giderim sağlanmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır⁵⁹⁶. Alman Organ Nakli Kanunu da organ ticaretini yasaklamakla birlikte, tedavi için gerekli tedbirleri karşılayacak ölçüde uygun bir karşılığın ödenmesine izin vermektedir⁵⁹⁷.

Organ ve doku nakli yapacak hekimler, “Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayırık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak” (m.7/f) zorundadır. Yaşayan kimseden organ alınabilmesi için, alıcı ile verici arasında belirli bir ilişki aranmakta, bir kimsenin sadece toplumun emrine sunmak veya satış için organının alınmasına rıza göstermesi kuşku ile karşılanmaktadır⁵⁹⁸. Alman hukukunda da, kendisini yenileyemeyen organların

“1. 5. Maddeye göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmaz.

2. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilir:

- i) muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
- ii) alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
- iii) bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
- iv) 6. Maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
- v) muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması.”

⁵⁹⁶ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, **op.cit.**, s.441.

⁵⁹⁷ Hans Lilie, “Organ Ticareti Suçu”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.361.

⁵⁹⁸ Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **op.cit.**, s.96.

“İhbar ve yakalama tutanakları, sanığın savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen ...'ün böbrek hastası olup kendisine uygun

yaşayan vericiden alınması bakımından özel bir yakınlık ilişkisi aranmakta, aksi durum Alman Organ Nakli Kanunu'nun 19/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaktadır⁵⁹⁹.

Ölüden organ ve doku alınmasında, karşılaştığımız ilk sorun, ölüm anının tespitidir. Çünkü yaşayan vericiden organ nakli ile ölüden nakil arasında belirli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin henüz ölmemiş bir hastanın hayati bir organı alınması ile zamanından önce ölümüne neden olduğunda, bu fiil, ceza hukuku açısından suç, özel hukuk açısından haksız fiil teşkil edecektir⁶⁰⁰. Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu, ölümün tespitinde hangi ölçütün uygulanacağı konusunda “*kanıta dayalı tıp kurallarına uygun*” olmaya atıfta bulunarak sınırlayıcı bir tercihte bulunmamıştır. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ise beyin ölümü kavramına atıfta bulunmakta, aynı Yönetmelik ekinde beyin ölümü; “*Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıbdır*” şeklinde tanımlanmıştır. Ölüm, klasik anlayışa göre nefes alışverişinin, kan dolaşımının ve kalbin durması ile ölüm gerçekleşmektedir⁶⁰¹. Ölümün beynin işlevinin geri döndürülemez şekilde son

böbrek ararken internet aracılığıyla tanıştığı sanık ... ile görüştikleri, 25.000 TL bedelle böbrek nakli hususunda anlaşmışlar, ...'in sanık ...'a 3.000 TL'yi önden verdiği, birlikte böbrek nakli için ... Park Hastanesi'ne başvuruda bulundukları, tahliller yapılırken adı geçenlerin akraba olmadıklarının anlaşılması üzerine hastane yetkililerin durumu emniyet görevlilerine ihbarı üzerine yakalandıkları, bu nedenle organ naklinin gerçekleşmediği anlaşılmakla;” Yarg. 12. CD. 2014/3632 E. 2014/26400 K. 23.12.2014 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

Bu suçu işleyen kimselerin, bazen vericiyi alıcının yakını olarak gösterme hilesine başvurdıkları da görülmektedir:

“*Hastane evrakları, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamından, sanık ...'in böbrek hastası olması sebebiyle organ arayışında iken, organ ticareti ile uğraşan kişilerle irtibata geçtiği, bu kişilerin ayarladığı verici olan temyize gelmeyen sanık... 'den böbrek alınmak suretiyle organ naklinin gerçekleştiği, bu nakil karşılığında 35.000 TL para ödenmesinin kabul edildiği, işlemin sanık ...'in kardeşi olan sanık... 'e bağış yapmış gibi gösterilmek amacıyla sanık ...'in kimliğini aracılık eden şahıslara verdiği, ayrıca organ naklinden sonra sanık ... tarafından aracılara ödeme yapıldığı anlaşılmakla, sanık ...'in kardeşi tarafından organ satın alınması eylemine bu surette bilerek katıldığı, TCK'nın 91/3. maddesinde organ satın alınmasına aracılık edenler hakkında aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen cezaya hükmedileceğinin belirtilmiş olması karşısında tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.*” Yarg. 12. CD. 2014/6076 E. 2015/5530 K. 31.03.2015 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

⁵⁹⁹ Ulrich Schroth, “Almanya’da Organ Nakli’nin Hukuki Şartları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.326.

⁶⁰⁰ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit.**, s.438.

⁶⁰¹ Hans Ludwig Schreiber, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, (Çev: Ali Kemal Yıldız), **in Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- Tıp Ceza Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.152.

bulmasıyla gerçekleştiğinin kabul edilmesi, özellikle kalp, akciğer ve böbrek nakli açısından büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu organların başarılı bir şekilde aktarılabilmesi, bunların canlılıklarını ve işlevliğini kaybetmeden derhal ölünün vücudundan alınmalarına ve alıcıya aşılanmalarına bağlıdır⁶⁰². Bir insanın ölümü, anlık gerçekleşen bir şey olmayıp bir süreci ifade etmektedir. Beyin işlevleri geri döndürülemez şekilde sonlanan, bir başka ifadeyle tüm beyin ölümü gerçekleşen kişiyi, vücut bütünlüğü nedeniyle ceza hukuku açısından korumanın bir anlamı kalmamıştır; ölen kişi ölüm sonrası kişilik hakları açısından korunacaktır⁶⁰³.

2. Ölü Vericiden Organ veya Doku Alınmasının Koşulları

Kişinin yaşarken verdiği ve koşullara uygun irade beyanı olmaması halinde, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir (m.14). Burada sıra önem taşımaktadır. Ölüm anında sıra bakımından önde bulunan kişinin (örneğin eşin) rızası varsa, ölen kişinin yanında bulunan diğer yakınların rızasının olmaması organ alımına engel olamayacağı gibi; tam tersi durumda, ön sırada yer alan yakının rızasının olmayışı, diğerlerinin rızasının bulunmasına rağmen, organ veya doku alımına engel teşkil eder. Çocuklardan orada bulunan herkesin rıza göstermesi gerekir; ayrıca ölüm anında yanında bulunmayan çocukların rızası aranmaz. Anılan kişilerden hiçbirinin ölünün yanında bulunmaması halinde, ölen kişiden organ veya doku alınması mümkün değildir⁶⁰⁴.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanunu m.14/2, kişinin ölmeden önce organ ve doku naklinde bulunmaya ilişkin herhangi bir irade açıklamasında bulunmayışına, “kabul” anlamı yükleyen bir düzenlemedir. İtiraz modeli olarak isimlendirilen bu yaklaşıma göre, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular, aksine vasiyet bulunmadıkça alınabilir. Yalnızca korneanın bu fıkraya dayanarak alınabileceği, gözün tamamının alınamayacağına

⁶⁰² Toroslu, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **op.cit.**, s.105.

⁶⁰³ Schroth, **op.cit.**, s.314.

⁶⁰⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, **op.cit.**, s.101.

dikkat edilmelidir⁶⁰⁵. Yine m.14/4 özel bir zorunluluk hali düzenlemesi içermektedir. Buna göre;

“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 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir.”

Fıkra da belirtilen durum, zorunluluk halinin bir görünümü olarak değerlendirilmeli, bundan dolayı ancak olağanüstü durumlarda uygulanmalı ve genişletilmemelidir⁶⁰⁶.

Organ ve doku naklinin esasları bakımından Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu yürürlükte olmakla birlikte, TCK m.91’de düzenlenen hususlarda, işbu maddenin uygulanması gerekmektedir. Gerekçede belirtildiği gibi birinci fıkra da belirtilen rızanın hukuken geçerlilik taşıyıp taşınamaması bakımından ilgili mevzuattaki kurallar dikkate alınacaktır. Yine ikinci fıkradaki ölüden “hukuka aykırı” organ veya doku alınması bakımından da aynı mevzuat göz önünde tutulacaktır. TCK m.91’in Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunu’ndan farklı olarak getirdiği en önemli sonuçlar, genel olarak cezaların artırımı ve organını satan için de ceza öngörülmesidir⁶⁰⁷. Fakat TCK’nın 92. maddesinde de özel bir zorunluluk hali hükmüyle, organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebileceği ifade edilmiştir. Bu hükmün uygulanmasında, kişinin ekonomik sıkıntıya kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olup olmadığı, hayatî önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla ekonomik sıkıntısını giderebilme imkânının bulunup

⁶⁰⁵ “Yukarıdaki Kanun hükmü gereğince, gözün sadece korneasının alınmasının, izne tabi olmadığı belirtilmesine rağmen... yukarıda sözü edilen Kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin olduğu, şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından,

SONUÇ : ... Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 3.11.2006 günlü ve 49 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 91 inci maddesi ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 15 inci maddesi gereğince yargılanmalarına,” Danıştay 1. D. 2006/1270 E. 2007/101 K. 7.2.2007 T. (<http://kazanci.com>, 02/12/2017)

⁶⁰⁶ Bayraktar, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler”, **op.cit.**, s.21.

⁶⁰⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku, op.cit.**, s.473.

bulunmadığı gözetilecektir⁶⁰⁸. Yine organ ve doku naklini satan kişi için cezayı kaldıran veya azaltan etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ “TCK'nın 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığı ile organ veya dokunun naklinin gerekmemesi karşısında, üç ayrı organ ticareti yapma suçunu işlediği anlaşılan sanık hakkında TCK'nın 92. maddesi uyarınca zorunluluk hali gerekçe gösterilerek ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de;

Organ ticareti yapma suçunda, organ veya dokularını satanlar yönünden TCK'nın 92. maddesinde organ ve dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurularak, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten kaçınılabileceği düzenlenmiş, bu şekilde yasa koyucu TCK'nın 25/2. maddesindeki ağır şartlardan ayrılarak özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Bununla birlikte madde başlığında zorunluluk hali kavramı kullanılmış ise de, esasen maddede organlarını verenler yönünden özel bir cezasızlık halinin düzenlendiği, madde başlığının içerikle örtüşmediği de kabul edilmektedir. Bu hüküm uygulanırken çok özenli davranılmalı, maddenin yorumunda organ ve doku ticaretine ilişkin suçlarla mücadelede etkisiz kalınacak bir yorum ve uygulamadan kaçınılmalı, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmeyeceği nazara alınarak Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 3. maddesindeki yasaklama hükmü gözetilmelidir. Sanığın savunmalarında belirttiği üzere, bir araba alış-verişi sebebiyle borçlanarak borcunu ödemek için böbreğini satmaya karar verip, diğer köylülere aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanıklarla irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçların işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yeterli şartların oluşmadığı gözetilip, atılı suçlardan mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde zorunluluk halinin varlığının kabulü ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.” Yarg. 12. CD. 2015/1531 E. 2015/2378 K. 10.02.2015 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

“Sanık ...'in savunmalarında da belirttiği üzere, işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan sanık ... ile irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, TCK'nın 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartların oluşmadığı gözetilmeden, TCK'nın 91/1. maddesi gereğince tayin edilen cezada söz konusu madde gereğince indirim yapılması,” Yarg. 12. CD. 2014/2281 E. 2015/2805 K. 17.02.2015 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

⁶⁰⁹ “(1) Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu mercine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilir.”

Yargıtay’a göre, hukuken geçerli bir rızaya dayanmaksızın bir kimseden organ alınması bakımından zorunluluk halinin bulunup bulunmadığı da tartışılmalı; eğer zorunluluk hali koşulları oluştuysa, organ alımı cezalandırılmamalıdır⁶¹⁰.

H. İctima

Birinci ve ikinci fıkradaki suçların olduğu hallerde, aynı kişinin aşılama, saklanma ve nakillerde bulunması söz konusu olduğunda, failin ayrıca beşinci fıkra uyarınca da cezalandırılması gerekir. İlk iki fıkra vericiye yönelik icra hareketlerini, beşinci fıkra ise saklamaya ve alıcıya aşılama yönelik icra hareketlerini kapsamaktadır. Bu nedenle hukuka aykırı organ ve doku naklini bir bütün süreç olarak görüp, anılan alma ve nakletme aşamalarını geçitli suç olarak değerlendirmek söz konusu olmayacaktır. Ancak hukuka aykırı organ veya doku alımını yapan kişi, organ ve doku alımının gerektirdiği veya zorunlu kıldığı makul süre içerisinde organın veya dokunun muhafazasını sağladıysa, m.90/1 veya 2’den ayrı olarak, “saklanma” seçimlik hareketi nedeniyle m.90/5’ten cezalandırılmamalıdır. Yani hukuka aykırı alımın zorunlu kıldığı süreyle sınırlı organ muhafazası, m.90/1 veya 2 tipikliğinin ayrılmaz bir parçası olarak, işbu normun içinde erimiştir. Ayrıca m.90/5 uyarınca yaptırım uygulanması gerekmeyecektir. Ancak makul sürenin ötesinde organ veya dokunun –hukuka aykırı alımı yapan kişi tarafından- korunması söz konusuysa, artık cezalandırılabilir yeni bir hareketin varlığından söz edilebilir ve kişinin m.90/1 veya 2 ile m.90/5 uyarınca, ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

TCK’nın 43. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi

⁶¹⁰ “organ hastası olan sanığın hastalığının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanık hakkında TCK’nın 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 12. CD. 2016/10852 E. 2018/525 K. 17.01.2018 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

“böbrek hastası olan sanığın hastalığının hayati tehlike arz edecek derecede olup olmadığı, gelişen tıp bilimi çerçevesinde suç oluşturan organ nakli eylemi dışında başka bir yolla tedavi edilme imkanı ve organ naklinde zaruret bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanık hakkında TCK’nın 25/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi kanuna aykırı,” Yarg. 12. CD. 2015/2567 E. 2016/5200 K. 29.03.2016 T. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 03/05/2018)

durumunda, bir cezaya” hükmedilecektir. Bu hüküm uyarınca, aynı mağdurdan değişik zamanlarda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, organ veya doku alınmışsa, zincirleme suç söz konusu olacak ve tek bir ceza artırılarak verilecektir⁶¹¹.

VI. ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

A. Genel Bilgiler

Ceza hukuku açısından kişiliğin korunmasının başlangıcı tam ve sağ doğumla başladığı için, kasten veya taksirle öldürme ve yaralama normları ceninin ceza hukuku yoluyla korunmasını sağlamamaktadır. Bundan dolayı kanun koyucu, TCK m.99’u ihdas ederek, ceninin hukukî korunmasını amaçlamıştır.

TCK m.99’a göre;

“(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

⁶¹¹ Gökçen / Balcı, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **op.cit.**, s.126.

B. Korunan Hukukî Değer

Suçla korunan hukukî değer, öncelikle ceninin sonra da annenin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı olduğu, ayrıca kanun koyucunun toplumun tümlüğü ve çoğalma potansiyelini⁶¹², ailenin bütünlüğünü ve geleceğini, başlangıcından beri insan hayatını, annenin hayatı ve vücut bütünlüğünü, devletin genel ahlak ve nüfus politikasını da anılan ceza normlarıyla koruma altına aldığı öğretilde ifade edilmiştir⁶¹³.

C. Fail

Anılan maddenin birinci fıkrasında düzenlenen gebe kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtme fiilinin temel şeklini ancak yetkili hekimler işleyebilmektedir. Yine tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtülmesi ikinci fıkrada düzenlenmiş olup, bu fiilin temel şekli de yetkili hekimlerce işlenebilmektedir. Birinci ve ikinci fıkrada tanımlanan suçların ve bu suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin yetkisiz kişilerce işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir.

İkinci fıkrada yer alan suç bakımından, rıza gösterme fiili de ayrıca yaptırım altına alınmış olup; bu fiili sadece gebe kadın işleyebilir. Beşinci fıkrada, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi cezalandırılmaktadır. Bu koşullar altında, rahim tahliyesi fiili yetkili hekim tarafından gerçekleştirilseydi; fiil hukuka uygun sayılacaktır. Bu nedenle beşinci fıkrada yer alan suç, yalnızca hekim olmayanlar tarafından işlenebilir. Gebeliği on haftadan fazla olan kadın, çocuğunu kasten kendi fiiliyle düşürmesi halinde, artık çocuk düşürme suçu oluşacaktır (TCK m.100).

⁶¹² Sulhi Dönmezer, “Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü Ve Bugünü”, **İÜHFİM**, C.L, Sy:1-4, 1984, s.7-8.

⁶¹³ Cengiz Otacı, “Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:8, Aralık 2008, (<http://jurix.com.tr/article/2907>, 02/12/2017), s.5.

Yetkili hekim koşulu bakımından, yalnızca Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun uyarınca tıp bilimini icraya genel yetkili olma durumu yeterli değildir; ayrıca Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük uyarınca kadın hastalıkları ve doğum uzmanı veya Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekim olmak gerekmektedir. Anılan yeterlilik belgesine sahip pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle rahim tahliyesi yapabilirler (Tüzüğün 3/3. maddesi). Örneğin on haftayı geçmemiş olsa bile, bir ebenin tek başına bu fiili icra etmesi halinde, ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶¹⁴.

D. Mağdur

Suçun mağduru gebe kadındır. Gebelik, döllenme ile doğum veya düşük arasında geçen süreyi ifade etmektedir⁶¹⁵. Bu nedenle, suçun mağduru, döllenme ile doğum arasında geçen süreci yaşayan kadındır. Döllenmeden önce veya doğumdan sonra bu suç işlenemez.

E. Maddî Unsur

TCK m.99/1'e göre, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürmek yaptırım altına alınmıştır. Bu fıkra da annenin vücut bütünlüğü ve maddi-manevi varlığının korunması ön plandadır. Suçun işlenmesi için hangi hareketlerin icra edileceği kanunda belirtilmediği için, suç serbest hareketlidir. Fiziksel cebir, cerrahi müdahale veya ilaç yoluyla zorla tahliye yapılması madde kapsamında cezalandırılır. Çoklu gebeliklerde bir veya birden çok fetüsün gelişim seyirlerinin, kalanlara zarar

⁶¹⁴ “Sanık S.’in cinsel ilişkide bulunduğu mağdure E.’nin gebeliği on haftayı doldurmadığını bildiği halde çocuğun alınması konusunda yetkili olmayan ebeye götürmek ve ücretini vermek suretiyle çocuk düşürtme suçuna TCK. nın 39/2-c maddesinde öngörüldüğü şekilde yardımda bulunduğu gözetilmeden ve iştirakin nasıl oluştuğu açıklanmadan suçun birlikte işlenmesinin kabulü ile ceza belirlemesi,” Yarg. 14. CD. 2011/5612 E. 2012/12703 K. 10.12.2012 T. (<http://kazanci.com>, 02/12/2017)

⁶¹⁵ (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5af1bb7ddde6a2.45597530, 08/05/2018); Ali Parlar / Güleç Demirel, **Kişilerin Hayatına ve Beden Bütünlüğüne Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet, 2002, s.761.

vermeyecek bir şekilde sonlandırılması anlamına gelen azaltıcı çocuk düşürtme (*fetal redüksiyon*) de, çocuk düşürtme olarak değerlendirilerek başta Nüfus Planlaması Hakkında Kanun olmak üzere ilgili mevzuata uygun icra edilmeli; aksi durumun TCK m.99 kapsamında sorumluluk doğurabileceği göz ardı edilmemelidir⁶¹⁶.

Çocuk düşürtme, ceninin ana karnında iken yaşam bağı koparılarak gebeliğe son verilmesini ifade etmektedir. Çocuk düşürtmeyi icraya yönelik gerçekleştirilen hareket sonucu, çocuk doğarsa, tipe uygun netice gerçekleşmediğinden eylem teşebbüs aşamasında kalır. Fakat cenin rahimden sağ tahliye edilmesine rağmen, eylem nedeniyle zarar görmesi veya erken tahliyenin yaşama yeteneğini ortadan kaldırması halinde tamamlanmış suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir⁶¹⁷. Sonradan meydana gelen ölümle, düşürtme eylemi arasında nedensellik bağının bulunması, tamamlanmış suçun oluşumu açısından yeterli olacaktır⁶¹⁸.

Ceninin gelişim süreci sonunda ölü veya hastalıklı doğma ihtimali olsa bile, TCK'nın 99. maddesinin öngördüğü neticeyi gerçekleştirmeye elverişli fiiller suçu oluşturacaktır. Ancak cenin yapılan müdahale öncesi ana rahmindeki yaşamsal işlevlerini yitirmiş ise artık 99. maddede tanımlanan suçun değil; anneye karşı - neticesine göre- kasten öldürme veya yaralama suçlarının işlendiğinden söz etmek gerekir⁶¹⁹.

Cenin, yumurtanın döllenmesi anında değil; döllenmeden itibaren 7 gün sonra yumurtanın ana rahmine yerleşmesi (yuvalanma, implantasyon) ile oluştuğundan cenin oluşmasını engelleyen önlemler anılan ceza normunun koruma alanında değildir. Yuvalanma öncesi etkin olan ve yuvalanmayı engelleyen gebeliği önleyici hapların kullanımı veya kullandırılması, döllenmiş yumurta henüz cenin niteliği taşımadığından dolayı 99. maddenin tanımladığı tipik filleri oluşturmaz⁶²⁰.

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtülmesi ikinci fıkra kapsamında

⁶¹⁶ Nihat Kanbur, "Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, 1232-1233.

⁶¹⁷ Gökcan, **op.cit.**, s.608.

⁶¹⁸ Otacı, **op.cit.**, s.7.

⁶¹⁹ Kanbur, **op.cit.**, s.1238.

⁶²⁰ Otacı, **op.cit.**, s.2.

yaptırım altına alınmıştır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında ceza yaptırımı uygulanır. Burada tıbben kabul edilen nüfus planlaması amacına, Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu ile kanun koyucunun çizdiği sınır aşılmıştır. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası, birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerini, daha ağır ceza öngörerek yaptırım altına almaktadır.

Beşinci fıkra, Nüfus Planlaması Hakkında Kanuna uygunluk taşıyan, isteğe bağlı, ceninin on haftayı dolduruncaya kadar icra edilebilen rızaya dayalı rahim tahliyesinin, yetkisiz kişilerce işlenmesini suç olarak düzenlemektedir. Diğer fıkralarda yer alan fiillerin yetkisiz kişilerce işlenmesi, cezayı artıran nitelikli haldir.

F. Manevî Unsur

Suç genel kast ile işlenebilmektedir. Failin icra ettiği çocuk düşürten hareketin olası sonuçlarını öngörmesi ve bu sonuçlara kayıtsız kalarak, kabullenmesi halinde, failin olası kast ile işlenebilmesi mümkündür⁶²¹.

Hekim, suçun maddî unsuruna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşerse, kastı kalkar. Örneğin döllenmeyi engelleyen ilacı, kadının henüz döllenmediği düşüncesiyle, korunma amaçlı olarak gebe kadına vermesi halinde, çocuğun düşmesine neden olmasından dolayı çocuk düşürme suçu kapsamında sorumlu tutulmaz⁶²².

G. Hukuka Aykırılık

Cenin on haftayı dolduruncaya kadar isteğe bağlı rahim tahliyesi mümkündür⁶²³. Cenin onuncu haftaya doldurduktan sonra, belirli bir olgunluğa erişen ceninin yaşam

⁶²¹ Özbek, **Yeni Ceza Kanunu'nun Anlamı, C.II, op.cit.**, s.589; Aksi görüş: Otacı, **op.cit.**, s.15.

⁶²² Hakan Hakeri, "Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı", **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.918.

⁶²³ Bu ihtimalde, gebe kadın, reşitse kendisinden, küçükse kendisinin rızası alınmakla birlikte velisinden, vesayet altında bulunup da reşit ya da mümeyyiz değilse, kendisinden ve vasisinden (Bu halde ayrıca sulh hâkiminden de izin alınması gerekir), evliyse eşinden, izin belgesinin alınması gerekir. (Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.13)

hakkı ve toplumun devamlılığı, annenin kendi kaderini belirleme hakkına ağır basmakta ve isteğe bağlı rahim tahliyesi imkânı ortadan kalkmaktadır.

On hafta sonrasında, ceninin yaşam hakkına ağır basabilecek iki tip hukukî yarar öngörülebilir. Birincisi, annenin yaşam hakkının tehlikeye girmesi ve dolayısıyla annenin yaşam hakkının ağır basması nedeniyle ceninin alınmasına müsaade edilmesidir. Diğerisi ise suç sonucu gebelik halinde, failin bebeğini taşımanın anne için tahammül edilmesi güç bir ruhsal sıkıntı yaratmasından dolayı, annenin ruh sağlığını ve onurunu koruma şeklindeki hukukî yararın gözetilmesi halleridir⁶²⁴. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 5. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, gebelik süresi on haftadan fazla olduğunda, gebeliğin annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde objektif bulgulara dayalı gerekçeli hekim raporuna istinaden veya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde doğrudan rahmin tahliyesine izin vermektedir. Çocuğun down sendromu ile doğacağının anne karnında iken tespit edilmesi, doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallere örnektir⁶²⁵.

⁶²⁴ Bosna Savaşı sırasında Sırp faşistleri cinsel saldırıda bulundukları Müslüman kadınları cenini düşürme süreleri geçene kadar esir kamplarında tutmuşlar; bu ceninleri rahimlerinde taşımamak için intihar eden kadınlar olmuştur. Bkz. Recep Gülşen, “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1209-1210.

⁶²⁵ Down sendromunun saptanması rahim tahliyesini mümkün kılmakta, tıp bilimine aykırı olarak, zamanında saptanamaması nedeniyle çocuğun down sendromu ile doğması hekimin hukukî sorumluluğunu doğurabilmektedir:

“Davacı, hamileliği sırasında davalı doktorun kontrolünde olduğunu, 2003 yılında yapılan testlerde bebekte down sendromu olması nedeniyle tahliyenin önerildiğini ve gerçekleştirildiğini, akabinde 2004 yılında yeniden hamile kaldığını, bu süre zarfında da aynı doktorun kontrolü altında bulunduğunu, diğer davalı doktor M.. S.. tarafından da ultrasonografi incelemeleri yapıldığını, davalı doktor tarafından sorun olmadığının açıklanmasına ve son muayenede de sağlıklı bir çocuk olacağının kendilerine bildirilmesine karşın 15.4.2005’de gerçekleşen doğum sonrasında microsefali, microgathi, kafa arka kemik düzlüğü, düşük kulak, yüksek damak, burun kökü basıklığı, böbrekte hipronefroz, ayaklarda neckerbottomfeet, beyincikte küçüklük ve sıvı geldiği vs. bulunduğunu ve halen hemşire gözetiminde bakıldığını gelecekte umutları ve beklentilerinin kalmadığını ileri sürerek 25.000,00 TL maddi ve 50.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemişlerdir. Şöyleki, davacının birinci gebeliğinin takibinin de davalı Dr. Cihangir tarafından gerçekleştirildiği ve ileriki aşamalarda down sendromu nedeniyle rahim tahliyesinin önerilip gerçekleştirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır... Bilirkişi raporunda sadece mikrosefali konusunda açıklama yapılmış, bebekte saptanan diğer anomalilerin ultrasonografik incelemede kaçınıcı haftalarda tespit edilebileceği, hangi gerekçelerle minör anomali olarak nitelendirildiği, bu bulguların doğumdan önce saptanamamasında ve mikrosefalinin 34. gebelik haftasında tanısının konulmasında davalı doktorun kusuru, ihmali, gecikmesi yada özensizliği bulunup bulunmadığı hususlarında bir açıklama bulunmamaktadır. Hal böyle olunca mahkemece itibar edilen bu bilirkişi raporu da olayı çözümlmeye yeterli olmayıp, hükme esas alınamaz.” Yarg. 13. HD. 2013/15408 E. 2014/16675 K. 29.5.2014 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, 15/05/2018)

Gebeliğin hukuka uygun sonlandırılması açısından, doğal yolla ya da üremeye yardımcı tedavi yöntemleri aracılığıyla gerçekleşmesinin bir önemi bulunmamaktadır; her iki halde de anılan koşullar geçerlidir⁶²⁶.

H. Cezayı Kaldıran Kişisel Neden

TCK'nın 99. maddesinin 6. fıkrası, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, hastane ortamında ve uzman hekim tarafından gebeliği sona erdirilmesini bir cezasızlık hali olarak düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması koşulu bulunmaktadır.

Suç sonucu gebe kalma olgusunun tespiti konusunda kanun herhangi bir açık hüküm koymamaktadır. Öğretide bizim de katıldığımız çözüme göre, hekimin, ceza yaptırımı ile karşılaşmaması için, gebeliğin suç sonucu oluşup oluşmadığı adli makamlardan sorulmalıdır. Bu da, suçun en azından soruşturma aşamasında bulunması anlamına gelmektedir⁶²⁷.

Soruşturma aşamasında, iddia konusu suçun işlendiğine yönelik kesin kanaat edinilmesi doğal olarak mümkün olmamakla birlikte, adli makamların –özellikle adli tıp raporunun verilmesiyle- suçun işlendiğine dair belirli düzeyin üstünde kanaate

“Gereken özeni göstermeyen vekil, TBK.510. (eski BK.394/1) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Mahkemece, Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu'ndan alınan raporda bilirkişiler, doktor tarafından hastanın yaşıda ilerlemiş olduğundan hastaya ikili ve üçlü tarama testlerinin tavsiye edilmiş olduğunu, ancak bu testlerin yapıldığına ilişkin belge olmadığını, bu testler yapılsada down sendromu vardır yada yoktur şeklinde kesin bir sonuca gidilmesinin mümkün olmadığını, bu testler sonucu çıkan orana göre amniyosentez önerildiğini, hasta istemediği takdirde doktora yüklenebilecek bir kusur olmadığını, kalpteki deliğin ise ultrason ile görülebilecek bir durum olmadığını ve bu nedenle doktora ve hastaneye izafe edilebilecek bir kusur olmadığını bildirdikleri anlaşılmaktadır. Davacılar tarafından alınan bu rapora itiraz edilmiş olup mahkemece bu itirazları karşılayacak şekilde bir rapor alınmadığı anlaşılmıştır. O halde mahkemece, üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile davalıların hukuki konum ve sorumluluğu, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, gebelik sürecinde bebeğin durumunun tespiti açısından yapılması gerekenle yapılan işlemlerin neler olduğu, yaptırılması gereken testler ile ilgili davacıya bilgilendirme yapıp yapılmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor ve hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” Yarg. 13. HD. 2015/40983 E. 2017/3983 K. 05.04.2017 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, 15/05/2018)

⁶²⁶ Remzi Demir, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, **TBB Dergisi**, Sy:133, 2017 s.286.

⁶²⁷ Gülşen, **op.cit.**, s.1217-1218.

sahip olmasının ön koşul olduğunu düşünmekteyiz. Adli makamların, gebeliğin suç sonucu oluştuğuna dair verdiği bilgi vermesi koşulunun aranması, bahse konu cezayı kaldıran nedenin kötüye kullanılarak -örneğin salt kız çocuk istemediğinden dolayı- gebeliğin sonlandırılmasını önleme amacı gütmektedir⁶²⁸.

VII. KISIRLAŞTIRMA SUÇU

A. Genel Bilgiler

Hekimlerin iyileştirme amacı dışında, nüfus planlaması amacıyla gerçekleştirdiği ve hukukumuzda yasal temeli bulunan müdahalelerden birisi de kısırlaştırmadır. Bu müdahalenin hukuka uygun biçimde icra edilebilmesi için, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan koşullara uyulması gerekmektedir. Aksi halde, TCK'nın 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırma suçu söz konusu olabilecektir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan yetkili hekim, rıza yeteneği ve izin koşullarına riayet edilmeksizin icra edilen kısırlaştırma faaliyetleri, TCK m.101'de yaptırım altına alınmıştır.

Buna göre;

“(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.

(2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Bu suçun, TCK m.87/2-c'de düzenlenen kasten yaralamanın “konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına” yol açma şeklindeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden farkı, münhasıran 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Tüzük'ün belirlediği koşullara aykırı olarak gerçekleştirilen kısırlaştırma işlemlerini cezalandırma amacı taşımasından dolayıdır. Kanun koyucu, kısırlaştırma

⁶²⁸ Bu hükmün olası kötüye kullanma biçimlerine ilişkin bkz. Ünver, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, *op.cit.*, s.132.

ameliyatı yapmaya yetkili hekimlerin veya anılan müdahaleyi yapma yetkisi bulunmayan kişilerin kısırlaştırma fiillerini (TCK m. 101); hekim olmayan kişilerin - neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre- kısırlaştırmaya yol açan kasıtlı yaralama fiillerinden (TCK m. 87/2-c) koşulları ve uygulanacak yaptırım bakımından farklı düzenlemiştir⁶²⁹. Hekimin kısırlaştırma müdahalesini rıza olmaksızın icra etmesini, bağımsız bir ceza normu olarak düzenleyen bu hüküm, izleyen kısımda açıklanacaktır.

B. Korunan Hukukî Değer

Anılan suç kapsamında, kişinin vücut bütünlüğü ile beraber, maddî varlığını koruma ve neslini devam ettirmek suretiyle maddî varlığını geliştirmek gibi hukukî değerler korunmaktadır⁶³⁰. Rızaya aykırı müdahale, kişinin maddî varlığını koruması ve geliştirmesi yoluyla kendi kaderini tayin hakkını ihlal edici niteliktedir. Bu suç, kasten yaralamanın özel işleniş şekillerinden birisi olup, üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması vücut bütünlüğüne müdahale teşkil etmektedir. Bu nedenle, vücut bütünlüğü de bu suç ile korunmaktadır⁶³¹.

C. Fail

Rıza olmaksızın kısırlaştırma fiilinin temel şeklini ancak yetkili hekimler işleyebilmektedir. Bu suçun yetkisiz kişilerce işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir.

TCK'nın 101. maddesinin 2. fıkrasında, rızaya dayalı bile olsa, kısırlaştırma fiilinin yetkisiz kişilerce işlenmesi yaptırım altına alınmıştır. İkinci fıkra, yalnızca yetkili olmayan kişilerce işlenebilir.

⁶²⁹ Mahmut Koca, "Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)", *İÜHFM*, C. LXVII, S.1-2, 2009, s.44.

⁶³⁰ Cemil Ozansü, "Kısırlaştırma Suçu", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008*, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1285.

⁶³¹ Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, op.cit., 264.

Yetkili kişinin belirlenmesi için, kısırlaştırmanın hukuka uygun icrasını düzenleyen ilgili mevzuata bakılması gerekir. Buna göre, kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca; 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 icra edilebilmektedir (Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.10/2,3).

D. Mağdur

Suçun mağduru, üreme yeteneğini bulunan kimsedir. Daha önceden zaten kısırlaştırılmış olan veya hiç üreme yeteneği bulunmayan kişi üzerinde bu suç işlenemez. Başka bir deyişle, üreme yeteneği bulunmayan kimse üzerinde işlenen fiiller, kısırlaştırma suçunun işlenebileceği bir maddî konu bulunmadığından (konuda elverişsizlik), kısırlaştırma suçu yönünden işlenemez suç teşkil edecektir⁶³². Bu halde kişi ancak kasıtlı yaralama fiilinden cezalandırılabilir.

E. Maddî Unsur

Suç, kısırlaştırma neticesine neden olan herhangi bir hareket olup; suçun kanunî tanımından belirli bir hareket öngörülmediğinden, serbest hareketli suç niteliğindedir⁶³³.

Birinci fıkraya göre, erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse cezalandırılmaktadır. Bu fıkra bakımından cezaî sorumluluğun doğması için, kısırlaştırma fiilinin, geçerli bir rıza olmaksızın işlenmesi yeterlidir. İkinci fıkroda rızaya dayalı bile olsa, yetkili olmayan kişinin bu fiili icra etmesi suç sayılmıştır.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu'nun 4. Maddesinde, kısırlaştırma (sterilizasyon) tanımlanmaktadır. Buna göre, "*Sterilizasyon, bir erkek veya kadının*

⁶³² İşlenemez suç için bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, op.cit., s.621 vd.**

⁶³³ Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, op.cit., s.267.**

çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.” Kişinin kendisini çocuk yapma yeteneğinden yoksun bırakmaya yol açan bu tip bir müdahaleye, nüfus planlaması mülahazasıyla izin verilmiştir.

Kısırlaştırma, iyileştirme amaçlı olmayan bir müdahale olduğundan, salt rıza ile değil, ayrıca açık yasal dayanakla mümkün kılınan tıbbî müdahalelerden birisidir. Bu müdahale, icrasında tıbbi sakınca olmadığı takdirde, ergin kişinin isteği üzerine yapılabilmektedir.

Kısırlaştırma sadece çocuk yapma yeteneğinin, geri döndürülemez biçimde⁶³⁴ giderilmesidir; kişinin cinsel birleşme yeteneğinin etkilenmediği bir müdahaledir. Hadımlaştırma ise her iki yumurtalık veya testislerin çıkarılarak cinsiyet hormonlarının salgısını durdurma faaliyetidir, bu nedenle cinsel birleşme yeteneğini ortadan kaldırmaktadır⁶³⁵. Hadımlaştırma, ancak zorunluluk halinde uygulanabilir, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*” (Türk Medeni Kanunu m.23/2) hükmü gereği isteğe bağlı olarak uygulanması mümkün değildir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 4. maddesinin 3. fıkrası, bu ihtimali belirterek, bir ameliyatın seyri sırasında “*tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde*”, kişinin rızasına bakılmaksızın hadımlaştırma uygulanabileceğini öngörmektedir.

Suç, kanunî tanımda gösterilen neticeyi gerçekleştiren her türlü fiile işlenebildiğinden serbest hareketli suçtur. Aynı zamanda neticeli bir suç olup, suçun kanunî tanımında aranan netice, üreme yeteneğinin kalıcı olarak ortadan

⁶³⁴ “... .. Doğumevi 'nde kadın doğum uzmanı doktor olarak görev yapan sanığın, 01/08/1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğine aykırı hareket ederek sezeryan yöntemiyle doğumunu gerçekleştirdiği katılan ... ve eşinin onayını almadan katılanın tüplerini bağlamak (tüp ligasyonu) suretiyle kısırlaştırarak görevini ihmal ettiği iddia edilen olayda, sanık tarafından yapılan işlemin kısırlaştırma niteliğinde olup olmadığı, yapılan bu işlem sebebiyle katılanın çocuk doğurma yeteneğini geri dönülmez şekilde kaybedip etmediği ve söz konusu işlemin yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunup bulunmadığı hususlarında Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeyerek eksik araştırma ve yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 5.CD. 2015/10129 E. 2017/1263 K. 4.4.2017 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr>., 04/05/2017)

⁶³⁵ “Kastrasyon ve Kısırlaştırma” (<http://www.genelsaglikbilgileri.com/kastrasyon-ve-kisirlastirma/>, 02/12/2017)

kaldırılmasıdır. Örneğin kadına spiral takılması işlemi gibi kişinin üreme yeteneğini geçici olarak engelleyen müdahaleler, anılan suçun neticesini oluşturamayacaktır⁶³⁶.

F. Manevî Unsur

Suç genel kast ile işlenmektedir. Kanunî tanımında, belirli bir amaç veya saik aranmamaktadır. Failin kastı yaralama olmakla birlikte, yaralama oluşturan hareketin icrası sonucu kişinin üreme yeteneğinin ortadan kalkabileceği öngörülmüş ve kabullenilmiş ise hem olası kastla kısırlaştırma suçundan hem de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu (m.82/2-c) söz konusu olur⁶³⁷. Bu açıdan suçun olası kast ile işlenebileceğini de belirtmek gerekir⁶³⁸.

E. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygun bir şekilde kısırlaştırma faaliyetinin icra edilebilmesi için, ergin kişinin kendisinin rızasının dışında, evliyse eşinin izni de gerekmektedir (Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.13).

Öğretide kısırlaştırma eylemini hukuka uygun hale getirebilecek rızanın, ancak kamu düzeni ve genel adapla çelişmediği takdirde geçerli olabileceği; kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçasını oluşturan üreme yeteneğine yapılan müdahalenin ancak gelecekte geri dönüşe –düşük ihtimalle de olsa- imkân tanıdığı hallerde hukuka uygun bir müdahale sayılabileceği; aksi kabulün AY m.12⁶³⁹ kapsamında sayılabilecek üreme hakkının vazgeçilmezliği ve devredilmezliğini ihlal edeceği görüşü ileri sürülmüştür⁶⁴⁰. Geri dönüşü olan şeyin tarifi gereği kısırlaştırma

⁶³⁶ Rahime Erbaş, "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)", **İÜHFİM**, C. LXXIII, Sy:1, 2015, s.109.

⁶³⁷ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, Ekim 2015, s.338.

⁶³⁸ Aksi görüşte: Koca / Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, **op.cit.**, 270.

⁶³⁹ "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

⁶⁴⁰ Ozansü, "Kısırlaştırma Suçu", **op.cit.**, s.1289.

sayılmayacağı, çocuk yapmayı geçici olarak önleyen bir koruma yöntemi sayılabileceği nedeniyle varılan sonuca katılmamaktayız. Geri dönüşü olan müdahalelerin kısırlaştırma sayılmayacağını, aksi kabulün TCK m.101'deki normun koruma alanını kanunilik ilkesine aykırı olarak üreme sisteminde icra edilebilen birçok tıbbi müdahaleyi içine alacak istikamette genişletebileceğini düşünmekteyiz. Müdahaleyi gerektiren bir tıbbi gereklilik olmaksızın⁶⁴¹, kişinin kendi iradesiyle, üreme yeteneğinden geri dönüşsüz bir şekilde vazgeçmesinin Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olup olmadığı ayrıca tartışılabilir bir husustur. Üreme hakkının özünden vazgeçilmesi sonucunu doğuracak bu müdahalenin, tıbbi endikasyon olmaksızın icra edilmemesi gerektiği olması gereken hukuk açısından savunulabilir. Ancak Türk hukukunda açık yasal dayanakla, bir nüfus planlama yöntemi olarak, tıbbi endikasyon olmaksızın –diğer yasal koşulların da varlığı halinde- kısırlaştırma uygulanabileceğinde herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

Kısırlaştırma, yasal koşullara uygun yapılmakla birlikte, sonuç olarak başarısız olmuş; yani kendisine kısırlaştırma uygulanan kişi, buna güvenerek cinsel ilişkiye girmesine karşın, hamile kalmışsa; hekimin tedavi (güvenlik) aydınlatması eksikliği açısından ihmali, özel hukuk veya disiplin hukuku sorumluluğu doğurabilecektir. Uygulanan yöntem sonucunda, başarısızlık veya sonradan üreme yeteneğinin kazanılması ihtimali mevcut ise, hasta bu yönden de aydınlatılmalıdır⁶⁴². Ancak hukuka uygun kısırlaştırmanın netice olarak kişiye üreme yeteneğini kaybettirmemesi, TCK'nın 101. maddesi veya başka bir ceza normu kapsamında cezaî sorumluluk doğurmayacaktır.

⁶⁴¹ Öğretide, kişiyi tedavi etmeye, yaşamı ve sağlığı tehdit eden hastalıktan kurtarmaya, genetik sebeplerden kaynaklanan rahatsızlıkları önlemeye yönelik kısırlaştırma faaliyetlerinin “*tedavi niteliği*” taşıyacağı ve hukuka aykırı olmayacağı ifade edilmiştir. Yenerer Çakmut, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, *op.cit.*, s.130.

Tedavi amaçlı kısırlaştırma müdahalesinin hukuka uygun olduğuna kuşku duymamakla birlikte, “genetik rahatsızlıkların önlenmesinden” kast edilen akıl hastalarının –bir zamanlar Nazi Almanyası’nda olduğu gibi- kısırlaştırılması ise buna kesinlikle karşı olduğumuzu ifade etmek isteriz.

⁶⁴² Fischer, *op.cit.*, s.5.

SONUÇ

Hekimlerin tıbbi müdahaleden dolayı ceza sorumluluğunu irdelediğimiz çalışmamız kapsamında, belirli sonuçlara varılmıştır. Bunları özet olarak aşağıda ifade etmekteyiz:

İnsan üzerinde tıp biliminin uygulanmasını oluşturan her türden müdahale, tıbbî müdahale olarak nitelenmektedir. Tıbbî müdahaleler, yaşam hakkı, sağlık hakkı ve hastanın kendi kaderini tayin hakkını ilgilendirmektedir. Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde tehlike yaratan tıbbi müdahaleler, insan hayatı açısından vazgeçilmez önemde olduğundan dolayı, temel hak ve hürriyetlere müdahale etmesi bakımından, tıbbi müdahale istisnai bir konumda tanımlanmıştır (AY m.17). Yine tıbbî müdahalelerin insan hayatı üzerinde doğurduğu risk nedeniyle, hukukun anılan müdahalelere bir çerçeve çizmesi zorunluluktur. Bu nedenle, tıbbî müdahalenin hukuka aykırı uygulanması halinde hukukî, idarî ve cezaî sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Ceza hukuku bakımından, tıbbî müdahaleler tipik fiil teşkil etmektedir. Ancak yetkili hekimlerce, hastanın rızasına dayalı olarak uygulanan tıbbî müdahaleler, hukuka uygundur. Kural olarak, tıbbî müdahalelerin icra edilmesi, ilgilinin rızası nedeniyle hukuka uygundur. Rızanın verilebilmesi için, müdahalenin yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Hukuk düzeninin tıbbî müdahaleyi icra etmek konusunda yetkilendirdiği kişiler, istisnaî haller dışında- yalnızca hekimlerdir. Yetkili hekimlerin, hastanın aydınlatılmış rızasına dayalı olarak, hukuka uygun biçimde tıbbî müdahaleyi icra etmesi mümkündür. Ancak anılan yetki ve rıza koşullarının yanı sıra, icra edilen müdahalenin tıp biliminin yerleşik kurallarına uygun olması da gerekmektedir.

Tıbbi müdahale, birden fazla hukuki değeri karşı karşıya getirmektedir. Modern tıp hukuku, kişinin sağlığı veya yaşamı yararına beden bütünlüğünün ihlal edilebileceğini; ancak bunun hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle, ancak aydınlatılmış rızaya dayanması gerektiğini kabul etmektedir. Her koşulda hastanın

iyiliğini gözeten, bu iyiliğe ilişkin kararları bizzat verip, uygulayan hekim anlayışı, bir diğer ifadeyle eski (paternalist) tıp anlayışı, modern tıp hukukunda terk edilmiştir.

Kişi, rıza verme olanağına sahip olduğu hallerde, kendi tıbbi geleceğine ilişkin çatışan yararlar konusunda tercih yapmaya münhasıran yetkilidir. Çünkü müdahale yapılmaması ile riske düşürülen hukukî yarar, münhasıran kendisini ilgilendiren, bireysel bir yarardır.

İcraî bir davranışla hayatının sonlandırılmasına rıza göstermesi mümkün olmayan hasta; hayatının sonlanmasına yol açabilecek sürecin eylemli olarak engellenmesine, serbest iradesiyle karşı çıkabilir ve bu tedaviyi ret iradesi hukuken tanınır. Bir diğer deyişle aktif ötanazi yasak olmasına karşın, tedaviyi ret bir haktır ve hukuki sonuç doğurur. Kural olarak, bilinci açık ve rıza yeteneği olan kişiye icra edilen olağan tıbbi müdahaleler, hastanın kendi kaderini tayin hakkından dolayı, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenine dayanmaktadır. Rıza yeteneği bulunmayan kişi yararına müdahale yapılabilmesi için kanuni temsilcinin rızasının alınması gereklidir.

Müdahale yapılmaması ile riske düşürülen hukukî değer, münhasıran kişinin kendisini ilgilendirmiyorsa, yani kamusal niteliği haiz ise, bu takdirde açık yasal dayanak ile rıza olmaksızın tıbbi müdahale icra edilebilir. Suçun önlenmesi (sanığa beden muayenesi), salgın hastalığın önlenmesi (zorunlu aşı), infazda düzenin korunması (açlık grevine müdahale) gibi hususlar, sözü geçen kamusal niteliğe sahip hukukî değerlere örnek olarak sayılabilir. Anılan müdahaleler, açık yasal dayanakla mümkün kılınmış olup, müdahaleye tabi tutulan kimsenin rıza göstermesi gerekmez. Bu müdahaleler, kanun hükmünü icra nedeniyle hukuka uygundur.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu acil hallerde müdahale, üçüncü kişi yararına zorunluluk haline dayanmaktadır. Bu halde hastanın rızasının alınması söz konusu olmadığından, hasta lehine ağır basan hukukî yararı belirlemek hekime düşmektedir. Hekim objektif olarak hastanın tıbbi geleceğine uygun müdahaleyi seçerek, hasta üzerinde uygulamalıdır. Hastanın henüz bilincini kaybetmeden önce açık bir irade beyanı (tıbbi vasiyet) var ise, hastanın kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle bu iradeye uyulmalıdır. Çünkü zorunluluk hali son çare (*ultima ratio*) niteliğinde olup, hastanın tıbbî geleceğini belirleyen irade beyanı varsa, artık zorunluluk halinin koşulları uygulanmaz; irade beyanına uyulur. Ancak kişinin açık irade beyanı bulunmamakta ise, salt belirli dayanak noktalarından hareketle, objektif tıbbî

yararına aykırı olarak, sübjektif yönden hastanın rızasını “varsaymak” mümkün değildir. Düşüncemize göre, varsayılan rıza, ancak kişinin objektif yararına uygun olarak rızasının varsayılmasını sağlayan ve bu yönüyle zorunluluk hali kapsamına dâhil edilebilen bir kavramdır. Eğer kişinin bilinci kapalı olmakla birlikte, durumu acil değilse, kendisine kanunî temsilci atanarak, sonraki tıbbî işlemlere devam edilmesi gerekmektedir. Özetle, bilincin kapalı olduğu acil hallerde yapılan müdahale zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygundur; zorunluluk halinin kapsam ve koşulları dâhilinde geçerlidir.

Tıbbi müdahale, geçmişteki hâkim algıya koşut biçimde tedavi ile sınırlı anlaşılamaz. Tıbben kabul edilmiş diğer amaçlarla da tıbbi müdahale icra edilebilir. Tıp biliminin insan üzerinde icrasına ilişkin her faaliyet, tıbbi müdahaledir. İyileştirme amaçlı olup olmamasının en önemli sonucu, müdahalenin hukuka uygunluğu için açık yasal dayanak aranması bakımındandır. Doğrudan veya dolaylı olarak iyileştirme amaçlı olmayan müdahaleler, ancak açık yasal dayanak bulunması halinde, hukuka uygun olarak icra edilebilir. Nüfus planlaması amaçlı isteğe bağlı rahim tahliyesi, kısırlaştırma; üçüncü kişinin tıbbi yararına dönük organ nakli, bilimsel amaçlı insan üzerinde deney, cinsiyet değiştirme vb. hususlar açık yasal dayanakla hukukumuzda olanaklı olan iyileştirme amaçlı olmayan müdahalelerdir. Anılan müdahaleler, açık yasal dayanak, aydınlatmanın kapsamının genişlemesi, rızaya ilave nitelikli koşullar açısından iyileştirme amaçlı müdahalelerden ayrılır. Estetik ameliyatların, dayandıkları ruhsal endikasyon ile icra edilebileceğini, kişinin ruhsal takıntı haline getirdiği bir biçimsel kusurunun giderilmesinin, psikolojik yararına olduğunu, bu nedenle anılan müdahaleler bakımından “dolaylı iyileştirme amacı” bulunduğunu düşünmekteyiz. Dolaylı da olsa iyileştirme amacına yönelik olmayan, salt güzellik amacıyla yapılan müdahaleleri hukuka uygun görmemekteyiz. Estetik ameliyatlarda, beden işlevlerinin en üst düzeyde korunmasına dikkat edilmediği takdirde, rıza olsa dahi, icra edilen müdahalenin hukuka aykırı hale gelecektir. Sünnet konusunda da, yaygın kabul doğrultusunda toplumsal endikasyon ve sünnet icrası yetkilerine sahip sağlık personeline ilişkin düzenlemeler nedeniyle kanuni (veya kanunca varsayılan) endikasyon bulunduğunu söylemek mümkündür.

Ceza hukuku açısından, hekimlerin cezaî sorumluluğuna özgü, bağımsız bir sorumluluk rejimi bulunmamaktadır. Hekimlerin ceza sorumluluğu, TCK’nın

benimsediği genel hükümlere ve suç genel teorisine; özellikle kanunun taksirli sorumluluğa ilişkin ilke ve kuralları uyarınca çözümlenecektir.

Hekimin tıbbi müdahalesi bağlamında tartışılması gereken suç tipleri, nadiren kasıtlı işlenen, sıklıkla ise taksirle işlenen suçlardır.

Hekimlerin, hukuka uygunluk koşullarına uymaksızın müdahalede bulunmaları halinde, gerçekleştirdikleri tipik fiil nedeniyle kasıtlı olarak sorumlu tutulmaları söz konusudur. Bu ihtimalde, ölüm neticesi gerçekleştiğinde kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır. Rıza koşuluna uyulmaksızın icra edilen müdahale sonucunda ölüm gerçekleşmediğinde, hekimin salt vücut bütünlüğünü ihlalden dolayı kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekecektir. Yine hekimlerin garantörlük yükümlülükleri, kanundan veya sözleşmeden doğabilmektedir. Bu halde, ölüm neticesini bilerek ve isteyerek, ihmalde bulunmaları halinde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m.83) sorumlu tutulabilirler. Yine aktif ötenazi fiili, kişinin tasarrufta bulunamayacağı yaşam hakkına ilişkin olup, verilen rıza geçersizdir. Bu nedenle hekimin aktif ötenazi eylemi kasten öldürme olarak nitelenecektir.

Hekimlerin ceza sorumluluğu açısından uygulamada daha çok önem taşıyan husus, taksirli sorumluktur. Tıbbi müdahale nedeniyle zarar neticesi meydana geldiğinde, bu neticenin failin tedbirsiz, dikkatsiz, meslekte acemilik veya emir veya nizamlara aykırı davranışı sonucu olup olmadığını irdelemek gerekir. Mağdurun kusurlu davranışı, beklenmeyen durum (komplikasyon) gibi nedenler somut olayda sonuca, “nedenselliği kesecek ölçüde” etki etmekteyse; hekim özensiz davranmış olsa bile netice faile yüklenemez. Eklenen etkenler (mağdurun kusurlu davranışı, kaza, tesadüf vs.), neticeyi tek başına meydana getirmeye elverişli değilse, hekimin özensiz davranışından sorumluluğu devam edecektir; fakat bu husus temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Neticenin yüklenmesi hususundaki objektif isnadiyet değerlendirmesini yaparken, “özene uygun davranılması halinde, olumsuz neticenin önlenmesinin kesinliğe yakın bir ihtimal” dâhilinde olup olmadığı tespit edilecektir. Kesinliğe yakın bir ihtimal söz konusu ise yükümlülüğe aykırılık bağının mevcut sayılacak ve dolayısıyla netice hekime yüklenebilecektir. Isnadiyetin tespiti açısından salt riskin artırılması ölçütünü, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine aykırı bulmaktayız ve

özensiz davranışın sadece zarar neticesinin riskini artırması halinde anılan neticenin hekime yüklenemeyeceği düşüncesine katılmaktayız.

Özen normları objektif nitelikte olup, ortak hayat tecrübesinden, belirli bir mesleğin kurallarından veya hukuki düzenlemelerden doğabilir. Bu normlar kişiye göre belirlenmemektedir. Ancak hekimin özensiz davranışından sorumlu tutulabilmesi için somut olayda olumsuz neticeyi doğurabileceğini öngörmesi gerekir. Bu öngörme imkânının, hekimin kişisel bilgi ve yeteneklerine göre, yani sübjektif ölçütle belirlenmesi gerekir. Kişinin olumsuz neticeyi öngöremeyeceği, özenli davranmasının beklenebilir olmadığı hallerde, kınanabilmesi (kusurlu sayılması) mümkün değildir. Bu nedenle, hekimden beklenen davranış standardı, somut olayın özellikleri ve hekimin niteliklerine göre değişebilmektedir. Tıp biliminin bünyesine içkin riskler ve kabul edilebilir sapmalar, izin verilen risk alanında olduklarından dolayı, sorumluluk doğurmazlar. Özen yükümlülüğüne aykırılık ile kaza/tesadüf arasındaki sınır, tıp uygulamasında uygulama hatası (malpraktis) - beklenmeyen durum (komplikasyon) olarak nitelenmekte olup, hekim kural olarak beklenmeyen durumdan (komplikasyon) sorumlu değildir. İstisnai olarak, beklenmeyen durum sürecinin yönetiminin iyi sağlanamaması hallerinde, somut olayın özelliğine göre taksirli sorumluluk söz konusu olabilir.

Hekimlerin tıbbî müdahale nedeniyle işleyebileceği suçlardan bir diğeri insan üzerinde deney ve tedavi amaçlı deneme suçudur. İnsan üzerinde deney, tıp biliminin gelişimi için başvurulmuş bir yöntemdir. TCK'nın 90. maddesi, anılan faaliyetin hukuka uygunluğu için sıkı koşullar aramakta olup; bu koşullara uyulmaksızın deney yapılması cezalandırılmaktadır. Deney, bilimsel araştırmanın ilk evresinde elde edilen kanaati yansıtmaktadır; bilimsel deney ile daha önce deney hayvanları üzerinde sınanmış ve olumlu sonuç alınmış bir yöntem, gönüllü kişiye uygulanmaktadır. Tedavi amaçlı deneme ise hasta kimseye uygulanmakta olup, hukuka uygunluk koşulları bakımından bilinen tıbbî yöntemlerin sonuç vermeyeceğinin anlaşılması ve hastanın deneme konusunda aydınlatılarak rızasının alınması yeterli görülmüştür. Deneme, bilimsel amaçlı deney sonuçlarının, henüz kesin olmasa bile bazı somut faydalarının tespit edilmesinden dolayı, hasta üzerinde uygulanmasıdır. Deneme bakımından anılan koşullara uyulmaması da hekimlerin cezaî sorumluluğunu doğuracaktır.

Organ ve doku nakli, üçüncü kişinin tıbbî yararına dönük olarak, sağlıklı verici veya ölü kimse üzerinde yapılan bir tıbbî müdahaledir. Anılan faaliyet, özellikle hayatî işlevlerini devam ettirebilmek için buna ihtiyaç duyan hastalar açısından son derece önemli bir konudur. Aynı zamanda konunun maddî çıkar saikiyle kötüye kullanılmaya müsait bir yapısı da bulunmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu organ ve doku naklini düzenlemiş; hem organ ve doku ihtiyacını karşılamayı amaçlayan hem de vericileri koruyan hükümler öngörmüştür. TCK'nın 91. maddesinde konuya ilişkin üç ayrı suç tipi yer almaktadır; bu suç tipleri, yaşayan kişiden geçerli rızası olmadan organ ve doku alınması, ölüden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması, organ ve doku ticareti yapılmasıdır. Biz de Organ ve Doku Nakli Kanunu organ naklinin hukuka uygunluk koşullarına uyulmayarak organ veya doku alınması halinde hukuken geçerli bir rızadan olmadığından hekimlerin cezaî sorumluluğu doğacaktır. Buna ek olarak, hekimler, hukuka aykırı yolla edinilmiş organ veya dokuyu saklama, nakletme veya aşılama fiilinde bulunmaları halinde cezalandırılacaktır.

Hekimlerin rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtmesi veya tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürtmesi de hekimlerin cezaî sorumluluğuna yol açmaktadır. Yine kişiyi rızası olmaksızın kısırlaştırmak da suç teşkil etmektedir. Nüfus Planlaması Kanunu'nda, anılan fiillerin hukuka uygun biçimde, yetkili hekimlerce icra edilmesinin koşulları düzenlenmiştir. Bu koşullara uyulmaması, TCK kapsamında anılan suçlar yönünden rızanın geçersizliğine ve dolayısıyla cezaî sorumluluğa yol açabilecektir.

KAYNAKÇA

1. Kitap ve Makaleler

Adıgüzel, Sibel, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **TAAD**, Yıl:5, Sy:19, Ekim 2014, s.943-995.

Akbulut, Berrin, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.209-297.

Altun, Gürcan / Yorulmaz, Abdullah Coşkun, “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, **TÜTFD**, Sy:27, 2010, s.7-12.

Altunkaş, Aysun, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK m. 90)**, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2015.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Artuk, Mehmet Emin, “Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.427-463.

Artuk, Mehmet Emin / Yenidünya, Caner, “Ötanazi”, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, Derleyen: Nur Centel, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2011, s.107-140.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.II**, Ankara: Adalet, 2014.

Atalay, Ayşe Özge, “İnfaz Kurumlarındaki Açlık Grevlerine Devlet Müdahalesi Sorunu”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy:109, Eylül 2013, s.63-87.

Aygörmez Uğurlubay, Gülsün Ayhan, “İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı**, C.I, 2015, s.165-206.

Aygörmez, Gülşah Ayhan, “Hukukî Kurum Rızanın Tıp Ceza Hukukunda Geçerli Olarak Kurulması”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.135-171.

Aygün, Ezgi, **İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları**, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2012.

Bayat, Ali Haydar, **Genel Tıp Tarihi**, İstanbul: Zeytinburnu Bel. Kültür Yayınları, 2016.

Bayraktar, Köksal, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, **in Sağlık Hukuku Sempozyum No:1**, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Ocak 2007, s.96-104.

Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul: İÜ Yayınları, 1972.

Bayraktar, Köksal, “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.I, Sy:2, 1979, s.15-22.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Doktorun Hukukî Borçları”, **İÜHFM**, C.XI, Sy:3-4, 1945, s.108-127.

Can, İsmail Özgür / Özkara, Erdem / Can, Muhammed, “Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, **DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi**, C.XXV, Sy: 2, 2011, s.69-76.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul: Beta, 2014.

Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C.I, İstanbul: Beta, 2007.

Civaner, Murat, “Malpraktis yerine hizmet kaynaklı zarar”, **Türk Pediatri Arşivi**, Sy:46, 2011, s.6-11.

Çağlayan, Ramazan, “Kamu Görevlilerin Yükümlülükleri ve Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.32-53.

Çeker, Mustafa, “Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, (<http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf>), 15/08/2017, s.1-16.

Çelik, Faik, “Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri (TTB - Yüksek Onur Kurulu Kararları)”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.71-82.

Çilingiroğlu, Cüneyt, **Tıbbî Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Değirmenci, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sy:114, 2014, s.129-188.

Delogu, Tullio, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, **AÜHFD**, C.XXXIX, Sy:1-4, 1982-87, s.115-124.

Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.LVII, Sy:3, 2008, s. 225-252.

Demir, Remzi, “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, **TBB Dergisi**, Sy:133, 2017 s.269-298.

Demirbaş, Timur, “İnfaz Hukukunda Tıp Ceza Hukuku Sorunları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.743-776.

Deutsch, Erwin, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, (Çev: İrfan Yazman), **AÜHFD**, C.XXXVI, Sy:1, s.171-186.

Dönmezer, Sulhi, “İhmal Suretile İcra Suçları”, **İÜHFM**, C.IX, Sy:3-4, 1944, s.473-494.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.I**, İstanbul: Beta, Ocak 1997, s.384.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C.II**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1971.

Dönmezer, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul: Filiz, On İkinci Bası.

Dursun, Selman/ Bozbayındır, Ali Emrah, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, C.LXXIII, Sy:1, 2015, s.63-90.

Duttge, Gunnar, “Seküler Modern Dönem Tıp Hukukunda Dindarlık”, (Çev: Kerem Öz), **Hukuk Köprüsü**, C.V, Sy: 8, Haziran 2015, s.187-202.

Ekici Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

Ekşi, Ahmet, **İslam Hukukunda Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk**, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

Erem, Faruk, “Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin”, **AÜHFD**, C.XXV, Sy:3-4, 1968, s.1-21.

Erem, Faruk, **Türk Ceza Hukuku, C.II**, Ankara: AÜHF Yayını, 1971.

Erem, Faruk, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.III**, Ankara: Seçkin, 1985.

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997.

Erman, Barış, **Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

Erman, Sahir / Özek, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK m.448-490)**, İstanbul: Dünya, 1994.

Ertaş, Şeref, “Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1, Sy:1, 1980, s.173-204.

Feyzioğlu, Metin, “Açlık Grevi”, **AÜHFD**, C.XLIII, Sy:1-4, 1993, s.157-168.

Feyzioğlu, Metin, “Hükümlü ve Tutukluların Muayene ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü ve Tutukluları Açlık Grevine ve Ölüm Orucuna Teşvik veya İkna Etme veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme ve Hükümlü ve Tutukluların Zorla Beslenmesi ve Zorla Tedavi Edilmesi”,

Sağlık Hukuku Semp No: 1, (Roche ve MÜHF ortak yayını), İstanbul, 2007, s.140-149.

Fischer, Gerfried, “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Çev: Efe Direnisa), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.3-16.

G’Sell-Macrez, Florence, “Medical Malpractice and Compensation in France: Part I: the French Rules of Medical Liability since the Patients’ Rights Law of March 4, 2002”, **Chicago Kent-Law Review**, Vol.86/3, 2011, s.1093-1123.

Giesen, Dieter, **International Medical Malpractice Law**, London: Nijhoff Publishers, 1988.

Gökcan, Hasan Tahsin, **Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Şubat 2013.

Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı -Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, C. XIX, Sy: 2, 2013, s.111-149.

Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat, **Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK m.81-83, 86-88, 91-93)**, Ankara: Adalet, 2013,

Gökçen, Ahmet / Balcı, Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK M.81)”, **MÜHF – HAD**, C.XVII, Sy: 1-2, 2014, s.95-218.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku, C.II**, Bursa: Ekin Yayınları, 2003.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınları, Ekim 2011.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınları, Ekim 2010.

Göztepe, Ece, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya’daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, C.I, Ankara: AÜ Yayınları, 2013, s.283-315.

Gülşen, Recep, “Suç Sonucu Oluşan Gebeliğin Sona Erdirilmesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1209-1228.

Güran, Sait, “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.XII, Sy:1, 1979, s.55-62.

Güran, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **in Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s.77-87.

Gürbüz, Nagehan, **Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2014.

Gürelli, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahî Müdahalenin Sınırları”, **İÜHF**, C.XLV, Sy:1-4, 1979-1981, s.267-275.

Hafizoğulları, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2007-2008.

Hakeri, Hakan, “İhmali Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:4, Ağustos 2007, s.137-169.

Hakeri, Hakan, “Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.917-932.

Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Mart 2016.

Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunun Temel Kavramları”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.65-95.

Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, C.V, 2014, s.23-28.

Hakeri, Hakan, “Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.31-48.

Hancı, İ. Hamit, **Malpraktis Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Ankara: Seçkin Yayınları, Nisan 2006.

Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Usa Yayıncılık, 2010.

Hoffmann, Diane E., “Physicians Who Break the Law”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol.53, 2008, s.1049-1088.

İnceoğlu, Sibel, **Ölme Hakkı**, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999.

Kanbur, Nihat, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, 1229-1258.

Kaneti, Selim, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983 s.61-76.

Kangal, Zeynel, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy:89-90, 2012, s.23-68

Kangal, Zeynel, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, Sy:4, 2011, s.223-251.

Kangal, Zeynel, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFM**, C.LXVIII, Sy:1-2, 2010, s.151-167.

Kangal, Zeynel, **Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.

Karakehya, Hakan / Usluadam, Asena Kamer, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C.III, Sy: 2, 2015, s.1-24.

Ulaş Karan, “Yaşam Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Ed. Sibel İnceoğlu), İstanbul: Beta, 2013, s.115-136.

Katoğlu, Tuğrul, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.LV, Sy:1, 2006, s.157-193.

Katoğlu, Tuğrul, “Ekip Halinde Yürütülen Faaliyetlerde Güven İlkesi ve Ceza Sorumluluğu”, **TBB Dergisi**, Sy:68, 2007, s.29-42.

Katoğlu, Tuğrul, “Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C.I**, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s.611-626.

Kaya, Mine, “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.XI, Sy:117, Mayıs 2016, s.23-37.

Kaymaz, Seydi / Gökcan, Hasan Tahsin, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: Seçkin, 2016.

Kelsen, Hans, “Nedensellik ve İsnadiyet”, (Çev: Zeki Hafizoğulları), **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1, 1978, s.219-233.

Keyman, Selahattin, “Hekimin Cezaî Sorumluluğu”, **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, s.57-89.

Kıvılcım Forsman, Zeynep, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.XXI-XXII, 1999-2000, s. 95-107.

Koca, Mahmut / Üzülmaz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.

Koca, Mahmut / Üzülmaz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Adalet, 2017.

Koca, Mahmut, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, **EÜHFD**, C.XIII, Sy:3-4, s.23-39.

Koca, Mahmut, “Yeni TCK’da Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, 159-184.

Koca, Mahmut, “Kısırlaştırma Suçu (TCK m.101)”, **İÜHFM**, C. LXVII, S.1-2, 2009, s.43-55.

Kocasakal, Ümit, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.151-158.

Korff, Douwe, **Yaşam Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:8, Kasım 2006.

Koschaker, Paul, **Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

Kök, Ahmet Nezihi, “Hasta-Hekim İlişkisi Tüketici Hukuku ile Bağdaşabilir mi?”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, C.V, Sy:5, 2015, s.605-616.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Arıkan, 2006.

Kurşat, Zekeriya, “Analysis of The Concept of “Consent” In Medical Interventions From a Contract Law Perspective”, **Law&Justice Review**, Year:VII, Issue:14, s.53-62.

Lilie, Hans, “Organ Ticareti Suçu”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.359-366.

Mosenheuer, Andreas, “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak Varsayılan Rıza”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, 69-81.

Namal, Arın, “Olumsuz Prognozu Hastaya Açıklamada Gözetilen Kriterler”, **Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni**, Y.II, S.3, Ocak 2007, s.14-15.

Nart, Serdar, **Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Nal, H. Tamer, “Tıbbî ve Cerrahî Uygulamada Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.IX, Sy: 100, Aralık 2014, s.761-783.

Nuhoğlu, Ayşe, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008. S.34-68.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

Otacı, Cengiz, “Türk Ceza Hukukunda Cenin Düşürtme ve Cenin Düşürme Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:8, Aralık 2008, s.29-56.

Ozansü, Mehmet Cemil, **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Subjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007.

Ozansü, Mehmet Cemil, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Rasyonelleşmesi ve Kamusallaşması**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

Ozansü, Cemil, “Kısırlaştırma Suçu” **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.1284-1294.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 1992.

Özaslan, Abdi, “Aydınlatılmış Onam”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48**, Şubat 2006, s.43-54.

Özbek, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.II**, Ankara: Seçkin, 2008.

Özbek, Veli Özer, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:5, Aralık 2007, s.47-71.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Seçkin, 2014

Özdilek, Ali Osman, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, ([http:// kazanci.com](http://kazanci.com)., 22/02/2017).

Özen, Muharrem / Ekici Şahin, Meral, “Ötanazi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. LXVIII, S.4, 2010, s.15-36.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin, Eylül 2015.

Özsunay, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.31-59.

Reisoğlu, Seza, “Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, in **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s.1-18.

Rosenau, Henning, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, (Çev: Ahmet Hulusi Akkaş), **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy: 2, Aralık 2013, s.633-649.

Rosenau, Henning, “Yeniden Canlı Üretimi, Tedavi Edici Klonlama ve Alman Kök Hücre Kanunu”, (Çev: Hakan Hakeri), in **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- Tıp Ceza Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.43-80.

Rosenau, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, (Çev: Ali Kemal Yıldız), **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.49-58.

Sarıca, Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İÜHF**, C.XV, Sy:4, 1949, s.858-895.

Sarıca, Ragıp, “İdare Ajan ve Memurlarının Gördükleri Fonksiyon Sırasında İşledikleri Suçlardan İdare Malen Mesul Tutulabilir mi?”, **İÜHFM**, C.XI, Sy:3-4, 1945, s.3-35.

Sarıca, Ragıp, “Vazifeye Mütteallik Bazı Suçların Hizmet Kusuru Sayılmasına Karşı Serdedilen İtirazlara Cevap”, **İÜHFM**, C.XII, Sy:2-3, 1946, s.439-462.

Savaş, Halide, **Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları**, Ankara: Seçkin Yayınları, Haziran 2013.

Savcı, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1980.

Schreiber, Hans Ludwig, “İnsan Ne Zaman Ölüdür? Organ Nakli Kanunu’nda Hayatın Korunmasının Sonu Sorusuna Yanıt Verilmesi Zorunludur”, (Çev: Ali Kemal Yıldız), in **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi- Tıp Ceza Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2004, s.151-159.

Schroth, Ulrich, “Almanya’da Organ Nakli’nin Hukuki Şartları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.313-327.

Scott, Ronald W., **Legal, Ethical and Practical Aspects of Patient Care Documentation**, Jones & Barlett Learning, 2013.

Somer, Pervin, “Roma Hukukunda Hekimin Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.XIV, Sy:4, 2008, s.133-151

Soyaslan, Doğan, “Organ Nakilleri”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.328-358.

Stauch, Marc S., “Medical Malpractice and Compensation in Germany”, **Chicago Kent-Law Review**, Vol.86/3, 2011, s.1139-1168.

Şahbaz, İbrahim, “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sy:86, 2009, s. 405-424.

Şen, Ersan, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deneme ve Deney Suçları”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.588-646.

Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.L Sy:4, 2001, s.65-80.

Tacir, Hamide, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.

Temiz, Özgür, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, **AÜSBFD**, C.LXIX, Sy:1, 2014, s.165-188.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin, Ekim 2015.

Toprak, Ufuk, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.VII, Sy:65, Ocak 2012, s.78-84.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara: AÜHF Yayınları, 1968.

Toroslu, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, **AÜHFD**, C.XXXV, Sy:1-4, 1978, s.91-118.

Tümer, Ali Rıza / Kendi, Özer / Bilge, Yaşar, “Ameliyatın Genişletilmesi Durumlarında Hukukî Sorumluluk”, **Ulusal Cerrahî Dergisi**, C.XVII, S:5, Eylül 2001, s.283-286.

Uruşak, Uğur, **Ceza Hukukunda Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

Ünver, Yener, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.III, Sy:7, Ağustos 2008, s.41-82.

Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul: Beta, 1998.

Ünver, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu” in **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu**, Mersin, Şen Matbaa, 2009, s.149-177.

Ünver, Yener / Heper, Altan, “İnsan Onuru Araştırması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.V, Sy:12, Nisan 2010, s.7-10.

Ünver, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, **YÜHFD**, C.III, Sy:2, 2006, s.227-288.

Ünver, Yener, “Hekim ve Hasta Haklarının Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Konumlandırılması”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C.II, Sy:3, Nisan 2007, s.199-234.

Ünver, Yener, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul, Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.118-158.

Ünver, Yener, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s. 881-916.

Ünver, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

Ünver, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.150-183.

Üzülmez, İlhan, **Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, Ankara: Adalet, 2013.

Yargıtay 2. HD, **YKD**, C.XLI, Sy:6, Haziran 2015.

Yasin, Melikşah, “Tıbbî Hatalardan İdarenin Sorumluluğu”, in **Sağlık Hukuku Sempozyum No:1**, İstanbul: Marmara Üniversitesi, Ocak 2007.

Yaşar, Yusuf / Turan, Işıl, “Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu ile Ötanazi İlişkisi”, **MÜHF – HAD**, C.19, Sy:1, 2013, s.39-72.

Yenerer Çakmut, Özlem, **Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, Ocak 2003.

Yenerer Çakmut, Özlem, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.1-31.

Yenisey, Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s.868-880.

Yıldız, Ali Kemal, “Taksirle Öldürme”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VIII, Sy:2, Aralık 2013, s.257-283.

Yıldız, Ali Kemal, “Taksirle Yaralama”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IX, Sy:119, Temmuz 2014, s.65-101.

Yılmaz, Kerem / Polat, Oğuz / Kocamaz, Begüm, “Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açıdan İncelenmesi” **TAAD**, Yıl:5, Sy: 16, Ocak 2014, s.19-51.

Yurtcan, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Öldürme ve Yaralama Suçları**, Ankara: TBB Yayınları, 2015.

Yüksel, Sera Reyhani, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan (Özel Sayı), C.XXI, Sy:2, 2015, s.793-804.

Zeytin, Zafer, “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukukî (Tazminat) Sorumluluğu”, in **Roche Sağlık Hukuku Günleri**, İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık, Temmuz 2007, s.96-117.

2. İnternet Kaynakları

<http://www.ansiklopediatri.com/goster.asp?dil=tr&terim=423>

<http://kazanci.com>

<https://jurix.com.tr>

<http://emsal.yargitay.gov.tr>

<http://www.stetuskop.com/showthread.php?t=4574>,

<https://bilgibirikimi.net/2012/09/19/tip-terimleri-sozlugu-tipta-kullanilan-terimlerin-anlamlari/>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59c511f3be3212.36878116

<http://www.genelsaglikbilgileri.com/kastrasyon-ve-kisirlastirma/>

<http://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=91&t=101506>

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131030-13.pdf>

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/c6cfe9db-0643-4de8-8ba9-4050258efdc7?wordsOnly=False>

<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ozturk.pdf>

<http://hudoc.echr.coe.int>

<http://mevzuat.gov.tr>.

ÖZGEÇMİŞ

Emre Dizdar, 30/01/1992 yılında Kocaeli’de doğmuştur. Yükseköğrenimini Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde, 2015 yılında tamamlamıştır. 2017 yılında avukatlık stajını tamamlayan Dizdar, o tarihten beri memleketi Kocaeli’de avukatlık yapmaktadır. “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi*” isimli, 2015 yılında yayınlanmış bir makalesi bulunmaktadır.



TEZ ONAY SAYFASI

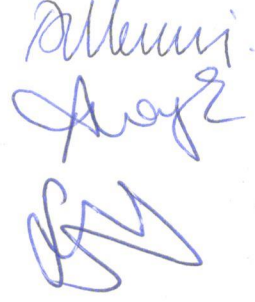
Üniversite : Galatasaray
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Emre DİZDAR
Tez Başlığı : Hekimlerin Cezaî Sorumluluğu
Savunma Tarihi : 22/06/2018
Danışmanı : Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

1. Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL
2. Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
3. Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

