

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

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TAKSİRLE YARALAMA SUÇU ÇERÇEVESİNDE
HEKİMİN SAVUNMACI TIBBİ MÜDAHALEDEN
DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

MEHMET FARUK KOÇAK

2501171551

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL – 2021

ÖZ

TAKSİRLE YARALAMA SUÇU ÇERÇEVESİNDE HEKİMİN SAVUNMACI TIBBİ MÜDAHALESİNDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

MEHMET FARUK KOÇAK

Bu çalışmada, hekimin hukuki veya cezai sorumluluktan kaçınma amacını önceliği haline getirmesi sebebiyle tıbbi gerekliliklere aykırı müdahaleler icra etmesi veya müdahaleye girişmeyi ihmal etmesi hususları, ceza hukukunun bakış açısından incelenmiştir. Öğretide, hekimlerin meslekî faaliyetlerini bu şekilde sürdürdüğü durumların defansif tıp, çekinik tıp veya savunmacı tıp gibi isimler altında incelenebildiği müşahade edilmektedir. Bu doğrultuda, tıbbi açıdan gereksiz olmasına rağmen icra edilmiş tıbbi müdahaleler güvence davranışı olarak adlandırılmakta; hekimin riskli olduğunu telakki ettiği tıbbi müdahalelere girişmemesi ise kaçınma davranışı olarak isimlendirilmektedir.

Üç bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde, tıbbi müdahale kavramı ceza hukuku bakımından tanımlanmış ve kavramın hukuk düzenindeki yeri tarif edilmiştir. İkinci bölümde ise savunmacı tıp mefhumunun tarihi gelişimi karşılaştırmalı bir üslup benimsenerek açıklanmış ve kavramın ceza hukuku bakımından önem arz eden yönleri tahlil edilmiştir. Çalışmanın son bölümünde, Türk Ceza Kanunu'nun 89'uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçu, hekimin savunmacı davranışları bağlamında ele alınmıştır. Mevzubahis suç incelemesi kapsamında Türk ve yabancı ulusal yargı mercileri kadar uluslararası yargı organlarından sâdır kararlar da dikkate alınmış ve ceza hukukuna ulusüstü insan hakları hukukunun penceresinden bakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Savunmacı Tıp, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Malpraktis, Tıbbi Kötü Uygulama, Tıbbi Hata, Taksirle Yaralama.

ABSTRACT

PHYSICIAN’S CRIMINAL LIABILITY ARISING FROM THE PRACTICE OF DEFENSIVE MEDICINE WITHIN THE SCOPE OF THE CRIME OF NEGLIGENT INJURY

MEHMET FARUK KOÇAK

This study examines physicians’ defensive medical decision-making, commonly known as defensive medicine, through the perspective of criminal law. In the medical doctrine, the term defensive medicine is used to refer to medical decisions which are carried out for the sake of physicians’ urge to reduce their exposure to civil or criminal liability at the expense of medical indication. Accordingly, while unnecessary medical interventions considered to have defensive nature are named assurance behaviour; physicians’ evasion of treating patients who may pursue lawsuits on the ground of medical malpractice in the future is named as avoidance behaviour.

In the first chapter of this study, medical intervention is conceptualised through the perspective of criminal law. The second chapter of the study, adopting a comparative method, examines the historical development of the concept of defensive medicine and sheds light on its aspects that are relevant in terms of criminal legal dogmatic. In the last chapter, the crime of negligent injury (the Article 89 of the Turkish Penal Code) is analysed within the scope of the defensive behaviour of physicians. In this effort, decisions or judgments adopted by international judicial or quasi-judicial bodies as well as Turkish or foreign judicial bodies are taken into consideration with an aim to analyse defensive medicine from a perspective of both criminal law and human rights law.

Keywords: Defensive Medicine, Physician’s Criminal Liability, Malpractice, Medical Malpractice, Medical Error, Negligent Injury.

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, hekimlerin kendileri hakkında hatalı tıbbi müdahale iddiasında bulunulmaması amacını güderek icra veya ihmâl ettikleri tıbbi müdahaleler, Türk Ceza Kanunu'nun 89'uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçu bağlamında incelenmiştir.

Çalışmanın hazırlanması ve tamamlanması sürecinde yaptığı yapıcı eleştirileri, önerileri ve fikirleri ile bana her türlü desteği veren, yol gösteren, danışmanlığını üstlenen ve ceza hukukuna duyduğum ilginin oluşması ve şekillenmesi bakımından büyük pay sahibi kıymetli hocam Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e gönülden teşekkürlerimi sunarım. Çalıştığım müddetçe düşüncelerini ve önerilerini benden esirgememiş kıymetli dostlarım Araş. Gör. Pınar ÖZCAN, Araş. Gör. Oğuzhan DEMİR, hâkim Abdurrahman Burak KARAHAN ve Av. Cem Berk DOLAR'a müteşekkirim. Salgın sürecinde fizikî olarak erişemediğim kaynaklara ulaşabilmek adına iletişime geçtiğim ve bu bakımdan bana yardımcı olan Dr. Eduardo Arenas CATALÁN, Prof. Dr. Marshall KAPP ve Prof. Dr. Leonard BERLIN'e şahsıma gösterdikleri yakınlık ve ilgileri için teşekkür ederim.

Nihayet, maddi ve manevi her türlü desteklerini yaşamım boyunca hissettiğim, her daim yanımda olmuş ve sevgilerini hiçbir zaman benden esirgememiş, üzerimdeki emeklerini ve kendilerine minnettarlığımı hiçbir zaman unutmayacağım biricik Anneme, Babama ve Ablama en kalbî şükranlarımı sunar ve çalışmanın fikir aşamasından başlayıp sonuçlandırılmasına değin kıymetli düşüncelerini benden esirgemedikleri ve çalışmayı baştan sonra okuyarak tezin gelişmesine yardım ettikleri için kendilerine ayrıca teşekkür ederim.

İstanbul, 2021

Mehmet Faruk KOÇAK

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TIBBİ MÜDAHALELER

I. TIBBİ MÜDAHALENİN KAVRAMSALLAŞTIRILMASI.....	7
A. Terminoloji	7
B. Tıbbi Müdahalenin Tanımlanması	10
1. Mevzuat ve Öğretideki Tanımlar	10
2. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	14
a. Tıp Mesleği	18
b. Geleneksel Tıp	21
C. Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması.....	24
II. TIBBİ MÜDAHALENİN BAŞARISIZ OLDUĞU BAZI HALLER.....	28
A. Hatalı Tıbbi Müdahale ve İlgili Kavramlar	30
B. Komplikasyon	36
III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ	41
A. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Sonuçları	42

1. Bazı Şartlar Altında Tipikliğin Oluşmadığı Yönündeki Görüşler	43
a. Sonuç Kıstası.....	44
b. Amaç Kıstası	45
c. İcra Ediliş Biçimi Kıstası	45
d. Değerlendirmemiz.....	46
2. Kural Olarak Tipikliğin Oluştugu Yönündeki Görüşler	48
B. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Açıklayan Görüşler.....	49
1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	49
2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	52
a. Hakkın Kullanılması	52
b. İlgilinin Rızası.....	53
c. Değerlendirmemiz.....	56

İKİNCİ BÖLÜM

SAVUNMACI TIP VE HEKİMİN SAVUNMACI DAVRANIŞLARI

I. SAVUNMACI TIP KAVRAMININ TAKDİMİ	61
A. Genel Olarak	61
B. Kavramın Tarihi Gelişimi ve Tanıma Ulaşma Çabaları	66
1. Etki: Hekimler Aleyhinde Açılan Davalar	66
2. Tepki: Hekimlerin Savunmacı Davranışları	69
a. Tanım Önerileri.....	71
b. Ceza Hukuku Bağlamında Bir Analiz.....	74
II. HEKİMİN SAVUNMACI DAVRANIŞLARININ SINIFLANDIRILMASI..	79
A. Savunmacı Güvence Davranışları.....	81

B. Savunmacı Kaçınma Davranışları.....	85
C. İcrai ve İhmali Hareket Ayrımı Işığında Savunmacı Davranışlar	87
1. Normatif Teoriler	89
2. Gerçeklik Teorileri	92
3. Değerlendirmemiz.....	94
III. NETİCE VE TIBBİ GEREKLİLİKLER BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME	97
A. Netice: Yaralanma	98
B. Tıbbi Kurallar ve Standartlar	102
IV. SAVUNMACI HEKİM DAVRANIŞLARI VE CEZA HUKUKU NORMLARI.....	104
A. Hatalı Tıbbi Müdahale ve Türk Ceza Kanunu	112
B. ABD Sisteminde Hekimin Cezai Sorumluluğu	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNUN SAVUNMACI HEKİM DAVRANIŞLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER	123
II. SUÇ UNSURLARI.....	125
A. Maddi Unsurlar	125
1. Fail	125
2. Mağdur ve Konu	127
3. Fiil	132
4. Netice	136
5. Nedensellik Bağı	139

6. Objektif İsnadiyet.....	143
B. Manevi Unsur.....	150
1. Taksir.....	150
2. Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayrımına Dair.....	157
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	161
1. Yetkilendirilme ve Tıbbi Gereklilikler.....	162
2. Aydınlatılmış Onam	164
a. Aydınlatmaya İlişkin Şartlar	166
i. Seçilen Müdahalenin Özellikleri ve Hekim	168
ii. Seçilen Müdahalenin Riskleri ve Faydaları.....	170
iii. Alternatif Müdahaleler	172
b. Rıza Açıklamasına İlişkin Şartlar	173
i. Açıklama Bakımından	174
ii. Konu Bakımından.....	176
D. Nitelikli Unsurlar	178
III. KUSUR.....	179
IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ.....	183
SONUÇ.....	187
KAYNAKÇA	196

KISALTMALAR LİSTESİ

§	: Paragraf numarası
A.y.	: Aynı yer
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AIDS	: <i>Acquired immunodeficiency syndrome</i>
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Ame.İHM	: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
ATK	: Adli Tıp Kurumu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru numarası
B.a.	: Bütüne atıf
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt numarası
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	: Kabuledilebilirlik karar numarası
Dn.	: Dipnot numarası
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
E.	: Esas numarası
e.g.	: <i>Exempli gratia</i>

et al.	: <i>Et alia</i>
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar numarası
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MRI	: Manyetik rezonans görüntüleme
Örn.	: Örneğin
R.	: Rapor numarası
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİTCK	: Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu
v.	: <i>Versus</i>
vd.	: Ve devamı
Y.y.	: Yayımcı yok

GİRİŞ

Postmodern toplum düzeninde hâkim olmuş aşırı şüphecî anlayış ile beraber bilgiye erişim olanaklarının çeşitlenerek gelişmesi, pek çok ilişki türünde olduğu gibi tıbbi yardıma başvuran fertler ve hekimler arasındaki ilişkideki değişkenleri de esaslı surette etkilemiştir. Basit tıbbi bilgilere kolayca erişen hastalar, sağlık hizmeti sunucularına başvurmadan önce hangi tıbbi müdahaleye veya ilaca ihtiyaçları olduğu hususunda bizzat karar almaya başlamakla kalmamış; kendilerine uygulanan tıbbi müdahalelerin isabetini ve müdavi hekimin yetkinliğini de büyük bir güvensizlik içinde sorgular olmuştur. Bu gibi nedenlerin yanına hasta ve hekim ilişkisinin sağlıklı şekilde yönetilememesi gibi tetikleyicilerin de eklenmesi, hatalı tıbbi müdahale iddialarıyla açılan maddi veya manevi tazminat davalarının ve bu iddialara dayanan şikâyetlerle başlatılan ceza hukuku soruşturma ve kovuşturmalarının sayısını arttırmıştır. Aleyhlerinde dava ikame edilmesi veya soruşturma açılması ihtimalinin hekimler nezdinde oluşturduğu psikolojik veya meslekî olumsuzluklar ile açılan davalar nedeniyle ödenen tazminat miktarları ve artan sigorta primleri; hekimlerin aleyhlerinde hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla dava açılmasını ciddi bir tehdit olarak algılamasına ve bu tehdide karşı kendilerini savunma ihtiyacı hissetmesine sebep olmuştur.

Eldeki çalışmada, hekimler aleyhine açılan dava sayısındaki artış ile bağlantılı şekilde ve 1970’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) ortaya atılmış olan savunmacı tıp (*defensive medicine*) mefhumu, ceza hukukunun bakış açısından ele alınmış ve bu bağlamda taksirle yaralama suçu incelenmiştir. Kavram ana hatlarıyla düşünüldüğünde, hekimlerin aleyhlerinde hatalı tıbbi müdahale iddiasının ileri sürülmemesi için başvurdukları icrai hareketleri veya ihmal ettikleri davranışları ifade etmektedir. Hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak amacıyla icra edilen tıbbi müdahalelerin “hekimin savunmacı güvence davranışı” veya “savunmacı tıbbi müdahale” şeklinde adlandırılması mümkünken, icra etmekle yükümlü olunan bir tıbbi müdahalenin aynı amaçla ihmal edildiği durumlarda ise “savunmacı kaçınma davranışı” kavramından söz edilmesi gerekmektedir. Örneğin, acil tıbbi müdahale ihtiyacı ile kendisine başvuran hastanın iyileştirilmesini zor gören veya bu uğurda

girişilecek tıbbi müdahalenin başarısızlıkla neticelenmesi riski olduğunu değerlendiren bir hekim, garantörlük sıfatı uyarınca icra etmesi gereken bir müdahaleye girişmeyi ihmal ettiğinde ortada bir savunmacı hekim davranışının bulunduğu ifade edilebilmektedir. Benzer şekilde, hastadan gelen talepler üzerine veya hastanın aleyhte dava açmaması amacıyla icra edilen ve tıbbi gerekliliklere aykırı veya gereksiz tıbbi müdahalelerin ise savunmacı hekim davranışı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çalışmanın ikinci bölümünde detaylı olarak izah edildiği üzere hekimin savunmacı davranışları, dünyanın pek çok ülkesinde yaygın olarak karşılaşılan ve sadece genel olarak sağlık sistemine değil; hastalara da somut zararları dokunan bir olgudur.

Kavram üzerinde şu ana kadar yapılan çalışmalar, hekimlerin savunmacı davranışları nedeniyle artan sağlık harcamalarına ve hekimleri bu tür davranışlara iten sebeplere odaklanmaktadır. Söz konusu bilimsel yayınların hemen hemen tamamında, savunmacı tıbbin sağlık hizmetlerinin sunumu ve kalitesi açısından önemli bir sorun olduğu neticesine ulaşıldığı görülmekte; savunmacı tıbbin nedenleri bakımından ise hasta ve hekimler arasındaki iletişim sorunları veya medya baskısı gibi pek çok farklı nedenin bulunduğu aktarılmaktadır. Bununla beraber, kavramın hukuki yansımaları açısından üretilen hukuki çalışmaların sayısı son derece azdır. Araştırma sürecinde, savunmacı tıbbi müstakil olarak ceza hukuku açısından inceleyen kapsamlı ve Türkçe bir çalışmaya ise rastlanamamıştır. Eldeki çalışma, söz konusu eksikliği gidermek amacıyla ve Türk ceza hukuku öğretisine naçizane bir katkı sunma teşebbüsüyle kaleme alınmıştır.

Bireylerin huzur içinde yaşaması için hayati önem arz eden ve tarihin bilinen en eski kayıtlarında dahi hakkında malumata erişilebilen iki ayrı disiplin olan tıp ve hukuk, geleneksel olarak muteber meslek grupları arasında kabul edilegelmektedir. Mevzubahis mesleklerin itibarlı addedilmesinin nedenleri ve benzerlikleri bir yana, meseleye geniş bir çerçeveden bakıldığında görülen odur ki tıp, öncelikli olarak *bireyin iyiliği* amacını güden uygulamalı bir disiplin iken hukuk ise *toplumun iyiliği* hedefine dönük normatif bir bilimdir. Bu bağlamda, hekimin taksirli tıbbi müdahalelerinden ötürü cezai sorumluluğunu konu alan eldeki eser, tıbbin ve hukukun kesişme alanında bulunur. Bu hal hem bir güçlük hem de bir fırsat olarak düşünülebilir.

Nitekim çalışma boyunca farklı disiplinlere ait terimlerin bir arada ve doğru anlamlarıyla kullanılması gibi zorlukların aşılması gerekmişse de benimsenen disiplinler arası araştırma metodu sayesinde ceza hukukuna karşılaştırmalı bir bakış açısından yaklaşılması mümkün olabilmiştir. Çalışmada esas olarak klasik hukuki araştırma yöntemi benimsenmişse de yeri geldiğinde hekimlerle yapılan anket çalışmalarına ve resmî kurumlarca toplanan istatistiklere de başvurulmuştur.

Çalışmanın incelemeye aldığı ilk esaslı önerme, savunmacı hekim davranışları kapsamında icra edilen tıbbi müdahalelerin, aydınlatılmış onam ile tıbbi kurallara ve standartlara uygunluk kıstaslarını karşılayamaması sebebiyle hukuka aykırı nitelik kazanabileceği yönündedir. İkinci esaslı önerme, savunmacı davranışlar bağlamında girişmekten imtina edilmiş tıbbi müdahaleler sebebiyle ihmali suçlardan dolayı sorumluluğun gündeme gelmesinin mümkün olmasıdır. Son önerme ise savunmacı davranışlara girişen hekimin öngördüğü hususlara ve maruz kaldığı baskılara bağlı olarak kusurluluk bağlamında özellikli tartışmaların yapılması gerekebileceğidir.

Eserin ilk esaslı savı ise aydınlatılmış onam mefhumunu ilgilendirmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından en önemli gereklilik, muhatabın ilgili müdahale bakımından bilgilendirilmesi ve müdahaleye rıza göstermesi ile oluşacak aydınlatılmış onamdır. Fakat hekimin savunmacı davranışları bağlamında tıbbi müdahalenin aydınlatılmış onam şartının oluşmayabileceği görülmektedir. Hekimin tıbbi endikasyon bulunmamasına rağmen, “ne olur ne olmaz” düşüncesiyle ve kişisel olarak güvende hissetmek amacıyla icra edeceği tıbbi müdahale bu noktada örnek olarak düşünülebilir. Eğer ki hasta söz konusu müdahalenin gereksiz olduğu yönünde veya müdahalenin riskleri ya da alternatifleri açısından gerekli şekilde bilgilendirilmezse, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan aydınlatılmış onam şartı da gerçekleşmeyecektir.

Savunmacı davranış gösteren hekimin öncelikli amacı, hukuki veya cezai sorumluluktan kaçınmaktır. Bu uğurda tıbbi kurallara ve standartlara aykırı şekilde *icra edilen* tıbbi müdahaleler kadar (örn. Gereksiz bir tıbbi müdahaleye salt hasta yakınlarını tatmin etmek amacıyla girişmek) gerçekleştirmekle yükümlü olunan tıbbi müdahalelere girişmeyi *ihmal etmek* (örn. Hastanın bakım esnasında ölebileceği düşüncesiyle acil tıbbi müdahalede bulunmamak) de söz konusu olabilir. Dolayısıyla,

savunmacı davranış sergileyen hekimin, davranışı nedeniyle hastasının yaralanabileceği yönünde bir *öngörü* ile hareket ederek tıbbi gerekliliklere aykırı müdahalede bulunması veya garantörlük yükümlülüğünü ihmal etmesi ihtimal dâhilindedir. Bu doğrultuda çalışmanın ikinci esaslı savı, savunmacı hekim davranışının söz konusu olduğu hallerde bilinçli taksir kurumunun tartışma alanı bulma olasılığını ilgilendirmektedir.

Çalışmanın üçüncü ve son savı, mesleğini ciddi zorluklarla mücadele ederek icra etmeye gayret eden hekimin kusurluluk durumunun etkilendiği yönündedir. Gerçekten de hasta veya hasta yakınlarından şiddet görme korkusu hisseden veya sair sebeplerle psikolojik bağlamda zorlanan hekimin savunmacı davranışları sebebiyle taksirle yaralama suçunu işlemesi halinde haksızlık bilinci bakımından değerlendirmelerde bulunulması gerekmektedir. *Yargıç Herkül*¹, hasta yakınlarından şiddet görme korkusu nedeniyle, hastaya zarar verme riski oldukça düşük olsa dahi, tıbbi endikasyon bakımından gereksiz bir müdahaleye girişerek taksirle yaralama suçunu işlemiş hekimin kusur durumunu titizlikle değerlendirmelidir.

Eserin ilk bölümünde, terminolojik değerlendirmelerde bulunulduktan sonra tıbbi müdahale mefhumu, ceza hukukunun bakış açısından ele alınmıştır. Bu uğurda yapılan açıklamalar ışığında tıp mesleğinin barındırdığı belirsizlikler vurgulanmış ve geleneksel tıp adı ile bilinen uygulamaların tıbbi ve hukuki niteliğinin ne olduğu ortaya konmuştur. Bu kapsamda, özellikle girişimsel tıbbi müdahalelerin vücut dokunulmazlığı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı gibi hakları ihlal edici nitelik taşıyabilecekleri vurgulanarak hatalı tıbbi müdahale ve komplikasyon kavramları izah edilmiştir. Bu bağlamda komplikasyon mefhumunun esasen bir tıbbi terim olduğu ve hukuki bağlamda kullanılırken bu gerçeğin unutulmaması gerektiği açıklanmıştır. Arz olunan esaslı nüanslar üstünde durulduktan sonra, tıbbi müdahalenin hukukî niteliğinin ne olduğu sorusuna öğretilde verilmiş cevaplar açıklanmış ve bu konuda değerlendirmeler yapılmıştır. En nihayetinde tıbbi müdahalelerin kural olarak tipikliği teşkil ettiği yönündeki düşüncelerin daha isabetli olduğu kanısına varılmış ve tıbbi müdahalelerin neden hukuka aykırı addedilmediği

¹ Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978, s. xi.

sorusuna cevap aranmıştır. Bu bağlamda tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin ileri sürülmüş görüşler açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, savunmacı tıp mefhumunun tarihî gelişimi izah edildikten sonra hekimlerin savunmacı davranışlara başvurmasının ceza hukuku bakımından önem arz ettiği hususlar açıklanmıştır. Tıbbi yazında büyük önemi haiz olan savunmacı tıp, ABD’de baş gösteren ve hatalı tıbbi müdahale iddialarıyla açılan davalar nedeniyle aşırı yükseliş gösteren meslekî sorumluluk sigortası primlerinden doğan krizlerle birlikte anılmaktadır. Nitekim söz konusu mefhuma ilişkin ilk değerlendirmeler ve çalışmalar da bu bağlamda yürütülmüştür. Kavram üstündeki çalışmalar her ne kadar ilk kez Amerika kıtasında gerçekleştirilmişse de gerek tıbbi yazın gerekse hukuk öğretisi karşılaştırmalı bir üslup ile tetkik edildiğinde görülen odur ki savunmacı tıp kavramı, dünyanın değişik bölgelerindeki pek çok farklı ülkede mesele teşkil etmektedir. Dolayısıyla çalışmanın ikinci bölümünde, aralarında Hollanda, Birleşik Krallık, Fransa ve İtalya’nın da bulunduğu Avrupa ülkeleri kadar; Çin, Hindistan ve Tayvan gibi Asya ülkelerindeki savunmacı hekim davranışlarının incelendiği çalışmalar karşılaştırmalı olarak değerlendirilmiştir. İstatistik ve anket gibi yöntemlerin tercih edildiği söz konusu çalışmaların klasik hukuki araştırma yöntemi izlenerek değerlendirilmesi sonucunda, hekimleri savunmacı davranışlara iten sebepler sınıflandırılmış ve kavram bu bağlamda tanımlanmıştır. İkinci bölümün sonunda, korunan hukuki değer öğretisinin hatalı tıbbi müdahale kavramı bakımından haiz olduğu önem izah edilmiş ve taksirle yaralama suçunun tıbbi müdahaleler bağlamında gündeme geldiği olaylarda korunan hukuki değer kavramı şemsiyesi altında gündeme gelen haklar, ulusalüstü insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler nezdindekiler ile beraber Avrupa ve Amerika kıtalarındaki insan hakları organlarının kararları incelenmiştir.

Eserin üçüncü bölümünde, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 89’uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçu, hekimin savunmacı davranışları kapsamında incelenmiştir. Bölümün başlangıcında, dünyanın farklı bölgelerinde hatalı tıbbi müdahale vakalarına karşı hangi ceza hukuku normlarının uygulanageldiği açıklanmış ve savunmacı tıp kavramının doğduğu ABD’de konuya ilişkin önemli ceza hukuku davaları açıklanmıştır. Suçun maddi unsurları arasında, özellikle kadın

hastalıkları ve doğum alanını ilgilendiren olaylarda ceninin mağdur sıfatının olup olmayacağı; hareket unsuru hakkındaki açıklamalarda hekim davranışının ihmali nitelikte mi yoksa icrai hüviyette mi olduğu; objektif isnadiyet başlığı altında ise komplikasyon kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği gibi sorulara cevap aranmıştır. Suçun manevi unsuru açısından yapılan açıklamalarda, hekimin tıbbi kurallardan ve standartlardan saptığı ve hastasına zarar gelebileceğini öngördüğü durumlar ile bunu öngörmediği haller arasında bir ayrım yapılmış ve taksir, bilinçli taksir ile olası kast kavramları bu bağlamda tartışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra savunmacı hekim davranışlarının, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından önem arz ettiği tespit edilmiş ve özellikle hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin hususlarda gereği gibi bilgilendirilmesinin bu manadaki önemine dikkat çekilmiştir. En nihayet, kusurluluk başlığı altında hekimi savunmacı davranışlara girişmeye zorlayan sebepler tartışılarak istenemezlik ilkesi ve mazeret sebepleri savunmacı tıp bağlamında incelenmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TIBBİ MÜDAHALELER

I. TIBBİ MÜDAHALENİN KAVRAMSALLAŞTIRILMASI

A. Terminoloji

Her ne kadar mevzuatımızın farklı yerlerinde *tabip* veya *hekim* olarak adlandırılırsalar da uygulamada tıp fakültesi diploması sahibi meslek mensupları yaygın olarak *doktor* unvanı ile anılmaktadır². Bu unvanın aynı zamanda genel bir akademik sıfat teşkil etmesi ve tabip kavramının öğretide veya uygulamada hemen hemen hiç kullanılmaması sebepleriyle, bu çalışmada hekim kelimesi tercih edilmiştir.

Terminolojik açıdan açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus, tıp mesleği kapsamında icra edilen faaliyetlerin adlandırılması noktasında karşımıza çıkmaktadır. Zira bu hususta da öğretide veya mevzuatımızda bir terim birliğinden söz edilememekte; öğretide ve mevzuatın farklı yerlerinde hekimlerin cezai veya hukuki

² Doktor kelimesi, esasında “öğretmek” anlamındaki Latince *doct-* kökünden türemiş olup tarihi kökeni itibarıyla da bir akademik unvana işaret etmektedir. Bununla beraber gerek Anadolu Türkçesindeki gerekse İngilizcedeki (*doctor*) yaygın kullanımı neredeyse sadece tıp doktorlarını (*medical doctor* [MD]) işaret edecek şekilde daralmış ve bu dillerin sözlüklerindeki anlamlar arasındaki ilk sıraya “tıp doktoru” yerleşmiştir. İngilizcede kullanılan bir diğer kavram olan *physician* kelimesinin kökü (*-physic*) ise “iyileştirme sanatı” anlamına gelmektedir. Bkz. T. F. Hoad, **The Concise Oxford Dictionary of English Etymology**, Oxford, Oxford University Press, 1996, s. 351; Aramice kökenli hekim kelimesi aşkın bir anlama gelecek şekilde; bilmek, feraset sahibi olmak ve hikmet anlamlarına gelen *χkm* kökünden türemiş olup Anadolu Türkçesindeki karşılığı ise tıp doktorunun yanı sıra filozof anlamını da haizdir. Zikrolunan terimler arasında Aramice kökenli tabip kelimesi, *tıp ile uğraşan kişi* anlamına gelmekle direkt olarak tıp kavramı ile alakalı olan tek unvan olarak öne çıkmaktadır. Bkz. Sevan Nişanyan, **Sözlerin Soyağacı**, 4. Baskı, İstanbul, Everest Yayınları, 2009, s. 245; Tıp mesleği mensuplarının adlandırılması noktasında mevzuatımızda görülen çelişkilerin kanun yapma tekniği ve hukuk bilimi (*jurisprudence*) bakımından arzu edilmeyen bir mesele olduğu ifade edilmelidir. Gerçekten de başta 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve Hasta Hakları Yönetmeliği olmak üzere sağlık hukukuna ilişkin temel hukuki metinlerine bakıldığında “tabip”, “hekim” ve “tıp doktoru” ibarelerinin birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Her ne kadar dil yıllar içinde değişime uğrayan canlı bir yapı arz etse de söz konusu durumun sakıncalı olduğu ifade edilebilir. Hâlihazırda Türk hukukunda kanun tasarılarının nasıl düzenlenmesi gerektiği noktasında temel meselelere değinen Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nde bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Bkz. **Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik**. Bakanlar Kurulu Karar No: 2005/9986, Kabul Tarihi: 19/12/2005. (Resmî Gazete: 17/2/2006 – Sayı: 26083); **Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğü**. TBMM Karar No: 584, Kabul Tarihi: 05/03/1973. (Resmî Gazete: 13/04/1973 – Sayı: 14506).

sorumluluğu noktasında “tıbbi ameliye”³ “tıbbi yardım ve el atma”⁴, “tıbbi uygulama”⁵, “tıbbi faaliyet”⁶ veya “tıbbi uygulamalar ve etkinlikler”⁷ gibi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir⁸. Buna karşın, hekim davranışlarının yeknesak şekilde değerlendirilebilmesi için tutarlı bir terminoloji kullanılması ve tercih edilen terimin ceza hukukunun işlevi ile doğasına⁹ uygun olması gerekir. Keza özel hukuk sorumluluğu açısından kullanılması uygun olabilecek bazı terimler, sorumluluğun şahsiliği ve *ultima ratio* gibi temel ilkeler üstünde yükselen ceza hukuku kapsamında yürütülecek fikri mesaide elverişsiz kalabilecektir.

Hekim faaliyetlerinin adlandırılması ve anlamlandırılması noktasında ceza hukukunun hukuki değerleri koruma amacının belirleyici olması gerektiği ifade edilebilir. Zira hekimlerin tıp mesleği çerçevesindeki fiillerinin tipikliği teşkil edip etmediği ya da neticenin hekime isnat edilip edilemeyeceği ve bu fiillerin hukuka

³ **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**. Kanun No: 1219, Kabul Tarihi: 11/4/1928. (Resmî Gazete: 14/4/1928 – Sayı: 863). (1219 sayılı Kanun olarak anılmıştır.)

⁴ Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, y.y., 1993.

⁵ Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, b.a; 1219 sayılı Kanun, Ek Madde 13.

⁶ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.

⁷ Burcu Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2015, s. 24. (“Rıza ve Sınırları” olarak anılmıştır.)

⁸ Ayrıca bkz. Halide Savaş, “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXXI, No: 3, 2007, b.a.

⁹ Devletin imkânlarını kullanarak bireyleri zorlamayı ve onları özgürlüklerinden yoksun bırakmayı kapsayan sert yaptırımların *kanuni* altyapısını içinde barındıran ceza hukuku, hiç şüphesiz, *hukukun* ve hayatın her alanını düzenleyici bir işlev görmemelidir. Bu doğrultuda, özel hukukun veya idare hukukunun konusunu teşkil edecek hüviyetteki hususların ceza hukuku araçlarıyla kontrol edilmesinde isabet olmayacağı kolaylıkla vurgulanabilir. Hukukun ve özel olarak ceza hukukunun düzenleme alanının çerçevesi hakkında bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 202-204; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 30-33. Bu noktada, özellikle Birleşik Krallık ve ABD hukuku ile öğretisinde ceza hukukunun ahlakla olan ilişkisinin nasıl olması gerektiği ve hukuk kurallarının tesir etmemesi icap eden hususi bir “ahlaklılık ve ahlaksızlık alanının” bulunup bulunmadığına dair kapsamlı tartışmaların sürdürüldüğü hatırlanmalıdır. Adını Birleşik Krallık’taki cinsel yönelim özgürlüğüne müdahale teşkil eden ceza hukuku normlarına ilişkin saptamalarda ve önerilerde bulunmuş komitenin başkanından alan *Wolfenden raporu* ekseninde ve Lord Patrick Devlin ile Herbert Lionel Adolphus Hart arasında vuku bulmuş tartışma, bu anlamda üstünde düşünölmeye değerdir. Korunan hukuki değer öğretisine paralel düşünceler içeren *John Stuart Mills*’in zarar ilkesi ile toplum ahlakı kavramları üstünde zengin argümanların bulunduğu söz konusu tartışma hakkında bkz. Patrick Devlin, “The Enforcement of Morals,” **Proceedings of the British Academy**, C. XLV, 1959, s. 129-151; Patrick Devlin, “Law, Democracy and Morality,” **University of Pennsylvania Law Review**, C. CX, 1962, s. 635-649; Herbert Lionel Adolphus Hart, **Law, Liberty and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1963; Dworkin, **Taking Rights Seriously**, s. 240-258; Gerald Dworkin, “Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality”, **William & Mary Law Review**, C. XL, No: 3, 1999, s. 927-946.

uygunluğu gibi tartışmalarda korunan hukuki değer mefhumunun önemi bulunmaktadır. Bu bakımından *müdahale* kelimesinin en doğru terminolojik tercih olduğu savunulabilir. Zira bu sözcük, “*dâhil olmak*” veya “*karişmak*” anlamlarını taşımakta¹⁰ ve bu sayede hekimlerin mesleklerini icra ederken vücut dokunulmazlığı hakkı gibi ceza hukukunca korunan hukuki değgerlere temas ettiklerini anlatmaya kabil olmaktadır.

Öte yandan, bireylerin tıbben ihtiyaç duydukları hususları veya gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalelerin neler olduğunu değil yakinen bilmeleri, bu konuda genel bir fikir sahibi olmaları dahi çoğu halde mümkün olmamaktadır. Eş deyişle, hekimler ile hastaları arasında tıbbi bilgi bakımından ciddi bir bilgi asimetrisi mevcuttur. Bu bilgi asimetrisi nedeniyle hekimler, hastanın kendi geleceğini nasıl belirleyeceği noktasındaki karar alım sürecine ve hastanın tıbbi menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi aşamalarına büyük bir otorite ile dâhil olmaktadır. Kanımızca müdahale kelimesi, hekimlerin, hastanın tıbbi menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi ve hastanın kendi geleceğini belirlemesi aşamalarına ciddi şekilde etki ettiği olgusunu vurgulama potansiyeline sahip olması bakımından da kıymetlidir.

Müdahale kelimesinin; hekimin (1) hasta vücutu üzerinde somut şekilde gözlemlenebilir hüviyette icra ettiği fiiller ve (2) hastaya vücut dokunulmazlığı hakkı bakımından önem taşıyan etkilerde bulunması şeklinde olmak üzere iki boyutlu bir anlam taşıdığı ifade edilebilir. Dolayısıyla geniş anlamıyla düşünöldüğünde, tıbbi müdahale teriminin hekim A’nın hasta B’nin vücut dokunulmazlığı hakkına *karişması*¹¹ veya *temas etmesi* şeklinde normatif bir anlama işaret ettiği ifade edilebilir. Böylece, tıbbi müdahale nedeniyle vücut bütönlüğu ve dokunulmazlığı hakkı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı veya özel hayatın gizliliğine saygı hakkı gibi hukuki

¹⁰ Nişanyan, **Sözlerin Soyağacı**, s. 589.

¹¹ Kökenbilim aısından bakıldığında *müdahale* kelimesinin Aramice kökenli olduğu ve *karişma* veya *araya girme* anlamlarına geldiği aktarılmaktadır. Bkz. **a.y.** *Common law* sistemine sahip ölkelerdeki hukuk yazınında kullanılan terminolojide ise muhatabının temel hak ve hürriyetlerinden faydalanması sürecine üçöncü kişilerce etki edilmesi durumunda, *müdahale* kelimesinin İngilizce karşılığı olarak kabul edilebilecek “*intervention*” sözcüğünün değil; Türkçeye *karişma* veya *çatışma* şeklinde çevrilebilecek olan “*interference*” kavramının kullanıldığı görölmektedir. Örneğ olarak bkz. Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Review**, C. XXI, No: 2, 2021, s. 426.

değerlerin ihlal edilmesi noktasında riskler barındırdığı da vurgulanmış olmaktadır¹². Bu düşünceler üstünde bina ettiğimiz fikrimize göre, hekimlerin mesleki faaliyetlerini ceza hukuku bakımından en uygun şekilde karşılayan terim, *tıbbi müdahale* terimidir.

B. Tıbbi Müdahalenin Tanımlanması

Birbirlerine bağımlı ve çok sayıda biyolojik sistemden müteşekkil insan bünyesi, bu sistemler arasında mevcut hassas bir denge üstünde kuruludur. Bu denge, gerek insanın genetik yapısının bir neticesi olarak gerekse de çevresel etkenlerin tetiklemesi sonucunda bozulabilmekte ve tıbbi müdahale kavramı çoğu zaman bu zamanlarda gündeme gelmektedir. Çevresel veya biyolojik etkenlerin tıbbi müdahaleler bakımından sahip olduğu önem nedeniyle, sosyoloji veya biyoloji gibi farklı disiplinlerde bu kavrama dair tanımlamaların bulunulması kaçınılmazdır. Fakat çalışmamız açısından tıbbi müdahale kelimesinin ceza hukuku bağlamında tam olarak ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

1. Mevzuat ve Öğretideki Tanımlar

Birleşmiş Milletler'in ("BM") uzmanlık kuruluşlarından birisi olan Dünya Sağlık Örgütü ("DSÖ"), istatistik toplamak amacıyla başlattığı programda tıbbi müdahale yerine "sağlık müdahalesi" terimini (*health intervention*) kullanmakta ve bu terimi, "*kişinin ya da topluluğun sağlığını, faaliyetlerini veya sağlık koşullarını değerlendirme, iyileştirme, sürdürme, geliştirme veya tadil etme amacını taşıyan eylemler*"¹³ şeklinde tanımlamaktadır. Buna karşın, DSÖ Avrupa Ofisinin 1994 yılında Amsterdam'da ilan ettiği Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi metninde

¹² Korunan hukuki değer kavramı ceza hukukunun en çetrefil ve tartışmalı konularından birisine tekabül etmektedir. Kavram, tıbbi müdahalelerin hukuki esasının ne olduğu yönündeki açıklamalarda da kilit rol oynayan ceza hukuku kurumları arasındadır. Söz gelimi, öğretide ilk bakışta vücut dokunulmazlığının ihlali olarak gözüken tıbbi müdahalelerin, ilgilinin rızası nedeniyle korunan hukuki değeri ihlal etmediği, dolayısıyla rızanın bu bağlamda hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği ortadan kaldıracı bir etken olarak görüldüğü şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Muhammed Demirel, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. LXXVIII, No: 3, 2020, s. 1469-1523; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 426. Hukuki değerlerden tükenebilir veya vazgeçilebilir olup olmadığına ilişkin tartışmalar hakkında açıklamalar için bkz. Ertem, "Rıza ve Sınırları", s. 323.

¹³ World Health Organisation, "International Classification of Health Interventions", (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 16/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-health-interventions>.

ise tıbbi müdahale (*medical intervention*) teriminin tercih edildiği görülmektedir. Söz konusu terim, bu bildirgenin 7’nci maddesinde “*muayene veya tedaviyle sınırlı kalmamak üzere bir hekim ya da başkaca sağlık mesleği mensubu tarafından önleyici, teşhis edici, sağaltıcı ya da onarıcı amaçlarla gerçekleştirilen her türlü davranış*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁴.

Avrupa sisteminde bakılması gereken ilk kaynak ise Avrupa Konseyi düzleminde hazırlanan ve Türkiye’nin de tarafı olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesidir (“Biyotıp Sözleşmesi”)¹⁵. Biyotıp Sözleşmesi metninde tıbbi müdahale teriminin tercih edildiği fakat tanımlanmadığı görülmektedir. Ancak, sözleşmenin hazırlık çalışmalarını (*travaux préparatoires*) ve amaçlarını konu alan açıklayıcı raporda, sözleşme sathındaki “müdahale” teriminin geniş anlamda anlaşılması gerektiği ve “*önleyici bakım, teşhis, tedavi veya rehabilitasyon ya da araştırmalar kapsamında yapılacak olanlar da dahil olmak üzere tüm tıbbi davranışların*” bu terim kapsamında olduğu belirtilmektedir¹⁶. Keza, Biyotıp Sözleşmesi’nin biyomedikal araştırmaları konu alan ek protokolünün 2’nci maddesinde de müdahale teriminin fiziki müdahalelerle beraber ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi de içerdiği ifade edilmektedir¹⁷.

Türk kanun koyucusunun tıbbi müdahale kavramını kanun seviyesinde tanımlamadığı ifade edilmelidir. Buna karşın, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun kapsamında sağlık hizmeti kavramına yer verildiği ve “*insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin*

¹⁴ World Health Organisation, **A Declaration on the Promotion of Patient’s’ Rights in Europe European Consultation on the Rights of Patients**. Date of Publication: 28/06/1994, (Document Number: ICP/HLE 121).

¹⁵ Bkz. **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Karar**. Karar No. 2004/7024, Kabul Tarihi: 16/03/2004. (Resmî Gazete: 20/04/2004 – Sayı: 25439).

¹⁶ Council of Europe, **Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine**. Date of Publication: 04/04/1997, § 29.

¹⁷ Bkz. **Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokolün Onaylanması Hakkında Karar**. Karar No. 2011/1827, Kabul Tarihi: 05/05/2011. (Resmî Gazete: 11/06/2011 – Sayı: 27961 Mükerrer).

tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler” şeklinde tanımlandığı görülmektedir¹⁸. Mevzuatımızda ancak normlar hiyerarşisinde daha alt basamaklara inildiğinde ve Hasta Hakları Yönetmeliği çerçevesinde tıbbi müdahale teriminin tanımına rastlanılmaktadır. Bu yönetmeliğin 4’üncü maddesinde tıbbi müdahalenin “tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim” olarak tanımlandığı müşahade edilmektedir¹⁹.

Hukukun ikincil kaynaklarına göz atıldığında da tıbbi müdahale terimini tercih eden yazarların bu terimi farklı şekillerde tanımladığı görülmektedir. Genel kabul gören düşünceye göre tıbbi müdahale, kanunen tıp mesleğini icraya yetkilendirilmiş kişilerce gerçekleştirilen ve belli başlı amaçlara yönelmiş faaliyetlerden ibarettir²⁰. Öğretide sıkça atıf aldığı görülen tanımlardan birisine göre tıbbi müdahale:

“kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyeti”²¹

ifade etmektedir.

Bir diğer görüş ise tıbbi müdahale kavramının “yetkili kişi tarafından tıp biliminin kurallarına göre yapılan teşhis, tedavi ve koruma faaliyetlerini

¹⁸ **Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun.** Kanun No: 224, Kabul Tarihi: 05/01/1961. (Resmî Gazete: 12/01/1961 – Sayı: 10705), m. 2.

¹⁹ **Hasta Hakları Yönetmeliği.** (Resmî Gazete: 01/08/1998 – Sayı: 23420), m. 4.

²⁰ Bkz. Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 5 (**Tıbbi Müdahaleye Rıza** olarak anılmıştır); Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 15; Savaş, “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, s. 1001; Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 5; Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 293; Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 5.

²¹ Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 24.

*kapsadığını*²² vurgulayarak terimin yukarıdaki tanımlarda sınırları çizilen çerçevenin dışında kalan girişimleri de içerebileceğini ifade etmiş olmaktadır.

Şu ana kadar aktarılan görüşler, tıbbi müdahale açısından ileri sürdükleri tanım önerilerinde yetkili kişi unsuruna da yer vermektedir. Buna karşın, yaptıkları tanımlamalarda söz konusu unsuru zikretmeyen düşüncelere de rastlanmaktadır. Söz gelimi, bir görüşe göre *“insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale”* tıbbi müdahale niteliğini taşımaktadır²³. Aynı doğrultuda bir diğer tanıma göre ise tıbbi müdahaleler *“tıp bilimi amaç ve kapsamında yürütülen, tıbbi standartlar kıstasında ve çoğu kez bilimsel teknolojilerden yararlanmak suretiyle, insan üzerinde ya da insan için yahut en geniş ölçekten doğrudan insan ya da doğrudan insanlığın sağlık yararı için gerçekleştirilen etkinliklerin tümünü”* içermektedir²⁴.

Yargı kararlarına bakıldığında ise Yargıtay’ın 2014 yılında verdiği ve aşı uygulamasını bir önleyici tıbbi müdahale olarak nitelediği kararında tıbbi müdahaleyi *“tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahaleyi”* kapsayacak şekilde tanımladığı görülmektedir²⁵.

Görüldüğü üzere, tıbbi müdahale kavramı açısından yapılan tanımların bir kısmında müdahalenin tıbbi standartlara veya tıp biliminin kurallarına uygun olması bir unsur olarak karşımıza çıkarken bir diğer kısmında müdahaleyi gerçekleştiren kimselerin yetkili olup olmadığı hususu göz önüne alınmıştır. Bu doğrultuda baskın görüş, bir davranışın tıbbi müdahale olarak tanımlanabilmesi için, müdahalenin

²² Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s. 31. Bu düşünceye benzer bir diğer görüş ise tıbbi müdahale ifadesinin, *“tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hasta adı verilen süjeye bir hastalığını veya fiziksel bir özrünü tedavi etme ya da hastalıktan koruma yahut acılarını giderme, azaltma maksatlarıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyetleri kapsadığı”* yönünde görüş beyan etmektedir. Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 3. Baskı Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 45.

²³ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 55.

²⁴ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 25.

²⁵ Yargıtay 2. HD., E. 2014/33, K. 2014/8431, T. 07/04/2014. Yargıtay’ın Ceza Daireleri’nin de söz konusu ilama atıf yaptığı görülmektedir. Bkz. Yargıtay 19. CD., E. 2015/87, K. 2015/6676, T. 05/11/2015.

yetkilendirilmiş bir kimse tarafından gerçekleştirilmesini ve belli amaçlara yönelmesini şart koşturmaktadır.²⁶

2. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Bir müdahalenin tıbbi nitelikte olup olmaması ile bu müdahalenin ceza hukukunun koruduğu hukuki değerleri ihlal edip etmediği soruları da birbirinden farklı mahiyettedir. Çalışmanın ilerleyen paragraflarında açıklandığı üzere hukuka uygunluk açısından yapılacak değerlendirmeler, ortada bir tıbbi müdahalenin bulunduğu tespit edildikten sonra yapılmaktadır. Bu kapsamda ise tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmasına rağmen ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi veya somut olaydaki hareketin tipikliği vücuda getirmeye kabil olmadığına savunulması mümkündür²⁷.

Tıbbi müdahalenin tanımında, bunu gerçekleştiren özneye veya amaç unsuruna yer verilmesi, tıp mesleğinin bugün geldiği koşullarda yetersizdir. Bu bağlamda yapay zekâ teknolojisinin²⁸ sağlık sektöründeki kullanımının gün geçtikçe tıbbın farklı alanlarına yayıldığı hususunun gözden kaçırılmaması gerekir. Nitekim hastalıkların teşhisi, hastaların izlenmesi ve robotik cerrahi açılarından yapay zekânın her geçen gün daha fazla kullanıldığı görülmektedir²⁹. Sağlık teknolojisinin günümüzde geldiği nokta itibarıyla yapay zekâ, özellikle büyük veri, nesnelerin interneti ve her şeyin

²⁶ Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, s. 5; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 15; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 24; Özgül, **Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 5.

²⁷ Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. XX, No: 69, 2007, s. 76. Yazar, kalabalık ortamda sıkışık halde bulunan fertlerin birbirlerine temas etmesi gibi durumlarda vücut bütünlüğünün şeklen ihlal edildiği sonucuna ulaşmanın mümkün olmasına rağmen yaralama suçunun oluştuğunun kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Gerçekten de bir suçun meydana gelmesi için hukuki değer ihlalinin belli bir *yeterliliğe* erişmesi ve somut olaydaki hareketin *önemsiz* olmaması icap etmektedir. Bkz. Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 924.

²⁸ Yapay zekâ terimi ilk kez 1956 yılında Dartmouth Konferansı’nda kullanılmış olup tepkisel makineler (*reactive machines*), kısıtlı hafızaya sahip yapay zekâ (*limited memory*), zihin teorisi (*theory of mind*) ve kendini tanıyan yapay zekâ (*self-awareness*) olmak üzere dört türü olduğu ifade edilmektedir. Yapay zekânın tıbbi müdahaleler açısından kullanım alanlarını belirlemek üzere yapılan bir çalışmaya göre yapay zekânın konu olduğu tıbbi araştırmaların sayısı 2017 yılında 2016 yılına göre yaklaşık sekiz kat artmıştır. Bkz. Hakan Aksoy, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, **International Journal of Economics, Politics, Humanities and Social Sciences**, C. IV, No: 1, 2021, s. 12 vd; Fei Jiang *et al.*, “Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future”, **Stroke and Vascular Neurology**, C. II, No: 4, 2017, s. 238.

²⁹ K.H. Yu/A.L. Beam/I.S. Kohane, “Artificial Intelligence in Healthcare”, **Nature Biomedical Engineering**, C. II, No: 10, 2018, s. 720.

interneti gibi olgulardan yararlanmak suretiyle günümüze değin insanlarca gerçekleştirilen birçok tıbbi müdahaleye imza atabilmektedir. Bu hususta ilginç bir örnek, genetik danışmanlık faaliyetlerinde³⁰ kullanılan bir sohbet robotunun (*virtual conversational agent*), çevrimiçi danışmanlık esnasında kendisiyle etkileşime geçen kişiye kanser riskinin yüksek olduğu bilgisini güler yüz kullanarak vermesi vakasıdır³¹. Bu olayda her ne kadar bir insan dahil yoksa da muhabata psikolojik açıdan uygun olmayan şekilde bildirilen bir genetik tanı bulunmaktadır. Bu bağlamda, yapay zekâ teknolojilerinin kullanımı nedeniyle hekimin somut olaydaki tıbbi müdahalenin icrası sürecine kısmen veya hiç katılmadığı durumlar olabileceği gibi müdahaleyi yalnızca gözleyen pozisyonda olması da ihtimal dâhilinde olmaktadır. Dolayısıyla tıbbi müdahalenin mutlaka ve sadece bir insan tarafından icra edilmesi gerektiği düşüncesinde isabet olmadığı ifade edilebilir.

Günlük yaşamda, sağlık mesleği mensuplarınca gerçekleştirilmemesine rağmen esasen *tıbbi* nitelik taşıyan faaliyetlere rastlanıldığı gerçeği yadsınmamalıdır. Nitekim bu fiillerin hukuka aykırı olabileceği gerçeği, bunların *tıbbi* nitelikte olabileceği ihtimalini dışlamamaktadır. Bu noktada verilebilecek bir örnek, reçetesiz satılan³² ilaçları (*over-the-counter medicine*) ilgilendirmektedir. Bu ilaçların, “*günlük*

³⁰ **Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği.** (Resmî Gazete: 10/01/2020 – Sayı: 31004).

³¹ T. Schmidlen *et al.*, “Patient Assessment of Chatbots for the Scalable Delivery of Genetic Counseling”, **Journal of Genetic Counseling**, C. XXVIII, No: 6, 2019, s. 8.

³² Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmeliğin 5’inci maddesine göre beşeri tıbbi ürünler (ilaçlar) reçeteye tabi olanlar ve olmayanlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Aynı doğrultuda ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 1’inci maddesi uyarınca beşeri tıbbi ürünler arasında “*tabip reçetesiyle verilmesi meşrut olanlar ancak reçete mukabilinde ve diğerleri reçetesiz olarak münhasıran eczanelerle ecza ticarethanelerinde kanunu mahsusuna tevfikân satılır*”. Bununla beraber, uygulamada hangi ilaçların reçete karşılığı hangilerinin ise reçete göstermeksizin satılacağı hususunda bir netlik bulunmamaktadır. Nitekim prospektüsünde reçete karşılığı satılacağı belirtilen birçok ilacın reçetesiz şekilde satıldığı bilinmesine rağmen Sağlık Bakanlığının reçetesiz ilaç satışı hakkında yaptığı uyarıların başta antibiyotikler olmak üzere bazı ilaçlarla sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Keza Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun 2016 yılında yayımladığı “*Kontrol Tabi Madde ve Müstahzarlara İlişkin Reçeteler Hakkında 2016/3 sayılı Genelge*” metninde, bazı ilaçların suiistimal edildiğinden veya edilebilme potansiyeli bulunduğundan bahisle “*normal reçete ile verilmesi gereken izlemeye tabi ilaçlar*” listesine alındıkları ve bunların reçetesiz olarak satışlarının yapılmayacağını duyurulduğu görülmektedir. Bkz. **Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) Genelgesi.** TİTCK Genelge No: 2016/3, Tarih: 14/03/2016, Sayı: 88866997-505.99. Benzer şekilde, TİTCK’nin 18/03/2013 tarih ve 29597 sayılı yazısında da “*büyüme hormonları, antibiyotikler, antidepresanlar, antihistaminikler vb. ilaçların*” reçetesiz satıldığı açısından alınan bilgilere binaen “*reçetesiz olarak ilaçların satışı yasaktır*” şeklinde bir uyarı bulunmaktadır bkz. **TİTCK Giden Evrak Yazısı.** TİTCK Giden Evrak No: 29597, Tarih: 18/03/2013, Sayı: 80727150. (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 16/08/2021, Erişim Adresi: https://www.istanbuleczaciodasi.org.tr/upload/pdf/20130411_ek2.pdf.

hayatta sıkça rastlanan basit rahatsızlıkların giderilmesi için hekim müdahalesi olmaksızın (...) kısa bir süre kullanılmak üzere güvenli ve belirtilen endikasyonlar için etkili”³³ olduğu kabul edilmektedir. Kanımızca, sağlık mesleği mensubu olmayan kimselerin bu ilaçları birbirlerine uygulamasının da tıbbi müdahale niteliğinde olduğu yönündeki görüşlerde isabet vardır³⁴. Bu gibi hallerde, çalışmanın ilerleyen başlıklarında izah edilen hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmeyeceği ifade edilebilecektir. Dolayısıyla söz konusu surette kullandırılan ilaçların *advers etkiye*³⁵ yol açarak zararlı neticeler meydana getirmesi ihtimalinde hukuka uygunluk ve kusurluluk açısından yapılacak değerlendirmeler önem kazanacaktır.

Öte yandan, estetik amaçlı tıbbi müdahaleler, sünnet, nüfus kontrolü amaçlı uygulamalar veya adli muayeneler gibi özel kanunlarla düzenlenen tıbbi müdahaleler dikkate alındığında; hekimlerce icra edilen bu müdahalelerin teşhis, tedavi veya korunma gibi amaçlara yönelmediği net bir şekilde görülmektedir. Dolayısıyla, mevzubahis uygulamaların teşhis veya korunma gibi amaçlar taşımasına rağmen *tıbbî* nitelik taşıdıkları ifade edilmelidir.

Görüldüğü üzere idare, prospektüsünde reçeteli olarak satılacağı belirtilen ilaçların bir kısmının satışına zımnen müsaade etmesine rağmen bir diğer kısmı açısından ise idari para cezası uygulamaktadır. Bu durum, eczacılar nezdinde ciddi boyutlarda belirsizliğe yol açmakta ve uygulamada prospektüsünde reçete karşılığında satılacağı uyarısı bulunan pek çok ilacın reçete görülmeksizin satıldığı görülmektedir. Kanımızca bu durum ciddi bir belirsizliğe yol açmasıyla hem ceza hukuku ilkeleri açısından problem teşkil etmekte hem de dayanak mevzuatın *ulaşılabilirlik*, *öngörülebilirlik* ve *kesinlik* açısından sorunlu olması nedeniyle idari para cezası kesilen durumlarda mülkiyet hakkı bakımından mesele teşkil etmektedir. Sağlık Bakanlığının yayımladığı “*reçete ile verilmesi gereken izlemeye tabi ilaç listesinde*” bulunmayan fakat prospektüsünde reçete ile satılacağı bilgisi yer alan ilacın, reçete görülmeksizin satıldığından bahisle uygulanan 13.169,75-TL tutarındaki idari para cezalarına karşı başvuru yoluna gidildiği bir olayda, dosyayı inceleyen Hâkimlik, söz konusu satışın “*mevzuata uygun olup olmadığı*” hususunda tek başına karar verememiş ve “*mevzuata aykırılık olup olmadığı*” hususunda bilirkişi raporu almak durumunda kalarak neticede yapılan başvuruları reddetmiştir. Bkz. İstanbul Anadolu 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/02/2019 tarihli ve 2018/8929 Değişik İş numaralı başvurunun reddi kararı ile İstanbul Anadolu 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 04/04/2019 tarihli ve 2018/2029 Değişik İş numaralı itirazın reddi kararı. Kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin kabahatlerde de geçerli olduğu hakkında bkz. AYM, *Karlis A.Ş.*, B. 2013/849, T. 15/04/2014, § 43.

³³ Rezzan Günday, “Eczacılıkta Malpraktis”, **II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Editör: Hakan Hakeri/Cahid Doğan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 502.

³⁴ Aynı yönde Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 96.

³⁵ “Bir beşeri tıbbi ürünün hastalıktan korunma, bir hastalığın teşhis veya tedavisi veya bir fizyolojik fonksiyonun iyileştirilmesi, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacıyla kabul edilen normal dozlarda kullanımında ortaya çıkan zararlı ve amaçlanmamış bir etki” bkz. **Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik**. (Resmî Gazete: 22/03/2005 – Sayı: 25763), m. 4/(e).

Öğretide tele-tıp adı ile kavramsallaştırılmış tıbbi faaliyetlere de bu noktada değinilmesi gerekir. Tarihteki ilk örneğinin uzayda tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan astronotlara yardım etmek amacıyla Amerikan Ulusal Havacılık ve Uzay Dairesi tarafından gerçekleştirildiği aktarılan³⁶ tele-tıp uygulamaları; uzaktan teşhis, tetkik değerlendirmesi, gözetim, konsültasyon ve terapi gibi fiilleri kapsamaktadır³⁷. Bu açıdan, tıbbi müdahale tanımının hekimin muhatabı ile fiziki temas kurmadığı halleri de kapsaması gerektiği savunulabilir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, *insanı muhatap alan ve tıbbi otoritelere göre tıp mesleğinin sınırları dâhilinde olan her türlü etkinliğin* tıbbi müdahale kapsamına dâhil olabileceğinin söylenmesi mümkün hale gelmektedir. Dolayısıyla teşhis, tedavi, koruma veya rehabilitasyon süreçleri içinde gerçekleştirilen kan alma, fizik tedavi uygulaması, ilaç yazılması³⁸, herhangi bir tür tahlil gerçekleştirilmesi, aşı yapılması, psikiyatrik muayenede tavsiyeler verilmesi veya “*bir müddet cinsel ilişkiye girmeme yönünde yapılan uyarı*”³⁹ gibi fiillerin her birisi tıbbi müdahale niteliğindedir. Görüldüğü üzere, hastanın ateşinin ölçülmesinden ibaret dakikalar içinde tamamlanan bir işlem kadar, hastanın kalp ameliyatı sonrası gözlem altında tutulması gibi belli bir sürece yayılan uygulamalar da tıbbi müdahale kavramına dâhildir. Dolayısıyla tıbbi müdahale, hasta-hekim ilişkisinin kurulduğu andan sona erdiği ana kadar geçen süreçte anlık veya devamlı nitelik arz edebilen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

³⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 763.

³⁷ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Sınırötesi Tele-Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, **Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, Editör: İ. Hamit Hancı/Cahid Doğan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 71-90, 74; ABD’deki mahkeme kararlarında, hekimin muhatabına tanı koymak veya onu tedavi etmek görevini üstlendiği ya da bu fiillere girdiği yönünde beyanda bulunmamasına rağmen somut olayda bu anlama gelebilecek işaretler vermesi hallerinde (telefon üzerinden yapılması gerekenleri tarif etmek gibi), hasta ve hekim arasında fiziki etkileşim bulunmasa dahi hasta-hekim ilişkisinin kurulduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Supreme Court of Tennessee. *James H. Kelley, et al. v. Middle Tennessee Emergency Physicians, P.C., et al.*, Docket No. M2001-00702-SC-R11-CV, Case Date: 23/04/2004; Court of Appeals of Texas, Houston First District. *Roger Wayne Wheeler and Barbara Jo Wheeler v. Yettie Kersting Memorial Hospital*, Docket No: 01-92-00609-CV, Case Date: 29/04/1993; John R. Clark, “Defensive Medicine”, **Air Medical Journal**, C. XXXIV, No: 6, 2015, s. 315.

³⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 55.

³⁹ **A.y.**

Tıbbi müdahale terimi bu şekilde tarif edildikten sonra, tıp mesleğinin sınırlarının ne olduğunun netleştirilmesi gerekir.

a. Tıp Mesleği

Tıbbın ve tıbbi müdahalenin tarihi, bir bakıma, sağlıklı insanların hasta olanlara yardım etme teşebbüslerinin tarihidir⁴⁰. Bu teşebbüsler sayesinde oluşan tarihi birikim, hastanın hekimle iletişime girdiği ilk an ile müdahalenin neticelendirildiği arasındaki süreçte izlenmesi gerektiği kabul edilen pek çok teknik veya mesleki kuralın da (*lex artis*) vücuduna sebebiyet vermiştir⁴¹. İşte tıp mesleğinin sınırlarını da söz konusu birikim ışığında belirlemek icap etmektedir.

Tıp, öğretilde “*hastalıkları ya da fiziksel özürleri iyileştirmek, gidermek veya önlemek amacıyla başvurulmuş bilimsel ve teknik çalışmaları kapsayan bilim dalı*”⁴² veya “*sağlık bilimlerinin bir dalı olarak insan sağlığının sürdürülmesi ya da bozulan sağlığın yeniden düzeltilmesi için uğraşan hastalıklara tanı koyma hastalıkları sağaltma ve hastalık ile yaralanmalardan korumaya yönelik çalışmalarda bulunan birçok alt bilim dalından oluşan bilimsel disiplinlerin şemsiye adı*”⁴³ gibi değişik şekillerde tanımlanabilmektedir. Kavramın sözlük anlamına göre yapılan tanımlarda, tıbbın hastalıkları ve sakatlıkları iyileştirmek, hafifletmek veya bunları önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaları ifade eden faaliyetlere karşılık geldiği yönünde tariflere rastlanmaktadır⁴⁴. Öte yandan tıp ile *tababet* kavramları arasında fark mülâhaza eden bir düşünceye göre tıp, “*hastaları iyi etme ilmi*” anlamına gelmekteyken *tababet* ise “*tıbbın uygulanmasını belirten*” bir deyimdir⁴⁵. Bu görüş, tıbbi “*hastalıkları veya sakatlıkları önleme, tedavi etme veya hafifletme amacını*

⁴⁰ Dmitry Mednis, “The Definition of ‘Medical Intervention’ Biomedical Aspects”, **MedCrave Online Journal of Public Health**, C. IX, No: 1, 2020, s. 1.

⁴¹ Somut olay bazında belirlenecek tıbbi gerekliliklerin tıbbi yazında *lex artis* kavramı ile karşılandığına ve söz konusu kavramın değişik bağlamlarda pek çok farklı mana ifade edebileceğinden bahisle anlam bakımından devingen (*dinamismo semántico*) olduğuna dair bkz. Teresa Giménez-Candela, “*Lex Artis y Responsabilidad Médico-Sanitaria: Una Perspectiva Actualizada*”, **Derecho Civil y Romano: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, Editor: Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, s. 401-403.

⁴² Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 45.

⁴³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 51.

⁴⁴ Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, s. 1; Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 7; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 24.

⁴⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 24.

taşıyan ve hastalıklar bilimine, patolojiye ve tabii bilimlerin verilerine dayanılarak yapılan bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan uygulama”⁴⁶ olarak tanımlamıştır.

Yukarıda aktarılan tanım denemelerindeki ortak husus, tıbbın *sağlığın* kazanılmasına veya korunmasına dönük faaliyetleri içeren bir bilim olduğuna yapılan vurgudur. Fakat sağlık kavramının soyut göndermelerinden ve çok boyutluluğundan yola çıkan görüşler incelendiğinde tıp açısından daha farklı tanımlar yapıldığı dikkat çekmektedir. Söz gelimi, tıbbın “*insanlığı hastalık bağlamında anlama sanatı*” olduğu; bu doğrultuda tıbbi faaliyetlerin “*sadece patolojik durumu tanımak veya teşhis etmek değil, bir kişinin hastalığının kendi çevresi, yapısı ve kişiliğinin bir ürünü olarak*” gerçekleştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁷. Bu ve buna benzer yaklaşımlarda, tıbbın aslında bir bilim dalı olmadığı fakat bir sanat⁴⁸ veya meslek olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Tıp mesleğinin doğasına ilişkin ileri sürülen görüşler, hekimin uymadığı takdirde taksir sorumluluğunun gündeme geleceği yükümlülüklerinin sınırlarının belirlenmesi hususunda önem arz etmektedir. Dolayısıyla çalışmamızın ilerleyen bölümlerine geçmeden önce tıp mesleğinin doğası hakkında açıklamalarda bulunulması gerekmektedir. Bu kapsamda ilkin, tıbbi faaliyetlerin bilim mi yoksa sanat mı olduğu konusunda tıbbi yazında yabana atılmayacak bir ciddiyetle tartışmalar bulunduğunu ifade etmek gerekir⁴⁹. Bu tartışmanın konumuz açısından önemi, tıbbi kuralların ve standartların ne suretle belirleneceği, hekimlerin bu yöndeki objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamının ne olacağı ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu soruları açısından ortaya çıkmaktadır.

⁴⁶ A.y.

⁴⁷ Aysel Başer/Hatice Şahin, “Tıbbi Beşeri Bilimler”, **Tıp Eğitimi Dünyası**, C. XVI, No: 49, 2017, s. 50.

⁴⁸ Nitekim tıp kelimesinin Almanca, İngilizce ve Fransızcadaki karşılıklarının da Latince “*doğa bilimiyle uğraşan kişinin sanatı*” anlamına gelen *medicina* Bkz. Hoad, **The Concise Oxford Dictionary of English Etymology**, s. 287. Türk sağlık hukuku mevzuatının temel kanunlarının bazılarında da bu yönde isimlendirmeler bulunmaktadır. Ayrıca bkz. bu bölümde *yukarıda* 2 numaralı dipnot.

⁴⁹ John Saunders, “The Practice of Clinical Medicine as an Art and as a Science”, **The Western Journal of Medicine**, C. XXVI, No: 1, 2000, s. 18-22; Blair Smith/Ross Taylor, “Medicine--a Healing or a Dying Art?”, **British Journal of General Practice**, C. XLVI, No: 405, 1996, s. 249-251; Sadhu Charan Panda, “Medicine: Science or Art?”, **Mens Sana Monographs**, C. IV, No: 1, 2006, s. 127-138; Başer/Şahin, “Tıbbi Beşeri Bilimler”, s. 55.

Tıbbın bir sanat dalı olduğunu savunanlar; aynı hastalıktan mustarip tüm hastalar açısından tek bir geçerli tedavi yöntemi olmadığını ileri sürmekte, buna delil olarak ise aynı hastalık için değişik tedavi yöntemlerinin başarılı olabildiğini göstermektedirler⁵⁰. Öte taraftan tıbbın bir uygulamalı bilim olduğunu savunanlar ise bilimsel yöntem ile gerçekleştirilen araştırmaların, kanıta dayalı tıp anlayışı ile ortaya konan rehberlerin ve protokollerin modern tıbbın ayırt edici unsurları olduğunu ifade etmektedirler. Nitekim insan bünyeleri birbirinden oldukça farklı olabilmekteyse de yapılan araştırmalar, hekimin şahsi inisiyatifine göre icra edilen müdahalelere kıyasla maktu tedavi protokollerinin izlendiği tıbbi müdahalelerde başarı oranının görece daha yüksek olduğunu göstermektedir. Nitekim başta Kuzey Amerika merkezli Ortak Komisyon (*Joint Commission*) olmak üzere, bağımsız meslek kuruluşları tarafından yayımlanan rehberlere, protokollere ve kontrol listelerine uyulması halinde başarısızlıkla neticelenen tıbbi müdahalelerin ve yatan hastalarda görülen komplikasyonların yarı yarıya düştüğü gösterilmiştir⁵¹. Aynı şekilde 2014 yılında yayımlanan bir makalede, Amerikan İnme Derneği (*American Stroke Association*) ve Amerikan Kalp Derneği (*American Heart Association*) ortaklığında akut iskemik inme hastalığı açısından yazılmış rehber ilkelerin uygulanması halinde sakatlık ve ölüm oranının ciddi miktarda azaldığı kaydedilmiştir⁵².

Her ne kadar hukuk yazınında da tıbbın bilimsel ile sanatsal olmak üzere iki yüzü olduğu ve tıbbın bilim ve sanatın iç içe geçtiği bir meslek olduğu şeklinde görüşlere⁵³ rastlanmaktaysa da kanımızca bu yöndeki fikri mesai, esas olarak bu alanlardaki felsefe kuramcılarına bırakılmalıdır. Nitekim modernite ile beraber toplumsal faaliyetlerin yürütülmesi, düzenlenmesi, denetlenmesi ve bu açıdan

⁵⁰ Robert Pearl, “Medicine is an art, not a Science: Medical Myth or Reality?” (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12/06/2014, Erişim Adresi: <https://www.forbes.com/sites/robertpearl/2014/06/12/medicine-is-an-art-not-a-science-medical-myth-or-reality/?sh=5d3a9e952071>. (“Medical Myth” olarak anılmıştır.)

⁵¹ Alex B. Haynes *et al.*, “A Surgical Safety Checklist to Reduce Morbidity and Mortality in a Global Population”, **The New England Journal of Medicine**, C. CCCLX, No: 5, 2009, s. 491.

⁵² Adı geçen kuruluşların 30 Ekim 2019 tarihinde güncelledikleri ve akut iskemik inme geçiren hastalara ilişkin erken dönemde uygulanması gereken tedaviler hakkındaki rehber için bkz. Gregg C. Fonarow *et al.*, “Door-to-Needle Times for Tissue Plasminogen Activator Administration and Clinical Outcomes in Acute Ischemic Stroke Before and After a Quality Improvement Initiative” **Journal of the American Medical Association**, C. CCCXI, No: 16, 2014, s. 1632. Aynı alanda, adı geçen derneklerin rehberine atıfla Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanmış bir rehber de bulunmaktadır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, **Akut İskemik İnme Tanı ve Tedavi Rehberi**, Ankara, y.y., 2020.

⁵³ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 11.

bireylere izin verilmesi gibi hususlar artık hukukun alanına girmiştir; tıp adı verilen alanın hukuki sınırları ise tıbbın niteliğinin ne olduğundan ayırık olarak zaten hukuk sistemi tarafından belirlenmiştir. Dolayısıyla, her ne kadar ceza hukuku bakımından tıbbi standartların belirlenmesi ve failin kusur durumunun takdir edilmesi aşamasında bilimsel yöntemin zayıflıklarına dönük *Popper*’den eleştirilerden ve bunlara karşı verilen cevaplardan yararlanılabilecekse de esas olarak bilim ve sanat felsefesine ilişkin bu tartışma, çalışmamızın ana omurgasına dâhil değildir⁵⁴.

Hekimlerin hünerlerini sergileme üsluplarının bir sanat formu olabileceği yadsınmamakla beraber hukuk düzeni; tıbbi eğitimin verilmesi, bu alanda akademik çalışmaların yapılması, bunların denetlenmesi ve tıbbi protokollerin oluşturulması gibi hususları bilimsel yöntem kullanan akademisyenlerden müteşekkil kurullara havale etmiştir. Bu bakımdan her bir hastanın bünyesi farklı da olsa bilhassa genetik hastalıklar açısından önem arz eden kişiselleştirilmiş tıp uygulamaları göstermektedir ki kişiye özel planlanan tıbbi müdahalelerde dahi bilimsel yöntemle dayanılması vazgeçilmez bir gerekliliktir.

b. Geleneksel Tıp

Yer yer tamamlayıcı ve alternatif tıp (*complementary and alternative medicine*) ile aş anlamlı olarak kullanıldığı da görülen geleneksel tıp mefhumu, DSÖ tarafından:

“Sağlığın korunması ile fiziki ya da psikolojik hüviyette tezahür eden hastalıkların önlenmesi, teşhis edilmesi, iyileştirilmesi veya tedavisi hususlarında farklı kültürlerde savunulan, izahı yapılabilir olup olmadığına bakılmaksızın bu kültürde yer alan teorilerde, inançlarda ve tecrübelerde kendisine zemin bulan uygulamalar, beceriler ve bilgiler bütünü”

⁵⁴ Karl Popper, **The Logic of Scientific Discovery**, New York, Routledge, 2002; Mercan Maden, “Karl Popper Felsefesinde Bilimsel Doğrular ve Yanlışlanabilirlik İlkesi”, **Akademi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. VI, No: 17, 2019, s. 288-294. Beck’in veciz ifadesiyle; geçtiğimiz yüzyıl içinde bilimsel faaliyetler geçerliliğini ve muteberliğini hızla ve derinlemesine olarak kaybetmeye başlamıştır; zira bilimsel metodolojinin dayandığı şüpheli yaklaşım artık sadece metot ile ulaşılacak istenene değil, bilimsel metodun kendisine de yönelmektedir. Böylece bilimsel metot kendi başarısının kurbanı olmaktadır. Beck’in bu noktada verdiği örnek çalışmamız açısından manidardır: Uzmanlara duyulan güvenin azaldığı ve bilimsel metoda yönelik şüphenin arttığı günümüzde, uzman (hekim) ile sıradan birey (hasta) arasındaki bilgi asimetrisi, çelişkili bir biçimde hatalı tıbbi müdahale iddiası ile açılan tazminat davalarının sayısını arttırmıştır. Bkz. Ulrich Beck, **Risk Society: Towards a New Modernity**, Translated by: Mark Ritter, London, Sage, 1992, s. 163-165.

şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁵. Öğretide ise geleneksel tıbbın *alternatif tıp sistemleri* (Örn. Çin tıbbı, ayurveda), *akıl-beden tıbbı* (Örn. Meditasyon, yoga), *manuel terapiler* (Örn. Osteopati, masaj), *enerji temelli terapiler* (Örn. Akupunktur, biyo-geribildirim) ve *biyolojik tabanlı terapiler* (Örn. Bitkisel terapiler, gıda destekleri) olmak üzere beş başlık altında incelenebileceği savunulmaktadır⁵⁶. Bir araştırmada, Türkiye'deki hastaların %60,5 oranındaki bir kısmının tedavi süreçlerinde geleneksel tıp faaliyetlerinin en azından birisine başvurduğu tespit edilmiştir⁵⁷. Uygulaması bu denli yaygın olan söz konusu faaliyetlerin tıp mesleği sınırları dâhilinde olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle tıbbi alanların kendi içinde nasıl sınıflandırıldığına bakılması gerekir.

Tıp alanlarına dair bir sınıflandırmada, tıbbın üç sacayağı olarak biyolojik/somatik bölümler, psikolojik bölümler ve sosyal bölümler gösterilmektedir⁵⁸. Buna göre, tıp fakültelerinde verilen derslerin büyük bir bölümünü oluşturan biyolojik/somatik bölümler kapsamında genetik bilimi veya moleküler ve hücre biyolojisi ve benzeri alanları varken psikolojik bölümler arasında psikoterapi ve gelişim patolojisi gibi alanlar bulunmakta; sosyal bölüm ise sağlık sosyolojisi gibi konuları incelenmektedir⁵⁹. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı bünyesinde hazırlanan bir başka sınıflandırmada, tıp ve sağlık bilimleri ana başlığı altında temel tıp (*basic medicine*), klinik tıp (*clinical medicine*), sağlık bilimleri (*health sciences*), tıbbi biyoteknoloji (*medical biotechnology*) ve diğer tıbbi bilimler olmak üzere beş alt

⁵⁵ Bkz. World Health Organisation, **General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine**, Geneva, 2000, (WHO/EDM/TRM/2000.1).

⁵⁶ Ahmet Murt/Recep Öztürk, “Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın, Tıp Eğitim Müfredatlarındaki Yeri”, **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, No: 22, ss. 20-23.

⁵⁷ Burcu Şimşek *et al.*, “Mapping Traditional Complementary Medicine in Turkey”, **European Journal of Integrative Medicine**, C. XV, 2017, s. 70.

⁵⁸ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 13.

⁵⁹ Söz konusu sınıflandırma, İsviçre Tıbbi Bilimler Akademisi (*die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*), İsviçreli Hekimler Birliği (*die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte*) ve beş farklı tıp fakültesi tarafından hazırlanan “21. Yüzyılın Başlangıcında Tıbbın Amaç ve Görevleri” adındaki bildiri kapsamında yapılmıştır. Bkz. Zukunft Medizin Schweiz, **Ziele und Aufgaben der Medizin zu Beginn des 21. Jahrhunderts**, Herausgeber: SAMW/FMH/Medizinische Fakultäten der Universitäten Basel, Bern, Genf, Lausanne und Zurich, Basel, 2004, s. 20 (Bkz: Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 13.).

başlık sayılmaktadır⁶⁰. Geleneksel tıp, bu sınıflandırma kapsamında klinik tıp başlığı altında sayılanlar arasında bulunmaktadır.

Meseleye tıp eğitimi açısından ve Türkiye’deki tıp eğitiminin standartlarının belirleme amacını taşıyan Ulusal Çekirdek Eğitim Programı⁶¹ perspektifinden bakıldığında ise Türk tıp fakültelerinde geleneksel tıbbi faaliyetlere ilişkin bir eğitim planının olmadığı; tıp müfredatının *temel tıp bilimi, klinik tıp bilimi, davranışsal/sosyal ve beşerî bilimler* olmak üzere üç yaklaşım üzerinde bir bütün olarak inşa edildiği müşahade edilmektedir⁶². Bununla beraber tıp fakültesi öğrencilerine davranışsal ve beşeri bilimler çerçevesinde verilecek eğitimlerin konu alacağı hususlar arasındaki yirmi üç numaralı ana durum kapsamına *geleneksel ve tamamlayıcı tıpta hatalı uygulamalar* da dâhil edilmiştir. Benzer şekilde aralarında Almanya’nın ve ABD’nin de bulunduğu çeşitli devletlerin de mezuniyet öncesi tıp eğitim müfredatına geleneksel tıbbi müdahaleleri eklediği görülmektedir⁶³. Geleneksel tıp hakkındaki hukuki düzenlemeler ise söz konusu ülkelerle eş zamanlı olarak ülkemizde de giderek artmaktadır⁶⁴.

Yaygın şekilde uygulanan, tıbbi müfredatta ve sınıflandırmalarda kendisine yer bulan bu faaliyetler ceza hukuku bakımından tıbbi müdahale olarak kabul edilecek

⁶⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Working Party of National Experts on Science and Technology Indicators, **Revised Field of Science and Technology (FOS) Classification in the Frascati Manual**, Date of the Document: 26/02/2007, (DSTI/EAS/STP/NESTI(2006)19/FINAL), s. 8-9.

⁶¹ Üniversitelerarası Kurul bünyesindeki Tıp Sağlık Bilimleri Eğitim Konseyi tarafından hazırlanan Ulusal Çekirdek Eğitim Programlarının ilki 2000 yılında başlatılan çalışmalarla oluşturulmuştur. Bkz. Ayşen Bulut, “Bir Haber: Ulusal Çekirdek Eğitim Programı Oluşturuldu”, **Tıp Eğitimi** Dünyası, C. XIII, No: 13, 2003, s. 13-36.

⁶² Yükseköğretim Kurulu Eğitim Öğretim Dairesi Başkanlığı, “Mezuniyet Öncesi Tıp Eğitimi Ulusal Çekirdek Eğitim Programı 2020”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/06/2014, Erişim Adresi: https://www.yok.gov.tr/Documents/Kurumsal/egitim_ogretim_dairesi/Ulusal-cekirdek-egitimi-programlari/mezuniyet-onesi-tip-egitimi-cekirdek-egitimi-programi.pdf.

⁶³ Murt/Öztürk, “Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın, Tıp Eğitim Müfredatlarındaki Yeri”, s. 22.

⁶⁴ Ülkemizde bu konudaki hukuki altyapı ilk kez 1991 yılında yayımlanan Akupunktur Tedavi Yönetmeliği ile oluşmaya başlamış ve 2012 yılında gelindiğinde Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü organizasyonunda Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Daire Başkanlığının kurulması ile idari teşkilat bünyesinde düzenleyici işlemlere tabi hale gelmiştir. Bunu 2014 yılında yayımlanan Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği izlemiş ve nihayet 2018 yılında yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü ne geleneksel tıp faaliyetleri açısından düzenleme hazırlama ve denetleme yapma görevi verilmiştir. Bkz. **Akupunktur Tedavi Yönetmeliği**. (Resmî Gazete: 29/05/1991 – Sayı: 20885); **Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği**. (Resmî Gazete: 27/10/2014 – Sayı: 29158); **Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**. Kararname No. 1, (Resmî Gazete: 10/07/2018 – Sayı: 30474).

midir? Kanımızca bu soruya kural olarak olumlu cevap vermek gerekir. Zira başta Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Yönetmeliği olmak üzere sağlık hukukuna dair mevzuatımızın çeşitli yerlerinde geleneksel tıp faaliyetlerine atıflar yapılarak hukuk düzenimizin bu tür müdahalelerin tıbbi niteliği haiz olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Nitekim adı geçen yönetmelik uyarınca hekimler, diş hekimleri ve eczacılar gibi meslek sahiplerinin mezuniyet sonrası üniversiteler bünyesinde katılıp sertifika alabilecekleri geleneksel tıbbi müdahale eğitimleri bulunmakta; bu sertifikayı kazanan kimseler ise eğitimi aldıkları fitoterapi veya akupunktur gibi geleneksel tıbbi müdahale çeşitlerini icra etme yetkisini elde etmektedir⁶⁵.

C. Tıbbi Müdahalelerin Sınıflandırılması

Sağlık hizmetlerinin sınıflandırılması noktasında mevzuatımızda mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak tıbbi müdahalelerin *koruyucu*, *tedavi edici* ve *esenlendirici (rehabilitate edici)* olmak üzere üç ana başlık altında incelenebileceği görülmektedir⁶⁶. Öğretide bu doğrultuda yapılan bir ayrıma göre koruyucu nitelikteki tıbbi müdahalelere aile planlaması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve bağışıklama faaliyetleri örnek olarak gösterilirken tedavi edici tıbbi müdahaleler hâlihazırda hasta olan kimselerin iyileştirilmesi faaliyetleri ile çerçevelendirilmekte ve esenlendirici tıbbi müdahaleler, hastalığın gündelik yaşama olan olumsuz etkisinin en aza indirilmesi veya önlenmesi faaliyetlerine işaret edecek şekilde sınırlandırılmaktadır⁶⁷. Fakat bu sınıflandırmadan hareket edildiğinde sünnet veya estetik operasyonlar gibi tıbbi müdahalelerin hangi kategori altında inceleneceği sorunu ile karşılaşilmektedir.

Öğretide, tıbbi müdahalelerin *yürüten kişi itibarıyla* ve *nitelik itibarıyla* ikiye ayrılarak incelendiği çalışmalar bulunduğu da dikkat çekmektedir⁶⁸. Buna göre tıbbi müdahaleler yürüten kişi itibarıyla, 1219 sayılı Kanun ve Sağlık Meslek Mensupları

⁶⁵ “Bu kapsamda 14 farklı alanda eğitim tanımlanmıştır. Bu alanlar; Fitoterapi (Bitkilerle Tedavi), Akupunktur, Kupa Terapi, Sülük Tedavisi, Hipnoz, Ozon Terapi, Mezoterapi, Apiterapi, Proloterapi, Osteopati, Refleksoloji, Homeopati, Larva Uygulaması, Müzik Terapi.” Bkz. Ahmet Yaser Müslümanoğlu/Kanat Tayfun, “Türkiye Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Merkezleri”, **Journal of Biotechnology and Strategic Health Research**, C. III, No: 1, 2019, s. 1-12.

⁶⁶ **Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Genelgesi**. Genelge No: 2019/10, Tarih: 31/05/2019, Sayı: 54567092/045.

⁶⁷ Mehmet Öget, “Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin Tam Yargı Davalarında Zamanaşımı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2018, s. 7.

⁶⁸ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 137-153.

ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik kapsamında hukuken yetkilendirilen meslek gruplarından hangisi tarafından icra edildiğine bağlı olarak ayrı ayrı gruplandırılabilir. Adı geçen yönetmelik çerçevesinde sağlık hizmeti ile görevlendirilmiş kimseler, *sağlık meslek mensupları* ve *sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları* olmak üzere iki kategoriye ayrılmış durumdadır⁶⁹. Bu ayrımın çalışmamız bakımından pratik bir önemi bulunmamaktadır; zira eldeki çalışma zaten tıbbi müdahalenin hekimlerce yürütüldüğü hallere hasredilmiştir.

69 Yönetmeliğe göre sağlık mesleği mensupları tabip ve uzman tabip, diş tabibi ve uzman diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire, klinik psikolog, fizyoterapist, fizyoterapi teknikeri, odyolog, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknikeri, anestezi teknikeri ile teknisyeni, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknikeri ile teknisyeni, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknikeri ile teknisyeni, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri, ergoterapist, ergoterapi teknikeri, elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknikeri, acil tıp teknisyeni, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı ve sağlık bakım teknisyeni olarak kabul edilmiştir. Öte yandan aynı yönetmeliğe göre sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı ile sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi ile tıbbi teknolog, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknikeri ile teknisyeni, yaşlı bakım teknikeri ile evde hasta bakım teknikeri, tıbbi sekreter, biyomedikal cihaz teknikeri, biyomedikal mühendisi ve gerontolog olarak kabul edilmiştir. Bkz. **Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik**. (Resmî Gazete: 22/05/2014 – Sayı: 29007).

sınıflandırmak açısından yeterli olmamaktadır; zira metafizik göndermeler içeren *iyilik* kavramı her olayda objektif bir kıstas olma rolünü üstlenemeyebilir. Söz gelimi, her ne kadar rahim tahliyesi veya iğdiş etme gibi tıbbi müdahalelerin iyileştirici olmadığı ifade edilmekteyse de iyilik mefhumu *geniş* anlamıyla düşünüldüğünde, bu gibi tıbbi müdahalelerin psikolojik ve sosyolojik açıdan kişiyi iyileştirici nitelikte olduğu pekâlâ savunulabilir. Bir diğer açıdan, geleneksel tıbbın tanımında isabetli şekilde vurgulandığı üzere, uygulanan tıbbi faaliyetler noktasında farklı toplumların “iyi”, “hasta” ve “sağlık” gibi mefhumlara değişik anlamlar yüklediği görülmektedir. Dolayısıyla, tıbbi müdahalelerin tartışmalı veya en azından tam olarak tanımlanamamış bir kavram ışığında sınıflandırılmasının da yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Nitelik itibarıyla sınıflandırılma açısından ileri sürülen bir diğer düşünceye göre tıbbi müdahaleler, *tıbbi endikasyona* tabi olup olmamalarına göre sınıflandırılmalıdır⁷³. Tıbbi endikasyon “*hangi müdahalenin hastanın üstün menfaatine olduğu hususunda hekimin profesyonel açıdan verdiği hüküm*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Buna göre, somut olayda tıbbi endikasyona uygunluktan bahsedebilmek için müdahale ile amaçlanan neticeye ulaşmak açısından gerçekçi bir ihtimal bulunması (*müdahalenin etkililiği*) ve müdahalenin hastaya getireceği menfaat ile külfet arasındaki kıyaslamada dengenin hasta menfaati yönünde olması (*olumlu menfaat/külfet oranı*) gerekmektedir⁷⁵. Fakat kanımızca tıbbi endikasyona aykırılık, tıbbi müdahalelerin sınıflandırılması başlığında değil, tıbbi gerekliliklere aykırı

Sociological Review, C. XX, No: 4, 1972, s. 487-504; Peter Conrad, “Medicalization and Social Control”, **Annual Review of Sociology**, C. XVIII, No: 1, 1992, s. 209-232; John Martyn Chamberlain, **The Sociology of Medical Regulation: An Introduction**, New York, Springer, 2013, s. 29-43. Konu hakkındaki düşüncelerimi sabırla dinleyen, verdiği fikirler ve yaptığı önerilerle bu konu üzerinde düşünmemi sağlayan, her daim düşüncelerine başvurduğum yol arkadaşım Merve’ye bu vesileyle teşekkür ederim.

⁷³ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 151.

⁷⁴ “*Medical indication is defined as the physician’s professional judgment about which treatments are in the best interests of the patient.*” Bkz. Julia Desiree Lotz et al., “Medical Indication Regarding Life-Sustaining Treatment for Children: Focus Groups with Clinicians”, **Palliative Medicine**, C. XXX, No: 10, 2016, s. 961. Bununla beraber, öğretilerde endikasyon kavramının “*hastada belirli bir tedavi veya girişim yapılmasını gerektiren durum*” veya “*tıbbi gereklilik*” gibi tanımlarının da yapıldığı görülmektedir. Bkz. Gizem Gözübüyük, “Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ ve Doku Naklinin Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 25; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 530.

⁷⁵ Lotz, “Medical Indication Regarding Life-Sustaining Treatment for Children: Focus Groups with Clinicians”, s. 961.

şekilde icra veya ihmal edilen tıbbi müdahaleler başlığında irdelenmesi gereken bir problemidir.

Tıbbi müdahalelerin hastalar bakımından meydana getirdiği zararların daha isabetli şekilde idrak edilmesi için, bu müdahalelerin muhatapların bünyesindeki fiziki etkilerine göre sınıflandırılması yardımcı rol oynayabilir. Dolayısıyla, tıbbi müdahalelerin gerçekleştirilme şekline göre analiz edilmesi suretiyle yapılacak sınıflandırmanın, çalışmamız açısından en isabetli yöntem olduğu ifade edilebilir. Öğretide bu şekilde yapılan bir ayırmda tıbbi müdahalelerin girişimsel (*invasive*) ve girişimsel olmayan (*non-invasive*) olmak üzere iki alt başlıkta incelendiği görülmektedir⁷⁶. Dünya çapında her yıl yaklaşık iki yüz otuz milyon kadar girişimsel tıbbi müdahale yapıldığı aktarılmakla beraber tıp literatüründe bu kavramın tanımlanması konusunda bir fikir birliği yoktur⁷⁷. Bu çalışmada girişimsel tıbbi müdahale şeklinde ifadesini bulan olgulara “*ameliyat*” ya da “*invaziv prosedür*” gibi isimlerin verilebildiği görülürken bazılarında ise “*vücut anatomisini gözle görülür şekilde değiştirmek*”, “*vücutta kesi oluşturmak*”, “*steril ortamlarda gerçekleştirilmek*” veya “*anestezi kullanarak gerçekleştirilmek*” gibi kriterlere göre hareket edildiği görülmektedir⁷⁸. Bu bağlamda bir düşünceye göre “*zorlayıcı olma ve deri bütünlüğünü bozma*”⁷⁹ kriterini sağlayan müdahaleler girişimsel nitelikte iken, bedensel veya fiziki zorlama hududuna yaklaşmayan reçete yazma, anamnez alma veya psikolojik terapi verme gibi tıbbi müdahaleler ise girişimsel olmayan nitelikteki tıbbi müdahalelerdir⁸⁰.

Öğretide, 2000’li yıllardan sonra yayımlanan dört bine yakın tıbbi makale üzerinde yapılan analizler sonucu önerilmiş bir başka tanıma göre girişimsel müdahaleler; vücuda kesi yapılması (*incision*), vücutun delinmesi (*percutaneous puncture*) ve ponksiyon iğnesi kullanılan veya vücutun doğal açıklıklarından

⁷⁶ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 148.

⁷⁷ Sian Cousins/Natalie S. Blencowe/Jane M. Blazeby, “What is an Invasive Procedure? A Definition to Inform Study Design, Evidence Synthesis and Research Tracking”, **British Medical Journal Open**, C. IX, No: 7, 2019, s. 1.

⁷⁸ Jonathan A. Cook, “The Challenges Faced in The Design, Conduct and Analysis of Surgical Randomised Controlled Trials”, **Trials Journal**, C. X, No: 9, s. 1-9; Natalie S. Blencowe *et al.*, “Systematic Review of Intervention Design and Delivery in Pragmatic and Explanatory Surgical Randomized Clinical Trials”, **British Journal of Surgery**, C. CII, No: 9, 2015, s. 1037-1047.

⁷⁹ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 148, dn. 497.

⁸⁰ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 148-150.

gerçekleştirilen müdahalelerde endoskop, kateter, neşter ve makas gibi aletlerin kullanılması ile vücuda nüfuz edilmesi hallerini kapsamaktadır⁸¹. Aynı çalışmaya göre, eğer bir tıbbi müdahale, vücudun içini veya belli bir anatomik bölgesini hedefleyen bir ilaç uygulaması ise bu uygulamanın özel bir hüner gerektirdiği kabul edilir ve eğer söz konusu uygulama vücuda kesi yapmayı, vücudu delmeyi ya da bir alet kullanımını gerektirirse, bu müdahalelerin de girişimsel nitelikte olduğu kabul edilir⁸². Dolayısıyla bu tanıma göre vücut anatomisinin değiştirilmediği ve hatta vücuda kesi bile yapılmadığı laparoskopi, artroskopi, endoskopi veya kardiyak kateterizasyon gibi işlemlerin hepsi girişimsel tıbbi müdahale kategorisi içinde yer almaktadır. Bu sınıflandırmanın çalışmamız açısından önemi, özellikle tıbbi endikasyonun bulunmadığı hallerde veya tıbbi gerekliliklere aykırı olarak “fazladan” yapılan girişimsel tıbbi müdahaleler açısından önemli olacaktır. Gerçekten de hukuka uygunluk koşullarının sağlanmadığı varsayımında, gereksiz yere kolonoskopi uygulanması (girişimsel) ile gereksiz yere ağrı kesici reçete edilmesi (girişimsel olmayan) şeklindeki fiillerin haksızlık içeriğinin birbirinden oldukça farklı olduğu savunulabilecektir. Bu husus hakkında açıklamalara çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilmiştir.

II. TIBBİ MÜDAHALENİN BAŞARISIZ OLDUĞU BAZI HALLER

Tıpkı insanlarca yürütülen diğer tüm faaliyetlerde olduğu gibi, tıp alanında da mükemmellik veya mutlak kusursuzluk kavramları ancak hoş ideallere karşılık gelmektedir. Nitekim her tıbbi müdahalenin olması gerektiği şekilde icra edilmesi arzu edilir bir ideal olsa da gerçek hayatta -en azından mevcut teknolojik seviye düşünüldüğünde, bu ideale ulaşmak mümkün görünmemektedir⁸³.

Tıbbın en önemli amacının insan sağlığının korunması ya da geri kazanılması olduğu kabul edildiğinde, gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye rağmen sağlığın geri

⁸¹ Cousins/Blencowe/Blazeby, “What is an Invasive Procedure?”, s. 2.

⁸² A.y.

⁸³ Carlo Fonseka, “To Err was Fatal”, **British Medical Journal**, C. CCCXIII, No: 7072, 1996, s. 1640-1642.

kazanılamaması veya bozulması durumlarında tıbbi müdahalenin başarısız olduğundan bahsedilmesi gerekir. Bu noktada karşılaşılan ilk terim, hekim müdahalesinin herhangi bir tür zarara sebebiyet verdiği tüm durumları ifade eden bir şemsiye kavram olan *iyatrojenez* olmaktadır⁸⁴. Tıp hukuku yazınında en sık telaffuz edilen kavramlar arasında olan hatalı tıbbi müdahale ve komplikasyon terimleri de bu kapsamda kalan durumları ifade etmek üzere sıklıkla kullanılmaktadır.

ABD'nin Colorado, Utah ve New York eyaletlerini konu alan ve 1990'lı yıllarda gerçekleştirilen çalışmalara göre bu ülkede her yıl kırk dört bin ilâ doksan sekiz bin civarında ölüm, önlenabilir nitelikteki hatalı tıbbi müdahaleler nedeniyle gerçekleşmektedir⁸⁵. En iyimser tahminlere göre bile bu oran; her yıl trafik kazası, göğüs kanseri ve edinilmiş bağışıklık eksikliği sendromu (*acquired immunodeficiency syndrome-AIDS*) sebebiyle oluşan ölüm vakalarının sayısından fazladır. Daha güncel bir çalışmada ABD'de her yıl iki yüz elli bin civarında kişinin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle vefat ettiği ve bu ölüm nedenlerinin, dolaşım sistemi ile kanser kaynaklı olanlardan sonra en fazla ölüme yol açan üçüncü neden olduğu ifade edilmektedir⁸⁶.

Peşinen vurgulanması gerekir ki tıbbi müdahalelerin başarısızlıkla sonuçlandığı durumlar, hekimin cezai sorumluluğuna yol açmayacak birçok farklı etken dolayısıyla da meydana gelebilmektedir. Dolayısıyla, hatalı tıbbi müdahaleden bahsedildiği durumlarda özel hukuk sorumluluğunun gündeme geldiği bazı durumlarda ceza hukuku sorumluluğundan bahsedilmesinin mümkün olamayacağı hatırdta tutulmalıdır. Bir diğer deyişle, bir vakada hatalı tıbbi müdahale bulunduğu tespitinin somut olayda müdavi hekim sıfatı bulunan kişinin ceza hukuku sorumluluğu olduğu anlamına gelmediğine dikkat edilmelidir.

⁸⁴ John O. Barr/Timothy I. Kauffman, "Iatrogenesis in Older Adults", **A Comprehensive Guide to Geriatric Rehabilitation**, 3. Baskı, Editör: Timothy L. Kauffman/Ron Scott/John O. Barr/Michael L. Moran, Edinburgh, Churchill Livingstone, 2014, s. 418-422; Donald Venes/Clarence Wilbur Taber, **Taber's Cyclopedic Medical Dictionary**, 22. Baskı, Philadelphia, F.A. Davis, 2013. Eski Yunanca kökenli bu kelime, hekim anlamındaki *iatros* (Yun. *ιατρός*) ve kaynak veya köken anlamına gelen *genesis* (Yun. *γένεσις*) kelimelerinden oluşmaktadır. Bkz. Robert Beekes/Lucien van Beek, **Leiden Indo-European Etymological Dictionary Series: Etymological Dictionary of Greek**, C. I, Editor: Alexander Lubotsky, Leiden, Brill, 2010, s. 573.

⁸⁵ Committee on Quality Health Care in America (Institute of Medicine), **To Err is Human: Building a Safer Health System**, Editor: Linda T. Kohn/Janet M. Corrigan/Molla S. Donaldson, Washington DC, National Academy Press, 1999, s. 1.

⁸⁶ Martin A. Makary/Michael Daniel, "Medical Error – the Third Leading Cause of Death in the US", **British Medical Journal**, C. CCCLIII, No: 8056, 2016, s. 1-5.

Öğretide, tıbbi müdahalelerin başarısızlıkla sonuçlandığı durumları adlandırmak ve tanımlamak için pek çok farklı görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu başlık altında, söz konusu kavramlar açıklanmış ve karşılaştırılmıştır.

A. Hatalı Tıbbi Müdahale ve İlgili Kavramlar

Sağlık hizmetinin olması gerektiği gibi sunulmadığı olgular, sağlık mesleği mensupları arasında “malpraktis”⁸⁷, Yargıtay kararlarında “tıbbi hata”⁸⁸, Anayasa Mahkemesi kararlarında “tıbbi ihmâl”⁸⁹ mevzuatın çeşitli yerlerinde “tıbbi kötü uygulama”⁹⁰, Türk Tabipleri Birliği meslek etiği kurallarında “hekimliğin kötü uygulanması”⁹¹ ve öğretilerde ise “tıbbi kusur”⁹² veya “hatalı tıbbi uygulama”⁹³ gibi birçok farklı şekilde adlandırılabilir. Bu terimlerin çoğunun türetilmesinde en önemli kaynak, Dünya Tabipler Birliğinin 1992 yılında yayımladığı bir bildirinin 2’nci maddesi ve bunun alt fıkralarıdır⁹⁴. Söz konusu madde ve fıkraları, “tıbbi kötü uygulama (*medical malpractice*)” ve hekimin hatası olmaksızın meydana gelen “istenmeyen sonuç (*untoward result*)” arasında zorunlu bir ayırım yapılması gerektiğini ilan etmektedir. Buna göre tıbbi kötü uygulama, “hekimin tedavi açısından tıbbi özen ve bakım standardına uymakta başarısız olmasının, beceri eksikliğinin veya

⁸⁷ İngilizce yazında, dünya tarihinde tıbbi malpraktis (*medical malpractice*) kaynaklı açıldığı tespit edilebilen en erken tarihli davanın 1374 yılında görülen *Stratton v. Swanlond* dosyası olduğu aktarılmaktadır. Bkz. Robert I. Field, “The Malpractice Crisis Turns 175: What Lessons Does History Hold for Reform?”, *Drexel Law Review*, C. IV, No: 7, 2011, s. 7-39.

⁸⁸ Adem Sözüer/Melikşah Yasin/Zekeriya Kürşat, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, *Hastane Yönetimi*, Editör: Hasan Sur/Tunçay Palteki, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2013, s. 1021; Yargıtay 12. CD., E. 2016/5746, K. 2018/2988, T. 15/03/2018.

⁸⁹ AYM, *Nail Artuç*, B. 2013/2839, T. 03/04/2014, § 37.

⁹⁰ **Devlet Bakanlığı, Başbakan Yardımcılığı ve Sağlık Bakanlığı Tebliği**. Tebliğ No: 2010/1, (Resmî Gazete: 21/07/2010 – Sayı: 27648); **TBMM Kanun Teklifi (Sefer Aycan)**. “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Teklifi”, Teklif Tarihi: 20/07/2020, Esas No: 2/3052.

⁹¹ Türk Tabipleri Birliği, **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2012.

⁹² Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 281.

⁹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 917. Yazar eserin çeşitli yerlerinde “malpraktis”, “tıbbi hata”, “hata” ve “uygulama hatası” kavramlarını da eş anlamlı şekilde kullanmaktadır; Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 21-103; Nesime Yaycı, “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 29-40; Erdem Özkara, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku ‘Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları’ Sempozyumu**, Editör: Aysun Altunkaş/İpek Sevdâ Söğüt/Hamide Bağçeci, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 111-115.

⁹⁴ World Medical Association, “World medical Association Statement on Medical Malpractice”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.wma.net/policies-post/world-medical-association-statement-on-medical-malpractice>.

somut olayda gerekli tıbbi özen ve bakım açısından ihmalinin bu hastanın uğradığı bir zararın doğrudan doğruya nedeni olması” hallerini kapsarken istenmeyen sonuç terimi ise “tıbbi tedavi sürecinde oluşan zararın öngörülemez nitelikte olmasının yanı sıra ayrıca müdavi hekimin beceri veya bilgi eksikliğinden de kaynaklanmaması” hallerini ifade etmekte ve bu durumda hekimin herhangi bir sorumluluk altına girmemesi gerekmektedir⁹⁵.

Dünya Tabipler Birliği tarafından 1992 yılında yayımlanan bu bildiri, 2005 yılında yayımlanan ve 2015 yılında da içerik olarak tekrarlanan bir başka bildiri ile geri çekilmiş ve bu konuda yeni bir tanım getirilmiştir⁹⁶. Önceki bildiride tıbbi kötü uygulama olarak adlandırılan olgu, bu bildiri ile “tıbbi ihmal (*medical negligence*)” şeklinde isimlendirilmiş ve tıbbi ihmal nedeniyle oluşan zarar ile hekim hatası olmaksızın oluşmuş *istenmeyen sonuç* arasında ayırım yapılması gerektiği belirtilmiştir. Böylece önceki bildiride zarar unsurunu da içinde barındıracak şekilde ortaya konan tıbbi kötü uygulama tanımı sonraki bildiride terk edilerek tıbbi ihmal kavramı tercih edilmiş ve *tıbbi ihmal nedeniyle oluşan zarara* ilişkin bir tanım ortaya çıkarılmıştır.

Türk sağlık hukuku mevzuatına baktığımızda ise Dünya Tabipler Birliğinin 1992 yılında yaptığı ve kanımızca Türkçeye eksik çevrilen tanımının⁹⁷, Hasta Hakları Yönetmeliğine aynen aktarıldığını görmekteyiz. Bu çeviri ile hekimliğin kötü

⁹⁵ “*Medical malpractice involves the physician’s failure to conform to the standard of care for treatment of the patient’s condition, or a lack of skill, or negligence in providing care to the patient, which is the direct cause of an injury to the patient. An injury occurring in the course of medical treatment which could not be foreseen and was not the result of any lack of skill or knowledge on the part of the treating physician is an untoward result, for which the physician should not bear any liability.*” A.y.

⁹⁶ World Medical Association, “WMA Statement on Medical Liability Reform”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-medical-liability-reform>.

⁹⁷ Bkz. Türk Tabipleri Birliği, “Dünya Tabipler Birliği "Mal practice" Bildirisi”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ttb.org.tr/TD/TD59/597.html>. Metinde *medical malpractice* ifadesi Türkçeye “tıbbi yanlış uygulama” olarak çevrilmiş ve “*doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmıştır. Buna karşın, Türkçe çevirinin aksine, orijinal tanımda *medical malpractice* ifadesinin bir tür “zarar” olduğu ifade edilmemektedir. Bir diğer deyişle, İngilizce metindeki tanımın vurgusu ortaya bir zarar çıkarılması değil; zarara yol açan hususun hekimin tıbbi gerekliliklere aykırı davranışlarıdır. Dolayısıyla, bize göre bildirinin söz konusu maddesinin “*hekimin tedavi açısından tıbbi özen ve bakım standardına uymakta başarısız olmasının, beceri eksikliğinin veya somut olayda gerekli tıbbi özen ve bakım açısından ihmalinin bu hastanın uğradığı bir zararın doğrudan doğruya nedeni olması*” şeklinde çevrilmesi daha isabetlidir.

uygulanması kavramı Hasta Hakları Yönetmeliğinde “bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁸. Keza, 2020 yılında bu konuya ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan bir kanun teklifinde de söz konusu kavram *tıbbi kötü uygulama* olarak adlandırılmış ve “sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum”⁹⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

Öğretide ise *malpractice* teriminin Türkçeye uygulama hatası olarak çevrildiği ve “tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi”¹⁰⁰ olarak tanımlandığı görülmektedir. Söz konusu düşüncüyü benimsememiş bir yazar ise ikili ayırım yaparak “tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı biçimde yapılan uygulamaları” tıbbi malpraktis olarak adlandırmakta; hekimin “tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı ve sağlığına zarar vermesi” durumunda ise tıbbi hata/kusur meydana geldiğini belirtmektedir¹⁰¹. Öte yandan tıbbi literatürde tıbbi uygulama hatalarının “hata” ve “talihsiz olay” olmak üzere iki başlıkta incelendiği; hata başlığının altında incelenen olayların “hastaya zarar verebilen ya da vermeyen sapmaları” kapsadığı aktarılmaktadır¹⁰².

Tıbbi gerekliliklere aykırı müdahalelere işaret eden bu ifadelerde ve bunların tanımlarında yer verilen *kusur* veya *ihmal* gibi kelimeler, söz konusu terimlerin ceza hukuku dogmatikinde ifade ettiği anlamlarından farklı şekilde kullanılmaktadır. Keza bu terimlerin bazıları, sanki varlığı ispatlandığı takdirde doğrudan doğruya hekimin hukuki/cezai sorumluluğunu gündeme getiren sorumluluk kaynaklarıymışçasına

⁹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13.

⁹⁹ TBMM Kanun Teklifi. İlk İmza: Sefer Aycan, Teklif Tarihi: 20/07/2020, Esas No: 2/3052. Söz konusu tanımda yer alan kasıt, kusur ve ihmal gibi kavramlar; ceza hukuku ve özel hukuk bakımından farklı anlamlar taşıdığından bu tanımın eleştiriye açık olduğu ifade edilebilir.

¹⁰⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 941.

¹⁰¹ Gökcan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, s. 281-282.

¹⁰² Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, s. 34.

kullanılmaktadır¹⁰³. Fakat *common law* sistemini benimsemiş memleketlerin hukukunda var olan *criminal medical negligence* adındaki suçun veya *medical negligence* adı ile meşhur haksız fiil sorumluluğunun aksine, Türk kanun koyucusu yukarıda örnekleri verilmiş kavramların hiçbirisini ne cezai ne de hukuki bir sorumluluk kaynağı olarak düzenlemiştir. Keza kusur ve ihmal terimleri de ceza hukuku dogmatikğine ait özellikli terimlerdir ve tıbbi müdahalenin başarısızlıkla sonuçlandığı durumların ceza hukuku bağlamında adlandırılması noktasında kullanılmalarında terminolojik açıdan isabet yoktur.

Tıbbi müdahaleler, mekanik hata, teknik hata veya sistem hatası gibi farklı başlıklar altında sınıflandırılabilir pek çok istenmeyen durum nedeniyle ortaya çıkabilmektedir¹⁰⁴. Bu noktada hatırd tutulması gereken önemli kaynaklardan birisi, Sağlık Bakanlığının 2005 yılında yayımladığı hizmet kusuru konulu genelgedir¹⁰⁵. Türkiye’deki tüm sağlık kurum ve kuruluşlarına hitaben yazılan bu genelgede, idare aleyhinde açılan davalar sonucunda yüklü miktarda tazminat ödenmek zorunda kalındığı belirtilmekte ve buna sebebiyet veren hususlar sıralanarak dikkatli olunması istenmektedir. Bu hususlar, “yanlış teşhis ve tedavi; ameliyat öncesi ve sonrası gelişen komplikasyonlar; doğum esnasında ve sonrasında gelişen komplikasyonlar; hastane idaresinden kaynaklanan problemler; hatalı enjeksiyon; hatalı laboratuvar tetkikleri; poliklinik ve sevk işlemlerinde yanlış yönlendirmeler; acil servis hizmetlerinin yetersizliği” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Tıbbi müdahalenin başarısızlıkla neticelendiği her bir durum, hekimin kontrolü altında gerçekleşmez. Dolayısıyla bir olgunun salt hatalı tıbbi müdahale olduğunun kabulü de bu olayla ilişkili hekimin cezai sorumluluğu bulunduğu sonucuna ulaşılması için yeterli olmaz. Zira ceza hukuku bakımından önemli olan tek husus fiil ile zarara yol açılması değil, ceza normunda tarif edilen tipik haksızlığın tüm unsurlarının gerçekleşmesi ve failin bu açıdan kınanabilir olmasıdır. Hülâsa, hatalı tıbbi müdahale

¹⁰³ Mustafa Arıkan *et al.*, “Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Türk Nöroşirürji Dergisi**, C. XXVI, No: 1, 2016, s. 40-48.

¹⁰⁴ Arıkan, “Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s. 28-33.

¹⁰⁵ **Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Genelgesi**. Genelge No: 2005/06, Tarih: 18/01/2005, Sayı: B100THG0100013.

kavramının ceza hukuku bakımından tek başına anlamlı olmadığı, bu kavramın ancak kanunda düzenlenen suç unsurlarının oluşumuna sebebiyet verdiği ölçüde ehemmiyet arz ettiği ifade edilebilir. Dolayısıyla, hekimlerin tıbbi gerekliliklere aykırı olarak icra ettiği tıbbi müdahalelerin *suç teşkil ettiği durumlar* ile hatalı tıbbi müdahale teriminin anlamının farklılık arz ettiği ifade edilmelidir. Kanımızca bu açıdan *taksirli tıbbi müdahale* ifadesinin tercih edilmesinde daha fazla isabet bulunmaktadır. Fakat bu çalışma kapsamında, uygulamada yerleşik olarak kullanılagelmesi nedeniyle hekimlerin tıbbi kuralların ve standartların öngördüğü usul ve esaslara (*lex artis*) aykırı olarak gerçekleştirdiği müdahaleler hatalı tıbbi müdahale adı ile anılmıştır.

Hekimlerin uymakla yükümlü olduğu tıbbi kurallar ve standartlar nasıl belirlenecektir? Bu sorunun cevabı, sağlık hukuku mevzuatındaki normları ve tıp mesleğini icra ile yetkilendirilmiş kişilerin, bu alandaki sivil toplum kuruluşlarının veya Sağlık Bakanlığının tespit edeceği kuralları, protokolleri ve meslek standartlarını ilgilendirmektedir. Detaylı açıklamalar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yapılmış olmakla beraber tıbbi kuralların ve standartların belirlenmesi aşamasında başvurulabilecek birçok hukuki düzenlemenin bulunduğu ifade edilebilir¹⁰⁶. O halde, örneğin, tıbbi kurallara ve standartlara göre somut olaydaki müdahaleye girişilmeden evvel belli başlı tedbirlerin alınması icap etmesine rağmen bunların alınmaması olasılığında, ihmali veya icrai nitelikte taksirli tıbbi müdahaleden veya öğretilde yerleşik kullanımıyla, hatalı tıbbi müdahaleden söz edilmesi mümkün olabilecektir. Öte yandan, bir tıbbi müdahale taksirle icra edilmiş olmasına rağmen zarara sebebiyet vermemiş de olabilir. Dolayısıyla, en azından neticeli suçlar açısından düşünüldüğünde, hastanın hiçbir zarar görmediği bu gibi durumlarda hekimin hatalı tıbbi müdahalesinden ötürü bir cezai sorumluluğunun doğmayacağı ifade edilebilir. Fakat hekimin ceza sorumluluğunun gündeme gelmemiş olması, ortada kabul ettiğimiz anlamıyla bir hatalı tıbbi müdahale olduğu gerçeğini de değiştirmeyecektir.

Tıbbi müdahalenin öncesi, esnası veya sonrası açısından *lex artis* kıstasına göre nasıl bir değerlendirme yapılacağı sorusuna cevap bulmak için şu varsayımdan hareket

¹⁰⁶ Açıklamalar için *aşağıda* üçüncü bölümün II numaralı başlığının B alt başlığının 1 numaralı alt başlığına bkz.

edilebilir¹⁰⁷: Hekim, kendisine gelen hastayı öncelikle hastanın verdiği bilgiler ve gösterdiği belirtiler (*sempptom-symptom*) ışığında muayene eder ve bu esnada hastasının tıbbi açıdan önemli bilgilerini (*anamnez-anamnesis*) öğrenmeye başlar. Bu süreçte, *sempptom* ve *anamnez* gibi faktörlerin ışığında somut olguda tıbben ne yapılması gerektiği (*endikasyon-indication*) hususunda alınacak karara bağlı olarak laboratuvar testi veya görüntüleme tetkiki teşhise dönük işlemler talep edilebileceği gibi tedavi amacına dönük bir müdahale yapılmasına da karar verilebilir. Yapılacak her bir tıbbi müdahaleden evvel, hastanın mevcut durum hakkında bilgilendirilmesi ve bu kapsamda rızasının alınması icap eder. Tıbbi açıdan anlam ifade eden objektif veriler (*bulgu-sign*) işaret ediyorsa, bir hastalık açısından tanı (*teşhis-diagnosis*) konulur. Tanısı konan hastalığın iki ilâ dört hafta sonrasında iyileşeceği düşünülüyorsa akut, üç ilâ altı ay arasında devam edeceği ön görülüyorsa subakut, yaşam boyu devam edeceği tahmin ediliyorsa kronik nitelikte olduğu kabul edilir. Bu kapsamda tanısı konabilecek hastalıklar arasında nedeni bilinmeyen hastalıklar (*idyopatik-idiopathic*) olabileceği gibi sebepleri bilinen hastalıklar da bulunabilir. İkinci ihtimal açısından tedavi planlanabilmesi için tıbbi bilgilere göre hastalığı meydana getiren nedenler (*etioloji-etiology*) veya hastalığın oluşmasına zemin oluşturan faktörler (*predispozan-predisposing*) tespit edilir.

Yukarıda basitleştirilerek tarif edilmeye çalışıldığı üzere hasta-hekim ilişkisinin başlamasından sonlandığı ana dek tıbbi açıdan yapılması gereken pek çok işlem ve uyulması gereken çokça prosedür vardır. İşte bu aşamaların her birisi bakımından takip edilmesi gereken prosedürler, tıp mesleğinin kendine özgü kurallarını ve standartlarını ifade etmektedir. Dikkat edilmelidir ki hekimle muhatap olunmadan evvelki aşamalarda dahi sağlık hizmetleri açısından takip edilmesi icap eden hususlar vardır. Bu açıdan bir örnek olarak Sağlık Bakanlığınca yayımlanan bir tebliğde, sağlık hizmeti sunucularının acil servislerine başvuran kimseler bakımından aciliyetin derecesinin belirlenmesi (*triyaaj*) işleminin düzenlendiği görülmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Bu paragrafta özetlenen süreci tarafıma izah eden kıymetli dostlarım Dr. Hamza Emre ARİSLİ'ye ve Dr. Ali Emre ÖGE'ye en içten şükranlarımı sunarım.

¹⁰⁸ Sağlık Bakanlığı, Yataklı Sağlık Tesislerinde Acil Servis Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ. (Resmî Gazete: 16/10/2009 – Sayı: 27378).

Son kertede, tıbbi kurallara ve standartlara aykırı şekilde icra edilen müdahalelerin hatalı tıbbi müdahale olarak anılması mümkündür. Hatalı tıbbi müdahalelerin en sık gündeme geldiği durumlar bahsinde ismi ilk zikredilenler arasında cerrahi operasyonlar, anestezi uygulamaları, hasta bünyesinin ilaca verdiği tepkiler ve ameliyat sonrası meydana gelen sorunlar ile kan transfüzyonu ve laboratuvar tahlilleri bulunmaktadır¹⁰⁹. Öğretide, bu gibi işlemlerin olması gerektiği gibi icra edilememesinin önemli sebepleri arasında teknoloji kullanımı veya hastanenin yoğunluğu nedeniyle hekimlerin doğrudan doğruya hastaları ile geçirdiği zamanın azalması ve dolayısıyla taraflar arasında olması gereken iletişimin kurulamaması gibi hususlar gösterilmektedir¹¹⁰.

ABD'deki uygulamanın aksine, ülkemizde hatalı tıbbi müdahalelere ilişkin düzenli veri toplayan bir kurum bulunmamaktadır¹¹¹. Fakat bu noktada faydalanılabilecek ve Sağlık Bakanlığınca tanzim edilen en güncel raporlara göre, sadece 2019 yılında Türkiye'de salt danışmanlık faaliyetleri hariç olmak üzere hekimlere yapılan başvuru sayısı 812.903.622 olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹².

B. Komplikasyon

Komplikasyon, tıbbi yazında “*bir hastalığın devamı esnasında meydana gelen veya bu hastalığın sonucu olarak oluşmuş bir başka hastalık veya durum*” olarak tanımlanmaktadır¹¹³. Bu tanımdan hareketle komplikasyon teriminin tıbbi müdahalenin hasta açısından arzu edilen neticeyi vermediği hallerden birisini ifade

¹⁰⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 946.

¹¹⁰ Sandro Vento/Francesca Cainelli/Alfredo Vallone, “Defensive Medicine: It is Time to Finally Slow Down an Epidemic”, **World Journal of Clinical Cases**, C. VI, No: 11, 2018, s. 1.

¹¹¹ ABD’de 1990 yılından bu yana hatalı tıbbi müdahale sebebiyle gerçekleştirilen sigorta ödemelerinin tamamı merkezi bir veri tabanı kapsamında kaydedilmekte ve listelenmektedir. Bkz. National Practitioner Data Bank (NPDB), “Data Analysis Tool”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.npdb.hrsa.gov/analysistool>. Ülkemizde bu sisteme benzer bir uygulama bulunmamaktaysa da Sağlık Bakanlığının yürüttüğü “Kan Tedarik Sisteminin Güçlendirilmesi Teknik Destek Projesi” kapsamında kan transfüzyonuna ilişkin süreçlerde vuku bulan istenmeyen durumlar hakkında bilgi toplanmaktadır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı, **Ulusal Hemovijilans Rehberi**, Editör: Nilgar Ertuğrul Özüç/İdil Yenicesu/Abdullah Öztürk/Ülkü Kodaloğlu Temur, 2. Sürüm, Ankara, y.y., 2020.

¹¹² Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı, **Sağlık İstatistikleri Yıllığı 2019 Haber Bülteni**, No: 8, 2020, s. 5.

¹¹³ “A disease or condition arising during the course of or as a consequence of another disease.” Bkz. Jonathan Law/Elizabeth Martin, **Oxford Concise Medical Dictionary**, 10. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2020, s. 203.

ettiğini söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere, komplikasyonun tıbbi perspektiften yapılan bu tanımının içinde tıbbi müdahale veya bu müdahaleyi gerçekleştiren hekime veya hukuki sorumluluğa ilişkin bir unsur bulunmamaktadır. Fakat tıp hukukuna ilişkin yazın incelendiğinde, komplikasyon teriminin adeta hatalı tıbbi müdahale ifadesinin zıddıymışçasına kabul gördüğüne ve sanki hekime sorumluluk izafe edilemeyecek halleri ifade edermiş gibi kavramsallaştırıldığına şahit olunmaktadır.

Bir görüş, komplikasyonun tanımını “*tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar*”¹¹⁴ şeklinde yapmakta ve bu durumlarda kaza veya tesadüfün bulunması nedeniyle hekim açısından ceza hukuku anlamında bir sorumluluğun oluşmayacağını belirtmektedir¹¹⁵. Bir diğer görüş ise komplikasyon terimini “*tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen, ancak kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle göze alınan (veya bu nedenle izin verilen) riskler*”¹¹⁶ şeklinde tarif etmekte ve hukuki açıdan bu terimin “*tıbbi girişimde hekim kusuruyla oluşmayan zararlı neticeleri anlatmak amacıyla*”¹¹⁷ kullanıldığını ifade etmektedir. Tıbbi yazında rastlanan bir başka düşünceye göre ise “*tıbbi müdahale sonrasında eğer sonuç öngörülemezse ya da öngörülse de engellenemiyorsa*” tıbbi açıdan komplikasyondan hukuki anlamda ise izin verilen riskten söz edilmesi gerekmektedir¹¹⁸.

Yargıtay ise 2014 yılında verdiği bir kararında komplikasyon kavramını şu şekilde tanımlanmıştır¹¹⁹:

“Türk Dil Kurumunun Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğünde; "Bir hastalığın devamı sırasında oluşan başka patolojik olaylar veya hastalıklar, ardıl sorun, karmaşıklık" şeklinde tanımlanan komplikasyon, doktorun müdahale sırasında

¹¹⁴ Pervin Somer, “Komplikasyon Yönetimi”, **Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Editör: Sunay Akyıldız/Hakan Hakeri/Faik Çelik/Pervin Somer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 105-126.

¹¹⁵ Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, C. V, No: 1, 2014, s. 24.

¹¹⁶ Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 78 ve 328.

¹¹⁷ Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 327.

¹¹⁸ Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 29.

¹¹⁹ Yargıtay CGK., E. 2014/12-103, K. 2014/552, T. 09/12/2014; Yargıtay 12. CD., E. 2019/1078, K. 2020/147, T. 07/01/2020.

bilgi, beceri ve deneyim eksikliği olmaksızın standart uygulamayı, doğru teşhis ve tedaviyi özenli bir şekilde gerçekleştirmesine rağmen öngörülemeyecek ve engellenemeyecek şekilde ortaya çıkan, hekimliğin kötü uygulanmasından kaynaklanmayan zarar doğurucu durumları ifade etmektedir. Tıbbın kural ve gereklerine uygun davranıldığı halde hastanın veya doktorun elinde olmadan gelişen öngörülememiş ve engellenememiş zarar veya sonuç söz konusu ise komplikasyondan bahsedilir.”

Komplikasyon ve hatalı tıbbi müdahale ifadelerinin birbirlerinin zıt anlamlısı olarak kavramsallaştırılmasının terim karmaşasına yol açtığı savunulmasında herhangi bir beis yoktur. Kanımızca komplikasyon kavramı bir tıbbi terim olarak ve tıbbi anlamı ile anlaşılmalı; tıbbi müdahalenin *lex artis* kıstasına uygun olup olmadığı değerlendirmesi ise komplikasyon kavramından bağımsız olarak yapılmalıdır. Nitekim uygulamada hatalı tıbbi müdahale iddiası ile açılan davalarda başvuru bilirkişiler, çoğu olayda, hukuk eğitimi almış kişiler değil, hekimler olmaktadır. Bu davalarda alınan bilirkişi raporlarının özellikle taksir sorumluluğunun ve objektif isnadiyetin tespit edilmesinde oynadığı önemli rol ve bu raporları hazırlayan kimselerin hukuk eğitimi almamış kişiler olduğu düşünüldüğünde, esasen tıbbi bir terim olan komplikasyon terimine hukuki bir anlam izafe etmenin yanlış olduğunu söylemek pek de isabetsiz değildir.

Komplikasyonun tıbbi yazında kabul edilen anlamından hareket edildiğinde, bir olayda hem tıbbi kurallara ve standartlara aykırılığın hem de komplikasyonun bir arada bulunabileceği ifade edilebilir¹²⁰. Örneğin, tıbbi müdahale kapsamında gündeme gelebilecek komplikasyonları riskleri hakkında muhatabın aydınlatılmamış olması, bu kapsamda tıbbi kuralların ve standartların alınmasını gerektirdiği önlemlerin alınmaması, keza tıbbi müdahalenin icrasını takip eden süreçte bir komplikasyon gelişme riskinin bulunduğu bilinmesine rağmen hastanın bu süreçte izlenmemesi veya yapması gerekenler varsa bunlar hakkında bilgilendirilmemesi, komplikasyon halihazırda zaten meydana gelmişse bu noktadan sonra alınması gereken önlemlerin alınmaması ya da meydana gelen komplikasyon hakkında hastanın

¹²⁰ Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 327. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2018/3113, K. 2020/5389, T. 21/10/2020: “ameliyat sonrası güvenli zon denilen hareket açıklığının tanımlanmaması ve gelişen sıyatik sinir hasarı sonrası steroid uygulanmaması ve iyileşme yönünden fizik tedavi uygulanmaması gibi tedavi eksikliklerinin de bulunduğu, söz konusu durumların komplikasyon yönetiminde eksiklik olarak değerlendirildiği”.

bilgilendirilmemesi gibi hallerde tıbbi anlamıyla komplikasyonun varlığından söz edilmesine rağmen, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hekimin ceza hukuku sorumluluğundan bahsedilme imkanı bulunmaktadır. Söz gelimi, komplikasyonun gerçekleşme riski olduğu noktasında bilgilendirilmemiş hastaya karşı girişilmiş tıbbi müdahale neticesinde bir komplikasyonun vuku bulması halinde, ortada bir komplikasyon olduğu savunmasıyla hekimin cezai sorumluluğunun oluşmayacağı, kural olarak söylenemez. Açıklanan gerekçelerle, Yargıtay'ın *komplikasyonun ancak tıbbi standartlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği* şeklinde kurduğu gerekçeye dayanak teşkil eden düşünceye iştirak edememekteyiz¹²¹. Zira tıbbi anlamıyla komplikasyonun varlığı kabul edilen olaylarda da pekâlâ hekimin hatalı tıbbi müdahalede bulunmuş olması mümkündür.

Bu noktada gündeme gelen bir diğer husus, komplikasyon kavramının ceza hukuku açısından *izin verilen risk* kapsamına girdiği yönündeki görüşleri ilgilendirmektedir. Bir ceza hukuku kavramı olarak izin verilen risk, nitelik ve kapsam açısından oldukça tartışmalı bir terimdir¹²². Bu kapsamda ileri sürülen görüşler bu kurumun bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ya da kusurluluğu veya tipikliği ortadan kaldırdığı gibi çok farklı argümanlar içermektedir¹²³. Komplikasyon kavramı ile izin verilen risk mefhumuna ilişkin açıklamalar esasen çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yapılmış olmakla beraber bu başlık altında değinilmesi icap eden esaslı hususlar bulunmaktadır.

İnsan vücudunun doğal seyrine *dışarıdan* etkide bulunan tıbbi müdahaleler, nitelikleri itibariyle insan bünyesine yönelen *çevresel etkenlerden* birisidir. Öyleyse,

¹²¹ Yargıtay 12. CD., E. 2013/16133, K. 2013/24707, T. 06/11/2013. (Aktaran: Fatih Birtek, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, No: 1, 2015, s. 72, dn. 31). Öğretide hukuk ve tıp fakültesi öğrencileri örnekleminde yapılmış bir anket çalışmasından yola çıkılarak hukuk fakültesi öğrencilerine komplikasyon ve hatalı tıbbi müdahale kavramlarını ayırt etme noktasında yeterli donanımın verilmediği yönünde bir argüman ileri sürüldüğü görülmektedir. Kanaatimizce söz konusu ankette katılımcılara yöneltilen sorular, hatalı tıbbi müdahale ve komplikasyon terimlerinin birbirinin zıt anlamlısı kavramlarıymışçasına tasarlanmaları nedeniyle eleştiriye oldukça açık bir görünüm arz etmektedir. Öte yandan, tıbbi kuralların ve standartların çözümü uzmanlığı gerektiren bir alanı ifade etmesi dolayısıyla tıp mesleği mensubu olmayan kimselerin somut olayda hatalı tıbbi müdahale olup olmadığı hususunda isabetli yorum yapma imkânı da zaten oldukça kısıtlıdır. Bkz. Arıkan, “Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, s. 46.

¹²² Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 16 vd.

¹²³ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 126-161.

hastalık yapıcı (*pathogenic*) bir çevresel etki nedeniyle tıbbi yardıma başvuran hastaya yöneltilen her tıbbi müdahale, aslında hastanın bünyesine yabancı bir başka çevresel etkidir. Tıbbi müdahaleleri hastalık oluşturuvcu çevresel etkenlerden ayıran yegâne husus ise muhatabın bünyesinin müdahaleye vereceği tepkinin hekimlerce büyük oranda tahmin edilebiliyor (*prognosis*) oluşudur¹²⁴. Buna karşın, bilimin bugün geldiği noktada bile havaya üflenlen sigara dumanının nasıl bir şekil alacağını kesin olarak tahmin edilememesi misali¹²⁵, tıbbi müdahalelerin muhatabın bünyesinde bırakacağı etkinin yanılma payı olmaksızın yüzde yüz başarıyla kestirilmesi olanağı, en azından günümüz şartlarında yoktur. Zira zaten oldukça karmaşık hüviyetteki insan organizmasının sağlığı, hekimlerce kontrol edilemeyecek sayıda ve nitelikte pek çok bireysel ve çevresel etkenin varlığına veya yokluğuna da bağlıdır. Öyleyse, hasta bünyesinin belli bir tıbbi müdahaleye karşı vereceği tepki tıbbi açıdan önceden ve yüzde yüz kesinlik içinde bilinmemekte, hekimler bu hususta ancak ve ancak tahmin yürütmektedir. Dikkat buyrulacağı üzere hekimler tıbbi müdahalelerin neticesini mutlak surette *bilmemekle* beraber tıbbi kurallar ve standartlar ışığında ancak *tahmin* edebilmektedir.

Dolayısıyla insan üzerinde gerçekleştirilen her tıbbi müdahale, sadece müdahaleyi icra eden öznenin insan olması nedeniyle dahi sağlık açısından az veya çok risk barındırmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında, uhdesinde az veya çok risk barındırmasına rağmen varlığından da vazgeçilemeyecek tıbbi müdahalelerin, tıbbi kurallar ve standartlar dairesinde gerçekleştirildiği varsayımında, yekûn olarak izin verilen risk sahasında icra edildiği söylenebilir¹²⁶. Keza, faaliyetlerinin tehlikeli olup olmadığı konusunda fikri sorulan çoğu hekimin de katılacağı üzere, hekimler ellerini hastaya değdirdikleri andan itibaren zaten bilinmezliklerle mücadele etmeye

¹²⁴ Mednis, “The Definition of ‘Medical Intervention’ Biomedical Aspects”, s. 1.

¹²⁵ Edward N. Lorenz, “Deterministic Nonperiodic Flow”, **Journal of the Atmospheric Sciences**, C. XX, No: 2, 1963, s. 133 ve 141: “It implies that two states differing by imperceptible amounts may eventually evolve into two considerably different states. If, then, there is any error whatever in observing the present state—and in any real system such errors seem inevitable—an acceptable prediction of an instantaneous state in the distant future may well be impossible. (...) In view of the inevitable inaccuracy and incompleteness of weather observations, precise very-long-range forecasting would seem to be nonexistent.”

¹²⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 918. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 188 vd; Yargıtay CGK., E. 2017/12-271, K. 2017/278, T. 16/05/2017.

başlamakta ve bu kapsamda farklı risklerle baş başa kalmaktadır¹²⁷. Buna karşın, izin verilen risk ile komplikasyon kavramlarının birbirine özdeş terimler olduğunu ileri süren düşüncelerde isabet bulunmamaktadır¹²⁸. Zira hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymadığı olayda vuku bulacak bir komplikasyon, tek başına hekimin cezai sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. Ancak tıbbi kurallara ve standartlara uyularak icra edilen ve gerekli dikkatin ve özenin gösterildiği tıbbi müdahaleler kapsamında meydana gelen zararlı neticeler; neticenin objektif isnat edilebilirliği ve ortada taksirli bir hareketin bulunup bulunmadığı yönündeki değerlendirmelere bağlı olarak hekimin cezai sorumluluğunu doğurmayacaktır. Örneğin, *lex artis* kıstasına göre ve *ex ante* bir bakış açısıyla irdelendiğinde, komplikasyon nedeniyle hastada meydana gelen zararın, gerekli dikkat ve özen gösterildiği takdirde önüne geçilebilir ya da hafifletilebilir nitelikte olduğu gösterilirse hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

III. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUK DÜZENİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

Tıbbi müdahaleler, başta vücut dokunulmazlığı hakkı olmak üzere, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi bakımından birçok tehlike barındırmaktadır. Hekim ile hastası arasında mevcut bilgi asimetrisi ve tıbbi müdahalelerin son derece teknik ve karmaşık hüviyet arz ettiği gerçeği bir arada düşünüldüğünde, tıbbi müdahalelerin temel hak ve özgürlükleri ihlal etme riski barındırdığı olgusu daha da berraklaşmaktadır. Yaşadığı travma sonrası gelişen stres bozukluğunun tedavisi için psikiyatrist hekime başvuran bireyin durumu bu bağlamda örnek olarak düşünülebilir. Psikiyatrist, bu kişiyle gerçekleştireceği terapi görüşmelerinde, muhatabının sağlık hizmetinden yararlanma sürecine hekim sıfatıyla

¹²⁷ Marshall B. Kapp, “Medical Error Versus Malpractice”, *DePaul Journal of Health Care Law*, C. I, No: 4, 1997, s. 751.

¹²⁸ Aynı yönde bkz. Birtok, “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, s. 73; Halide Savaş, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi: Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul, Ege, 2012, s. 272. Bu bakımdan, komplikasyonun bulunduğu durumlarda zararlı neticenin hekime isnat edilemeyeceğini beyan eden görüşe maalesef katılamıyoruz: Bkz. Murat V. Dülger/Merve Bakdur/Onur Özkan, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. XV, No: 44, 2020, s. 757.

dahil olmakta; böylece hastasının hukukten korunan bir menfaatinden yararlanmasına karışarak bu sürece iyileştirici bir özne olarak müdahil olmaktadır.

Meseleye farklı bir perspektiften bakıldığında, tıbbi müdahalelerin *prima facie* kasten yaralama suçunun maddi unsurlarını oluşturduğu gözlemlenmektedir. Gerçekten de kavga esnasında bıçaklanan mağduru tedavi maksadıyla ameliyata alan hekimin yaralı bölge üzerinde neşter kullandığı örnekte, mağduru bıçaklayan failin ve mağduru kurtarmaya çalışan hekimin hareketleri arasında dış görünüş itibariyle tek belirgin fark, bıçak ve neşter arasındaki görünüş farkı olmaktadır. Bu noktada ise hukuk düzeninin hekimin hareketi ile mağduru bıçaklayan failin hareketi arasında nasıl bir ayırım yaptığı ve tıbbi müdahalelerin hukuk düzenindeki yerinin ne olduğu soruları gündeme gelmektedir.

A. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Sonuçları

Özellikle girişimsel tıbbi müdahaleler düşünüldüğünde, hekimlerin mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri davranışlarının birçoğunun hastaların *vücuduna acı verdiği* (örn. vücuda dikiş atmak) veya *algılama yeteneğini bozduğu* (örn. anestezi uygulamak) söylenebilir. TCK'nın 89'uncu maddesinin gerekçesinin göndermesiyle kanunun 86'ncı maddesinin gerekçesine bakıldığında ise söz konusu fiillerin, Türk ceza hukuku anlamında yaralama kavramının kapsamında kaldığı görölmektedir¹²⁹. Dolayısıyla ve ilk bakışta, girişimsel tıbbi müdahalelerin TCK'daki yaralama suçlarının tipiklik şartını vücuda getirdiğinin söylenmesi gerekmektedir. Fakat kavga esnasında birbirlerine zarar vermek *maksadıyla* hareket eden kimselerin fiilleri ile hekimin hastasını iyileştirmek *amaçlı* davranışları birbirlerinden farklı mahiyettedir.

Öğretide, ceza hukuku bakımından ilk bakışta yaralama kavramı dâhilinde kaldığı görölen davranışlar içermesine rağmen tıbbi müdahalelerin neden cezalandırılmadığını açıklamak için birçok görüş ileri sürölmüştür. Söz konusu

¹²⁹ TBMM, Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu. Esas Numarası: 1/593, Sıra Sayısı: 664, Geliş Tarihi: 12/05/2003, Kabul Tarihi: 26/09/2004, s. 490.

görüşlerin iki ana başlık altında sınıflandırıldığı görülmektedir¹³⁰. Bunlardan ilkinde göre tıbbi müdahaleler, hekimin maksadı ne olursa olsun suç normundaki tarifi vücuda getirmekteyken diğer görüşü benimsemiş yazarlara göre ise belli başlı şartları karşılayan tıbbi müdahaleler ceza hukuku bakımından tipe uygun olmamaktadır¹³¹.

1. Bazı Şartlar Altında Tipikliğin Oluşmadığı

Yönündeki Görüşler

Yıllar süren meşakkatli bir eğitim sürecinin sonunda icra edilmeye başlanabilen bir meslek olarak hekimlik, şüphesiz ki farklı açılardan hassasiyet arz eden ve birçok zorluğu beraberinde getiren özel bir hüviyet taşımaktadır. Hekimlerin mesleki faaliyetleri, çoğu zaman, onlardan bağımsız şekilde başlatılmış nedensel süreçlerin sonunda meydana gelme riski olan ölüm veya yaralanma neticelerinin engellenmesi hedefini içermektedir. Dolayısıyla çoğu zaman kişinin hekime başvurduğu anda zaten hâlihazırda bir zararın meydana gelme riski bulunmakta, hekimler ise her şeye rağmen bu riskleri bertaraf ederek muhataplarının menfaatine olacak müdahalelere girişmektedirler. Buradan hareketli öğretilerde bazı yazarlar, hukuk düzeninin bireyler açısından zarar neticelerinin gerçekleşmesini engellemekle bizi görevlendirdiği hekimlerin mesleki davranışları ile muhabata duyduğu öfke nedeniyle ona zarar vermek amaçlı fiillere girişen kişinin davranışlarının aynı surette değerlendirilmemesi gerektiği yönünde düşünceler ileri sürmüştür.

Birtakım yazarlar, hekimlik faaliyetlerinin arz ettiği özellikli durumu dikkate almakta ve tıbbi müdahalelerin belli başlı şartları karşıladıkları takdirde ceza hukuku bakımından yaralama suçunun tipik unsurlarını dahi vücuda getirmediğini savunmaktadırlar¹³². Öğretilerde bu yönde ileri sürülen görüşlerin, bazı kıstaslara göre sınıflandırılarak incelendiği görülmektedir. Buna göre tipikliğin oluşmadığını savunan düşünceler tıbbi müdahalenin *sonucuna*, *amacına* veya müdahale sürecinde *tıp*

¹³⁰ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 28-47; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 105; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 65-108.

¹³¹ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 28-34.

¹³² Alman öğretisindeki ağırlıklı görüşün bu yönde olduğuna dair bkz. Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 105 vd.

mesleğinin gereklerine uyulup uyulmadığına bağlı olarak üç başlık altında değerlendirilebilir¹³³.

a. Sonuç Kıtası

Tıbbi müdahalenin yaralama suçlarının tipikliğini vücuda getirip getirmediği değerlendirmesinde müdahalenin sonucuna bakılması gerektiği yönündeki görüşün savunucularına göre, muhatabın tıbbi müdahale *sürecinin* sonunda şifa bulması olasılığında “sağlığa zarar verme” neticesi gerçekleşmediği için yaralama suçunun tipikliği oluşmamaktadır¹³⁴. Alman ceza hukuku öğretisinde bu yönde ileri sürülmüş görüşlere göre tıbbi müdahale sürecinin tamamı bir bütün olarak düşünülmeli; saniyeler ya da dakikalar içinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin her bir aşaması ayrı ayrı ve müstakilen değerlendirilmemelidir¹³⁵.

Söz gelimi, çürük dişini çektirmek üzere diş hekimine gelen kişiye uygulanacak tıbbi müdahale, bu kişinin oral mukozasına uyuşturucu iğne yapılması, çürük dişin pense ile çekilmesi ve sonrasında ihtiyaç duyulan ilaçların hastaya reçete edilmesi hareketlerini de içeren bir süreç içinde birlikte düşünülmelidir. Bu görüş takip edildiğinde, her ne kadar süreci oluşturan tıbbi müdahaleler tekil olarak incelendiğinde hastaya acı verilen ve algılama yeteneğini bozan müdahalelerle karşılaşılırmıyorsa da tedavi süreci bir bütün olarak düşünüldüğünde hastanın zarar gördüğü değil, şifa bulduğu neticesine ulaşılmaktadır. Bu görüşün doğal sonucu, tıbbi kurallara ve standartlara uygun şekilde icra edilmekle beraber başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahalelerin tipe uygun kabul edilmesi olmakta ve görüş bu yönüyle eleştiriye açık görünmektedir. Sonuç kıtasına dayanan görüşler öğretilde tıbbi müdahale sürecinin sonunda iyileşmiş olmasının müdahale anında meydana getirdiği zararın hukuki

¹³³ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 34-38; Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 294-297; Konu hakkında yapılan bir başka sınıflandırmada ise tipikliğin oluşmadığını savunan görüşler “*sübjektif teoriler*”, “*objektif teoriler*” ve “*rızasız tıbbi müdahalelerin kabahat teşkil ettiği yönünde yaklaşım*” olmak üzere üç farklı kategoride incelenmektedir. Bkz. Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 194-208.

¹³⁴ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 65-69; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 35.

¹³⁵ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 198.

varlığını ortadan kaldırmayacağı ve müdahalenin ne zaman başarılı sayılacağı açısından net bir tanımın mümkün olmadığı şeklindeki argümanlarla eleştirilmiştir¹³⁶.

b. Amaç Kıtası

Amaç kıtasını savunan yazarlara göre, olay anındaki şartlara bağlı bir değerlendirme yapıldığında *lex artis* kıtasına uygun icra edildiği anlaşılan tıbbi müdahalenin amacı muhatabının sağlığına zarar vermek olamayacağından yaralama suçu bakımından manevi unsur oluşmamaktadır¹³⁷. Görüldüğü üzere tıbbi müdahalenin gerekli kurallara ve standartlara uygun olarak icra edilmiş olması bu görüşün önemli bir dayanak noktası olmakta fakat asıl vurgu müdahalenin amacına yapılmaktadır¹³⁸. Bu doğrultuda ise tıbbi kurallara ve standartlara uygun olduğu sürece, yapılan bir tıbbi müdahale sonunda muhataba zarar verilmiş olsa bile ne zarar verme kastından ne de taksirden söz edilebileceği için suçun manevi unsurunun gerçekleşmeyeceği söylenmelidir¹³⁹. Alman ceza hukuku öğretisinde de tıbbi kurallara ve standartlara uygun tıbbi müdahalelerin amacının muhatabın bedensel yararına dönük olduğu ve dolayısıyla bu hallerde yaralama suçunun tipikliğinin vücuda gelmediği yönünde argümanlara rastlanmaktadır¹⁴⁰.

Aktarılan savunan yazarlar, saik kavramı ile kast teriminin birbirine karıştırdıkları gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴¹.

c. İcra Ediliş Biçimi Kıtası

İcra ediliş biçimini dikkate alan görüşlere göre tıbbi müdahalenin tipikliği vücuda getirip getirmediği tespiti, müdahalenin amacı veya neticesinden ziyade, bu müdahalenin ne surette icra edildiği sorusuna, *ex ante* yapılacak değerlendirmeler kapsamında verilecek cevaba bağlı olarak yapılmalıdır. Tıbbi kuralların ve standartların söz konusu değerlendirmede üstlendiği rolün önemine binaen bu

¹³⁶ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s. 68; Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 43.

¹³⁷ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 38.

¹³⁸ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 36.

¹³⁹ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 37.

¹⁴⁰ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 204 ve 205.

¹⁴¹ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 203.

düşüncelerin *lex artis* teorisi olarak da adlandırıldığı aktarılmaktadır¹⁴². Bu düşüncelerin bazılarına göre, *lex artis* kıstasını sağlayan tıbbi müdahaleler taksir bakımından objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olacaklarından suçun manevi unsurunu oluşturmayacak ve bu nedenle de tipikliğe meydan vermeyecektir¹⁴³. Bir diğer görüşe göre ise tıbbi kurallara ve standartlara uygun şekilde icra edilen müdahaleler *toplumsal uygunluk* kıstasını taşımakla izin verilen risk niteliğini kazanmakta ve bu sebeple tipikliği vücuda getirmemektedir¹⁴⁴.

Pek tabii ki tıbbi müdahalenin *lex artis* kıstasına uygun olabilmesi için, hekimin tıbbi müdahale açısından muhatabının rızasını da gereken şekilde alması icap etmektedir. Buradan yola çıkılarak şekillendirilmiş bazı görüşler, muhatabın tıbbi müdahaleye vereceği rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değil, tipikliğin oluşmasını engelleyen rıza olarak düşünülmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁵. Söz gelimi, Alman ceza hukuku öğretisindeki bazı görüşlere göre, tıbbi müdahalelerde esasen hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilmesine dönük bir tehlike bulunmakta olsa da muhatabın müdahaleye rıza vermesi halinde bu hak ihlal edilmemekte ve dolayısıyla tipiklik oluşmamaktadır¹⁴⁶.

Aktarılan düşünceler, rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değil de tipikliğe engel teşkil eder nitelikte olduğunun kabulü halinde, rızanın geçerliliği açısından daha az koşul aranacağından bahisle ve hastalara daha az koruma sağlayacağı düşüncesiyle eleştirilmiştir¹⁴⁷.

d. Değerlendirmemiz

Yukarıda kısaca özetlenmeye gayret edilen düşüncelere göre tıbbi müdahale niteliğini haiz fiiller, yaralama suçunun kanuni tarifine *prima facie* uymakla beraber

¹⁴² Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 36.

¹⁴³ A.y.

¹⁴⁴ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 200.

¹⁴⁵ Bkz. Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1490.

¹⁴⁶ Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 195.

¹⁴⁷ Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1493; Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 211. Yazarın “*tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması için mutlaka tipe uygun olmayışının ispat edilmeye çalışılmasında mutlak bir keramet aramamak gerekir*” ifadesi, tipikliğin ve hukuka aykırılığın bulunduğu durumlara farklı sonuçlar bağlandığı gerçeği karşısında eleştiriye açıktır.

çeşitli sebeplerle tipikliği vücuda getirmemektedir. Bunlar arasında tıbbi müdahalenin sonucu kıstasına dayanan görüşün ve tıbbi müdahalelerin süreç içinde değerlendirilmesi yönündeki argümanlarının, hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi noktasında değerli olabileceğini düşünmekteyiz. Fakat kanımızca tedavi süreci içinde de olsa dikiş atmak veya anestezi uygulamak gibi fiillerin her biri, ceza hukuku bakımından hareket vasfını haiz olacağından bu fiillerin icra edildikleri an açısından değerlendirilmesi daha isabetlidir. Dolayısıyla her ne kadar tıbbi müdahalenin muhatapları süreç içinde iyileşecek olsa da bu müdahalelerin, vücuda acı vermek ya da algılama yeteneğini bozmak şeklinde sonuçları meydana getirerek kural olarak¹⁴⁸ tipikliği oluşturacağı hususunun göz ardı edilmemesi icap etmektedir.

Öte yandan, müdahalenin amacı kıstası kapsamında ileri sürülen görüşlerin, suçun manevi unsuru ile saik kavramının birbirine karıştırılmasından bahisle eleştirildiği düşüncelere katılmaktayız. Gerçekten de hekimin tedavi amacıyla dikiş atması ile kavga esnasında muhatabına acı vermek için yumruk sallayan kişinin fiilleri arasında güdülen saik bakımından farklılık bulunsa da her iki durumda da kasten muhatabın vücuduna acı verildiği gerçeği değişmemektedir.

Son olarak tıbbi müdahalenin *lex artis* kıstasına uygun şekilde icra edildiği durumlarda tipikliği meydana getirmeyeceğini savunan görüşlerin, taksir ve hukuka uygunluk başlığında yapılması gereken değerlendirmeleri tipikliğin maddi unsurları başlığına çekmesi nedeniyle eleştiriye açık olduğu görülmektedir. Kanımızca, muhatabının rızası olsun ya da olmasın hasta ile hekim arasındaki bilgi asimetrisi hesaba katıldığında, tıbbi müdahaleler, başta vücut dokunulmazlığı ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı gibi temel hak ve hürriyetler olmak üzere hastalar nezdinde korunan pek çok hukuki değere temas etmesi ile oldukça hassas niteliktedir. Gerçekten de girişimsel olsun ya da olmasın birçok tıbbi müdahale temel hakların ihlal edilmesi bakımından geri dönülemez ve telafi edilemez ciddi riskler barındırabilmektedir. Hal böyleyken tıbbi müdahaleler açısından kural olarak tipikliğin varlığını kabul ederek esas tartışmayı taksir veya hukuka uygunluk başlığı altında yapmak temel hak ve

¹⁴⁸ Bkz. Bu bölümde *aşağıda* 195 numaralı dipnot ve ilgili metin.

hürriyetlerin korunması noktasında daha avantajlı olmaktadır. Bu düşüncenin, hekimlerle zorbaları eşdeğerde tuttuğunun ifade edilmesi de yerinde olmayacaktır; zira müdahalesini hukuka uygunluk şartlarına uygun surette icra eden hekimin zaten herhangi bir suça sebebiyet vermediği söylenmektedir.

2. Kural Olarak Tipikliğin Oluştuğu Yönündeki

Görüşler

Gerçekleştirilen hareketin salt kanuni normdaki tarife uygun olması hususu, bu hareketin failinin cezalandırılacağı anlamını taşımamaktadır. Keza ortada bir suçun bulunduğu kabulü için somut olayda nedensellik bağı ve objektif isnadiyet gibi unsurlarla beraber hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi gerekmekte; fail açısından bir cezaya hükmedilebilmesi için aynı zamanda failin bu fiilden ötürü kınanabilir olması icap etmektedir. Almanya’da en azından iki yüz yıldan beri sürdürülen tartışmaların ürünü olan bu ceza hukuku teorisi, beşerî bilimlerin şu ana kadarki en büyük kazanımlarından birisi olarak kabul edilmesi gereken bir yapıyı haizdir¹⁴⁹. Bu yapı, her aşamasında farklı değerlendirmeler yapılan ve mertebeler şeklinde yapılandırılmış bir suç sistematüğünü ifade etmektedir¹⁵⁰.

Eldeki çalışmanın bir sonraki başlığı altında izah edilecek görüşler, tıbbi müdahalelerin kural olarak tipikliği oluşturduğunu, fakat belli başlı şartların varlığı halinde herhangi bir suça sebebiyet verilmediğini savunmaktadır. Alman ceza hukuku uygulamasının da 19’uncu yüzyılın sonlarından beri bu görüş doğrultusunda kararlar verdiği aktarılmaktadır¹⁵¹. Keza Türkiye’deki ceza hukuku öğretisinde de tıbbi

¹⁴⁹ Markus Dirk Dubber, “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”, **German Law Journal**, C. VI, No: 7, 2005, s. 1051.

¹⁵⁰ Albin Eser, “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, **Rechtfertigung und Entschuldigung**, Editör: A. Eser/G. P. Fletcher, C. I, 1987, 22-23. Yazar, ülkemizde de benimsenen bu sistematik ile *common law* ülkelerindeki ceza hukuku anlayışını karşılaştırdığı eserinde; cezai müeyyide için tipiklik, hukuka aykırılık ve kusur başlıklarında gerçekleştirilen değerlendirme silsilesinin betimlediği yapıyı çok katlı bir apartmana benzetirken *common law* anlayışının yapısının ise tek katlı bir kır evine benzediğini ifade etmektedir. Yazara göre, faile ceza verebilmek için söz konusu apartmanın en üst katına çıkılması gerekmekte; çıkılan her hatta ayrı bir değerlendirme yapılmakta ve dolayısıyla bu katların her birinde failin cezai yaptırımdan kaçabileceği bir çıkış kapısı bulunmaktadır. Bu kapsamda yukarı çıkılan her bir katta cezai yaptırıma da bir derece daha yaklaşılmakta; failin fiili nedeniyle toplumdan göreceği tepki de bu derecede artmakta veya azalmaktadır.

¹⁵¹ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 106; Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 294; Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 190; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka**

müdahalelerin en azından kasten yaralama suçunun tipik unsurlarını vücuda getirdiği görüşünün hâkim olduğu rahatlıkla ifade edilebilmektedir¹⁵².

Tıbbi müdahalenin kural olarak yaralama suçlarının tipikliğini vücuda getirdiği yönünde ileri sürülen bu düşüncelerin sahipleri, bunların suç teşkil etmemesinin nedenini hukuka uygunluk başlığı altında açıklamaktadırlar. Bunlar arasında sık atıf aldığı müşahade edilenler aşağıda kısaca özetlenmiştir.

B. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunu Açıklayan Görüşler

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayan düşüncelerin, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde savunulanlar ile TBMM'nin 2004 yılında kabul ettiği 5237 sayılı meri TCK döneminde ileri sürülenler olmak üzere iki ayrı başlık altında değerlendirilmesi mümkündür.

1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Üstün menfaat düşüncesine göre tıbbi müdahale ile güdülen şifalandırma amacı, bunun ihlal ettiği hukuki değerlerden daha üstün bir anlam ifade ettiğinden tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılık özelliği ortadan kalkmaktadır¹⁵³. Buna göre, örneğin, hastasının bağışıklık sistemini kuvvetlendirmek amacıyla ona aşı yapan hekimin “başkasına acı verme” fiilinin hukuka uygun olmasının sebebi, yaşam hakkı ve toplum sağlığı bakımından mevcut tehlikenin bertaraf edilmesidir. Yazara göre, kanunda açık olarak böyle bir hukuka uygunluk nedeni tarif edilmemiş olsa bile söz konusu düşüncenin uygulama alanı bulması icap etmektedir¹⁵⁴. Bu görüş, tıbbın dayandığı

Uygunluğu, s. 28-33; Erman, Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1894 yılında verdiği karardan bu yana Alman mahkemelerinin söz konusu görüş doğrultusunda kararlar verdiğini aktarmaktadır.

¹⁵² Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 30-31; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 381; Mahmut Koca, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIII, No: 3-4, 2009, s. 24; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1140; Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 583; Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, s. 144; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 106; Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 301; Ceyda Ümit, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 8, No: 32, 2017, s. 218, dn. 96.

¹⁵³ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 114

¹⁵⁴ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 71.

esas fikir olan bireyin sağlığını korumak yerine toplum yararını öncelemesi sebebiyle “hekim fiillerinin dayanağını inkâr etmekle” itham edilerek eleştirmiştir¹⁵⁵. Keza bu görüşün yeterli derecede nesnellik barındırmadığı ve bu ölçütlere göre birçok suçun hukuka uygunluğunun savunulabileceğı yönünde eleştirilerin de seslendirildiğı görölmektedir¹⁵⁶.

Bu başlık altında ifade edilecek fikirlerden bir diğetine göre tıbbi müdahaleye girişen hekim fiili, *ahlak kuralları ile örf ve âdet hukuku* düzleminde genel olarak meşru göröldüğünden ortada bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır¹⁵⁷. Bu düşünceyi desteklemek için ortaya konan argümanlara göre tıbbi fiiller, tarihin başlangıcından bu yana tüm toplumlarda görülen kadim bir olguya işaret ettiğinden örf ve âdet kurallarına uygundur ve muhatabın iyileştirilmesi amacının güdülmesi bizatihi ahlaki bir amacın güdüldüğüne işaret etmektedir¹⁵⁸. Buna karşın mevzubahis görüş, ahlak kavramının muallaklığı ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin bu kapsamda açıklanamayacağından bahisle eleştirilmiştir¹⁵⁹.

Öte yandan, TCK nezdinde kusurluluğı etkileyen bir mazeret nedeni olarak düzenlenmiş zorunluluk halini¹⁶⁰, bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendiren görüşlere göre muhatabının sağlığını koruma veya düzeltme gibi amaçlar güden hekim, tıbbi müdahaleyi bu *zorunluluk içinde icra ettiğı* için fiili hukuka uygun kabul edilmektedir¹⁶¹. Fakat tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu zorunluluk haline dayandırarak açıklayan görüşler, bu halin uygulanabilmesi için gereken tehlike şartının her somut olayda mevcut olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶². Gerçekten de tıbbi müdahalelerin kesin sonuç vaat etmediğı gibi birçok durumda da hâlihazırdaki belirsizliklerin tespiti için icra edilebildiğı düşünöldüğünde, zorunluluk halinin devam

¹⁵⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı**, s. 73.

¹⁵⁶ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğı**, s. 69.

¹⁵⁷ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğı**, s. 49.

¹⁵⁸ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 115.

¹⁵⁹ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı**, s. 76.

¹⁶⁰ Adem Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanununda Öngörölen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, No: 6, 2006, s. 230-233.

¹⁶¹ Bkz. Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 308; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı**, s. 85; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 115.

¹⁶² Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı**, s. 85.

eden ağır ve muhakkak bir tehlike bulunması şartının bu müdahaleler açısından sağlanmadığı ifade edilebilir.

Bir diğer düşünceye göre ise tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olmalarının sebebi, hekimlerin *hukuk düzenince görevlendirmeleri* ve sınırlandırılmalarıdır¹⁶³. Bu normlar arasında kanunlar, yönetmelikler, tüzükler gibi yazılı hukuk kuralları olduğu gibi *lex artis* kavramı ile ifade edilen tıbbi standartlar da bulunmaktadır. Tıbbi müdahalenin bu sebeple hukuka uygun olduğunun savunulmasında hekimlerin kamu düzeninin temini ve sürdürülmesi adına görevleri olduğu düşüncesi temel rol oynamaktadır. Bu bakımdan tıp fakültesinden mezun olmayı müteakip hekim sıfatını kazanarak faaliyete başlayan kimseler, hukuk düzeninin öngördüğü birtakım görevleri yerine getirmeyi de vaat etmiş olmaktadır¹⁶⁴. Bu düşünce izlendiğinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen tıbbi müdahaleleri yapmak veya salgın hastalık dönemlerinde tıbbi açıdan yapılması gerekenleri yapmak gibi durumlarda mevcut tıbbi müdahaleler görevin ifası sebebiyle hukuka uygun hale gelmektedir¹⁶⁵. Söz konusu görüş, görevin ifasının sadece kanunda açıkça belirtilmiş haller açısından gündeme geleceğinden¹⁶⁶ ve hekimin sahip olduğu yükümlülüklerin aslen devlet ve hekim arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği¹⁶⁷ gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

Bu başlık altında izah edilecek son görüş, *izin verilen risk* mefhumu bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir. Bu fikir, bir arada yaşamının zorunlu kıldığı riskli fiillerin, somut olayda gereken dikkatin ve özenin gösterilip gösterilmediği ışığında yapılacak değerlendirmeler sonunda haksızlık olarak nitelenmeyebileceğini ifade etmektedir¹⁶⁸. Tıbbi müdahalelerin de mahiyeti itibarıyla birçok tehlikeye gebe olduğu düşüncesinden hareket eden görüşün taraftarları, tıbbi müdahalelerin arz ettiği risklere rağmen hukuk düzenince izin verilen bir alan içinde yürütüldüğünü; dolayısıyla muhatap bakımından zarara yol açılması halinde dahi izin verilen risk kavramının bir hukuka uygunluk nedeni olarak tezahür ettiğini savunmaktadırlar¹⁶⁹.

¹⁶³ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s. 89.

¹⁶⁴ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 53.

¹⁶⁵ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s. 89.

¹⁶⁶ Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s. 90.

¹⁶⁷ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 57.

¹⁶⁸ Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 161.

¹⁶⁹ Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 69.

Bununla beraber, hekimin bu kurumdan faydalanabilmesi için somut olaydaki fiil bakımından gerekli bilgi ve ehliyete sahip olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranması ve bu konuda mevcut normlar ile ortak hayat tecrübelerine aykırı hareket etmemesi gerekmektedir¹⁷⁰. Türk hukukunda da bazı yazarların, özellikle varsayılan rıza kuramının temellendirilmesi noktasında izin verilen risk kavramından yararlanılabileceğini savunduğu görülmüştür¹⁷¹. Fakat bu görüş, izin verilen risk teorisine ilgisiz unsurların eklendiği ve hukuka uygunluk ölçütlerini muğlaklaştırdığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹⁷².

2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Yürürlükteki TCK bağlamında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu açıklamak amacıyla savunulan görüşlerin, hekimin hakkını ve ilgilinin rızasını esas alan düşünceler olmak üzere iki ayrı başlıkta incelenmesi mümkündür.

a. Hakkın Kullanılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni ile açıklayan bu düşünce, hekimlerin tıp fakültelerinden mezun olmak suretiyle tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmek yönünde meslekî bir hakkı elde ettiği ve meslekleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri fiillerin bu nedenle hukuka uygun olduğu yönünde argümanlar üstünde bina edilmektedir¹⁷³. Bir başka deyişle, tıbbi müdahaleler hukuka uygundur; zira kanun koyucu özel olarak belirlediği kimselere bu yönde yetki vermiştir¹⁷⁴. Bu bağlamda ileri sürülmüş bir görüşe göre, hukuk düzeninin tıbbi müdahalelere bir yandan izin verip öte yandan bunları yasaklayacağı düşünülemeyeceği için, hukuk düzeninin verdiği izin sınırlarında icra edildiği müddetçe hekimin tıbbi müdahaleleri icra etmek açısından hakkı bulunmaktadır¹⁷⁵. Bu

¹⁷⁰ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 101.

¹⁷¹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 193 vd; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 120; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 77.

¹⁷² Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 71.

¹⁷³ Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 303-305; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 115.

¹⁷⁴ Selahattin Keyman, "Hekimin Cezai Sorumluluğu". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, No: 1, 1978, s. 68.

¹⁷⁵ Kayıhan İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 207.

kapsamda, müdahalenin belli başlı amaçlar doğrultusunda (*sübjektif sınır*) ve tıbbi gerekliliklere uygun olarak (*objektif sınır*) icra edildiği sürece bu hekimin bu hakkından yararlanabileceği; iyileştirme amacı taşımayan müdahalelerin icrası için ise hastanın rızasının aranacağı söylenmektedir¹⁷⁶.

Tıbbi müdahalelerin, hekimlerin haklarını kullanması sebebiyle hukuka uygun hale geldiğini ileri süren düşünceler, paternalist bir mantık güderek hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını görmezden geldiği ve “*kişinin hakkını kendisine karşı koruduğu*” ithamlarıyla karşılanarak eleştirilmiştir¹⁷⁷.

b. İlginin Rızası

Hukuki değerleri ihlal eden fiillerin, bu fiillerin muhataplarının verdikleri rıza nedeniyle hukuka uygun addedilmesi, Roma hukukunun geçerli olduğu dönemden bu yana uygulama alanı bulan bir hukuki meseledir¹⁷⁸. Böylece hukuk düzeni, bireylere kendilerini ceza hukukunca korunan hukuki değerlere dönük tehlikelere maruz kalma yönünde irade gösterebilmeleri yönünde yetki vermiş olmaktadır¹⁷⁹. Bu doğrultudaki Türk ceza hukuku öğretisi ile uygulamasındaki baskın düşünceye ve Alman uygulamasına göre, tıbbi müdahaleler esasen yaralama suçunun tipikliğini vücuda getirmesine rağmen hastaların verdiği rıza ile hukuka uygun hale gelmektedir¹⁸⁰. Bu yönde fikir beyan eden yazarlara göre tıbbi müdahale, hastanın vücut dokunulmazlığı gibi hukuki değerlerini ihlal etmesine rağmen, müdahalenin muhatabı olan hasta kendi

¹⁷⁶ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım**, C. II, İstanbul, Beta Basım, 11. Baskı, 1994, s. 51-52; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 91-93; Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu” s. 68.

¹⁷⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 54 ve 55.

¹⁷⁸ Demirel, Roma hukuku döneminde Türkçe karşılığı “*zarar verilen kişinin iradesiyle olan şey, haksız değildir*” olan Latince “*volenti non fit iniuria*” deyiminin ilk kez *Ulpian* tarafından ve *Digesta*’nın 27. kitabında kullanıldığını aktarmaktadır: Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1472.

¹⁷⁹ Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1473.

¹⁸⁰ Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 313; Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1491; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 116; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 57.

geleceğini belirleme hakkını kullanarak tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği için tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelmektedir¹⁸¹.

Tıbbi müdahalenin ilgilinin rızası nedeniyle hukuka uygun hale geldiği yönünde ileri sürülmüş görüşler, hukuk düzeninde ötenaziye veya kişinin kendi vücudu üzerinde insan onuruna aykırı müdahalelere verilecek izin hususunda mevcut yasaklara işaret edilerek kişinin üstünde serbestçe tasarrufta bulunamadığı haklar bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁸². Aynı doğrultuda, muhatapların hekim karşısında kendi hür iradelerini serbestçe ifade edemeyeceği ve bu bakımdan hastanın muteber bir rızasından da bahsedilemeyeceği hususları da bu görüş aleyhinde ileri sürülen düşünceler arasındadır¹⁸³.

Türk hukukunda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun “*asıl unsurunun*”¹⁸⁴ muhatabın rızası olduğu yönünde görüşler bulunsa da salt ilgilinin rızasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmaya yettiği yönünde kabul görmüş görüşe rastlanmadığı aktarılmaktadır¹⁸⁵. Gerçekten de Türk ceza hukuku öğretisindeki baskın görüşe göre tıbbi müdahaleler, muhatabın vereceği rızanın *yanı sıra* müdahaleyi icra eden kimsenin yetkili olması ve müdahalenin *lex artis* kıstasına uygun yürütülmesi gibi ilave birtakım şartları da barındırması halinde hukuka uygun hale gelebilmektedir¹⁸⁶. Bu kapsamda kaldığı düşünülebilecek bir yaklaşıma göre, tıbbi müdahaleler açısından yapılacak değerlendirmelerin her bir somut olaya özgü olması gerekmektedir¹⁸⁷; zira bazı olaylarda tipikliğin gerçekleşmediği sonucuna ulaşılabilecekken bazı durumlarda ise hakkın kullanılması veya mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk nedenleri gündeme gelebilecektir.

¹⁸¹ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 64; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 79-80. Ayrıca bkz. AİHM, *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others/Russia*, B. 302/02, T. 10/06/2010, § 136: “*Health care is, first and foremost, an issue of personal autonomy*”.

¹⁸² Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 67.

¹⁸³ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 82.

¹⁸⁴ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 77.

¹⁸⁵ Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, s. 308.

¹⁸⁶ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 71; Ertem, “Rıza ve Sınırları”, s. 218: Yazara göre biden fazla hukuka uygunluk nedeninin bir arada bulunduğu hallerde bu nedenlerden birisinin *öne çıkması* gerekmektedir.

¹⁸⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 103.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu ilgilinin rızası düşüncesi temelinde izah eden bir düşünceye göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için müdahaleyi icra eden kişinin “*somut olaydaki tıbbi müdahaleye yetkili olması*”, “*hastanın (ilgilinin) rızasının bulunması*” ve “*tıbbi müdahalenin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir biçimde yerine getirilmesi*” gerekmektedir¹⁸⁸. Bununla beraber, ilgilinin müdahaleye rıza verme imkânının bulunmadığı ve genel sağlığın korunması gereğinin bulunduğu durumlarda hasta rızasının aranmayacağı ifade edilmektedir¹⁸⁹.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için muhatabın bu müdahaleye rıza göstermesi, failin somut olaydaki müdahale bakımından yetkilendirilmiş olması, fiilin “teşhis ve tedavi” amacına veya kanunlarda düzenlenen sair amaçlara yönelmesi ve “tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi” şeklinde dört şartın bir arada bulunması gerekmektedir¹⁹⁰. Muhatabın iradî olarak bir tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi halinde bu müdahale ancak “kamu sağlığı” gerekçesiyle hukuka uygun olarak icra edilebilir¹⁹¹. Öte yandan rıza gösteremeyecek durumda olan kişiye karşı gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler ise bu açıdan mevcut kanunî düzenlemeler doğrultusunda ve görevin yerine getirilmesi gerekçesiyle hukuka uygun olmaktadır¹⁹².

Bir diğer düşünceye göre ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için “bir sağlık personeli tarafından yapılma”, “aydınlatma ve rıza” ve “tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun olma” şartlarının bir arada sağlanması gerekmektedir¹⁹³. Buna göre muhatabının izin vermemesine ve hatta karşı çıkmasına

¹⁸⁸ Sözüer/Yasin/Kürşat, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, s. 1017; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 31.

¹⁸⁹ Yazarlar bu hususta görüş açıklamamışlarsa da hasta rızasının aranmayacağı bu hallerde icra edilmiş tıbbi müdahalelerin kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeniyle hukuka uygun olacağı düşünülebilir. Bkz. Sözüer/Yasin/Kürşat, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, s. 1019; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 386; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 298. Yazarların varsayılan rızayı reddettiğine dikkat çekilmelidir.

¹⁹⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 380-389.

¹⁹¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 382.

¹⁹² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 383.

¹⁹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 544, 1152.

rağmen “zorla müdahale”, ancak bir kanunî düzenlemenin varlığı halinde yapılabilir¹⁹⁴.

c. Değerlendirmemiz

Çalışmamız kapsamında kabul ettiğimiz tanıma göre tıbbi müdahale, bir psikiyatristin hastasına söylediği sözlerden saatlerce süren ameliyatlara, ceza yargılaması sürecinde yapılacak beden muayenesinden salgın hastalık döneminde yapılacak aşılar kadar çok geniş bir yelpazeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla söz konusu yelpazedeki müdahalelerin hukuka uygunluğunun dayanağı açısından yapılacak değerlendirmelerin bu müdahalelerin tamamı bakımından anlam ifade etmesi gerekmektedir.

Korunan hukuki değeri ihlal ettiği kabul edilemeyecek ve ihlal bakımından önemsiz tıbbi müdahalelerin (*hekimin, hastasının ateşi olup olmadığını anlamak için elini hastasının alnına koyması gibi*) yaralama suçunun tipikliğini oluşturamayacağı ilk olarak ifade edilmelidir¹⁹⁵. Önemsizlik gibi sebepler nedeniyle tipikliğin vücuda gelmediği savunulamayacak tıbbi müdahaleler açısından hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığının araştırılması ise hiç şüphesiz, öncelikle *de lege lata* düzlemde ve hukuki metodoloji kullanılarak yapılacak yorumları içerecektir. Söz gelimi, Anayasamızın 17’nci maddesinin 2’nci fıkrasına göre “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” Bu hüküm, hem mevcut kanun maddelerinin yorumlanmasında bir kaynak vazifesi görmekte hem de kanun maddeleri ile ötesine geçilemeyecek sınırları çizmektedir. Kanımızca söz konusu fıkradaki *tıbbi zorunluluk* ile *kanunda yazılı hal* ifadelerinin kümülatif şekilde anlaşılması gerekmektedir ve dolayısıyla bu iki halden yalnızca birisinin varlığı durumunda da Anayasamızın tıbbi müdahaleye cevaz verdiği kabul edilmelidir.

¹⁹⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 431.

¹⁹⁵ Salih Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018; Yasemin Baba, “Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2017. Ayrıca bkz. Bu bölümde *yukarıda* 148 numaralı dipnot ve ilgili metin.

Anayasamızın 90’ıncı maddesinin son cümlesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla iç hukuktaki kanunlarımızın çatışması halinde yapılacak değerlendirmede andlaşmaların esas alınması gerekmektedir. Bu noktada, Biyotıp Sözleşmesinin 5’inci maddesinde yer alan “*sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir*” şeklindeki düzenleme hatırlanmalıdır. Söz konusu hükümle birlikte, tıbbi müdahalelerin Türk hukuku bakımından hukuka uygunluğu için “tıbbi zorunluluk” ve “kanuni düzenleme” kıstaslarının yanına “ilgilinin rızasının” da eklendiğinin savunulması yanlış olmayacaktır. Fakat bu hal, özellikle kamu sağlığı veya ceza yargılaması sürecinde muhatabının rızası alınmadan icra edilen müdahalelerin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir; zira hem Biyotıp Sözleşmesinin 26’ncı maddesine göre hem de Anayasamızın 13’üncü, 14’üncü ve 15’inci maddelerine göre temel haklar bu amaçlar uğruna *ölçülü* şekilde ve kanun vasıtasıyla sınırlandırılabilir¹⁹⁶.

Türk hukukunda tıbbi müdahalenin icrasını düzenleyen düzenlemelere örnek olarak özellikle 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun’un ilgili maddeleri verilebilir. Bu kanun kapsamında hangi tıbbi müdahalelerin kimler tarafından ne surette yapılabileceği ve muhatabın rızasının ne surette alınacağı gibi pek çok husus düzenlenmektedir. Öte yandan 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu nezdinde rıza aranmaksızın çiçek aşısı yapılmasını öngören 88’inci maddesi ile frengi, belsoğukluğu ve şankroid hastalarını tedavi görmeye mecbur tutan 103’üncü maddeleri yine tıbbi müdahaleye rıza verilmesi konusuyla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, 1219 sayılı Kanunun 70’inci maddesine göre büyük cerrahi müdahalelerden evvel alınacak hasta rızasının yazılı olması gerekmekte; aynı kanunun 23’üncü maddesine göre ise bu tür cerrahi müdahalelerin “*umumi veya mevzii his*” ile

¹⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM), tıbbi müdahaleye rıza göstermemiş başvuruçuların iradeleri hilafına girilen uygulamaların veya bu kimselere karşı uygulanan sair yaptırımların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal edip etmediği hususunu tartıştığı temel kararlar için bkz. AİHM, *Vavříčka and Others/the Czech Republic*, B. 47621/13, T. 08/04/2021; AİHM *Trocellier/France*, D. 75725/01, T. 05/10/2006; AİHM, *Glass/the United Kingdom*, B. 61827/00, T. 09/03/2004; AİHM, *Nevmerzhitsky/Ukraine*, B. 54825/00, T. 05/04/2005; AİHM, *Jalloh/Germany* [Büyük Daire], B. 54810/00, T. 11/07/2006; AİHM, *Bugomil/Portugal*, B. 35228/03, T. 07/10/2008; *M.A.K. and R.K./the United Kingdom*, B. 45901/05 ve 40146/06, T. 23/03/2010; AİHM, *V.C./Slovakia*, B. 18968/07, T. 08/11/2011; AİHM, *Konovalova/Russia*, B. 37873/04, T. 09/10/2014; AİHM, *Evans/the United Kingdom* [Büyük Daire], B. 6339/05, T. 10/04/2007.

yapıldıkları takdirde icrasını bu alanda uzman bir hekimle beraber bir pratisyen tarafından yapılması icap etmektedir. Bu hükümlerden anlaşılan husus, tıbbi müdahalelerin tümü için geçerli tek bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı ve söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin makbul olması için birtakım koşulların da varlığının arandığı olmaktadır.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer norm, “*tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz*” şeklindeki hükmü haiz Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasıdır. Kanımızca bir tüzük kapsamında yer verilmiş bu hüküm, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için mutlaka “teşhis”, “tedavi”, veya “korunmak” amaçlarına yönelmesi gerektiğı anlamını taşımamaktadır. Zira tüzüğün bu maddesinin mefhum-u muhalifi, *numerus clausus* sayılmış amaçları gütmemekle beraber “akli veya bedeni mukavemeti” azaltmayan tıbbi müdahalelerin yasak kapsamına girmediğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, alıntılanan tüzük maddesinde ortaya konan “akli ve bedeni mukavemetin azaltılmaması” yönündeki koşulun, akıl ve beden gücünün “önemli ölçüde bozulmaması” olarak yorumlanmasının icap ettiğı düşünülebilmektedir¹⁹⁷. Bu veçhile, bireylerin akıl ve beden gücünü önemli ölçüde bozduğu savunulamayan, salt güzellik veya ticari amaç güdülerek yahut da kültürel nedenlerle icra edilen tıbbi müdahalelerin *kural olarak* tüzükte konan yasak normu kapsamında olmadığı ifade edilebilir¹⁹⁸. Bu kapsamda biz de tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için teşhis, tedavi veya korunma amacı güdülmesinin mutlak bir şart olmadığı düşüncesindeyiz¹⁹⁹. Fakat bu amaçların güdülmediğı müdahalelerin hukuka uygun olması için tıbbi gerekliliklere ve ahlaka uygun olmak kıstasının (Medeni Kanun m. 23) gözden kaçırılmaması önem arz eder. Bu tür müdahaleler bakımından söz konusu koşulların çok daha titiz değerlendirmelere konu olması

¹⁹⁷ Bkz. **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi**. İcra Vekilleri Heyeti Karar No: 4/12578, Kabul Tarihi: 13/01/1960. (Resmî Gazete: 19/02/1960 – Sayı: 10436); Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 203.

¹⁹⁸ Kanımızca estetik ameliyatların hasta bakımından psikolojik etkilerin bulunması gibi şartlara bağılı olarak “tedavi” amaçlı tıbbi müdahaleler kapsamında kabul edilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.

¹⁹⁹ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 203.

gerekmekte; muhatapların verecekleri rızanın şartlarının ise çok daha kapsamlı kabul edilmesi icap etmektedir.

O halde, ülkemizin uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ile Anayasamız tarafından çizilmiş genel sınır hesaba katıldığında, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından; tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişinin yetkileri, müdahalenin muhatabının rızası ve somut olaydaki müdahalenin özellikleri bakımından değerlendirmelere girişilmesi gerektiği söylenebilmektedir. Bu hallerin dışında kalan durumlarda ise somut olayda bir *tıbbi zorunluluktan* bahsedilip bahsedilemeyeceğinin denetlenmesinin icap ettiği anlaşılmaktadır. Böylelikle, mevzuatımızın bir tıbbi müdahalenin yalnızca belli başlı kimselerce icra edilebileceğine dönük normlar içermesine rağmen bu şartların sağlanmaması durumunda, söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmayacağı söylenmelidir. Öte yandan gerek Türk ulusal hukuku gerekse Türk kurucu iktidarının iradesi ile bağlayıcılık kazanmış uluslararası hukuk düzleminde mevcut normlar uyarınca rızaya tabi tutulmuş tıbbi müdahaleler bakımından rıza unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin de hukuka uygunluk başlığında tartışılması da icap etmektedir.

Tıbbi müdahalenin *özelliğine bağlı olarak* meslek örgütlerinden sadır tıbbi esaslar, tıp alanına ilişkin bilimsel yayınlar ve sağlık mevzuatının sair normları gibi kaynakların sınırlarını çizdiği mesleki yükümlülükler ile tıbbi gerekliliklerin; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilebilmektedir. Söz gelimi Biyotıp Sözleşmesinin 4'üncü maddesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13'üncü maddesi ve özellikle de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11'inci maddesi uyarınca hekimlerin *aldatıcı mahiyette* teşhis veya tedavi uygulaması hukuka aykırıdır. Hiç şüphesiz, bu kapsamda kalan mesleki yükümlülükler arasında, somut olaydaki müdahalenin tıbbi endikasyona uygun surette icra edilmesi koşulu da bulunmaktadır. Arz edildiği üzere tıbbi endikasyon, "*hangi müdahalenin hastanın menfaatine olduğu hususunda hekimin profesyonel açıdan verdiği hüküm*" olarak tanımlanmaktadır²⁰⁰. Bu doğrultuda, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdahale ile amaçlanan neticeye ulaşmak açısından gerçekçi bir ihtimal bulunması

²⁰⁰ Lotz, "Medical Indication Regarding Life-Sustaining Treatment for Children: Focus Groups with Clinicians", s. 961.

(*müdahalenin etkililiği*) ve müdahalenin hastaya getireceği menfaat ile külfet arasındaki kıyaslamada dengenin hasta menfaati yönünde olması (*menfaat/külfet oranı*) koşullarının bir arada gerçekleşmesinin gerektiği ifade edilebilecektir²⁰¹.

Kanımızca, mesleki esaslara riayet edilip edilmemesi ile bu müdahalenin icrası bakımından kanunun hekimi yetkilendirip yetkilendirmediği hususlarının bir arada incelenmesi mümkündür. Zira hukuk düzenimiz, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ve müdahaleyi gerçekleştiren kimselerin yetkilendirilmesi noktasında hekimlere sadece uzmanlık alanı gibi sınırlar çizmekle kalmamakta; hekimlerin mesleki esaslara muhalif hareket etmemesi yönünde normlar da içermektedir. Bir diğer deyişle hukuk düzeni, tıp fakültesinden mezun olarak tıp diploması edinmiş kimselerin, salt diploma edinme koşulunu sağladıkları için her türlü tıbbi müdahaleyi icra etmelerine izin vermemiştir.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından yapılacak değerlendirmelerde (1) mevzuatın hekimi somut olaydaki müdahale bakımından yetkilendirmiş olup olmadığı ile müdahalenin tıbbi gerekliliklere uygun şekilde icra edilip edilmediği ve (2) müdahalenin rızaya tabi olup olmadığı ve tabiyse somut olayda hukuki açıdan makbul bir rızanın bulunup bulunmadığı hususlarının gözetilmesi gerekmektedir.

²⁰¹ A.y.

İKİNCİ BÖLÜM

SAVUNMACI TIP VE HEKİMİN SAVUNMACI DAVRANIŞLARI

I. SAVUNMACI TIP KAVRAMININ TAKDİMİ

A. Genel Olarak

“Eğer hastaya olması gerekenden fazla müdahalede bulunmak beni adliye koridorlarına düşmekten koruyacaksa, hastalarımın vücutları radyasyon yüzünden parlayana kadar tetkik yaparım”¹.

Hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan davaların hekim davranışlarına etkisinin araştırıldığı bir mülakatta kurulmuş bu cümle, hekimlerin savunmacı davranışlarının mahiyeti, bağlamı ve sonuçları açısından önemli ipuçlarını içinde barındırmaktadır. Bu noktada anlam ifade eden savunmacı tıp kavramı ise hekimlerin mesleklerini haklarında dava açılmasını engelleme önceliğini taşıyarak ifa etmelerini ifade edecek şekilde ve 1970’li yıllarda İngilizce *defensive medicine* adıyla kavramsallaştırılmış bir terimdir². Bu mefhumun Türkçeye çok farklı şekillerde çevrilebildiği görülmektedir. Nitekim öğretilde, çalışmamızda kullanmayı tercih ettiğimiz savunmacı tıp ifadesi yerine “*defansif tıp*”³, “*korumacı tıp*”⁴, “*korunmacı tıp*”⁵, “*çekinik tıp*”⁶ veya “*temkinli tıp*”⁷ ifadelerinin de tercih edilebildiği müşahade edilmektedir. Söz konusu kavram mahiyeti itibarıyla hekimlerin tehdit olarak algıladığı hususlara karşı kendilerini

¹ Jeffrey J. Segal, “Why Doctors Scan Patients Until They Glow”, **World Neurosurgery**, C. XC, 2016, s. 644.

² The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, **Duke Law Journal**, C. XX, No: 5, 1971, s. 948-949. Öğretilde söz konusu kavramın ilk kez 1978’de kullanılmaya başlandığı yönünde ileri sürülmüş düşüncede isabet bulunmamaktadır. Bkz. Elif Okşan Çalıkoğlu/Aysun Aras, “Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study” **Journal of Forensic and Legal Medicine**, C. LXXIII, 2020, Makale No: 101970.

³ Kerem Yılmaz, **Defansif Tıp**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

⁴ Türk Tabipleri Birliği, “Dünya Tabipler Birliği "Mal practice" Bildirisi”, b.a.

⁵ Yılmaz Nişancı *et al.*, “Türk Kardiyoloji Derneği Etik Kılavuzu”, **Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi**, C. XXXVII, Ek No: 3, 2009, s. 57.

⁶ Mehmet Selçuk, “Çekinik (Defansif) Tıp” **İzmir Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015.

⁷ Oğuz Polat, “Tıbbi Uygulama Hataları Olgularında Bilirkişilik”, **Medikolegal Düzlem: Tıpta Uygulama Hataları**, Editör: Yaşar Bilge/İ. Ethem Geçim, İstanbul, Baskı Evi, s. 29.

savunmaları ile doğrudan ilgili olduğundan, çalışmamızda *savunmacı tıp*, *savunmacı tıbbi müdahale* veya *savunmacı davranış* gibi ifadeler kullanılmıştır.

Savunmacı davranış sergileyen hekimler, aleyhlerinde ileri sürülecek hatalı tıbbi müdahale iddiaları nedeniyle haklarında tazminat davası açılabilceği, cezaî veya idarî soruşturma geçirebilecekleri veya hasta ya da hasta yakınlarından şiddet görebilecekleri endişesini taşımaktadırlar. Hekimlerin söz konusu endişelerin etkisine girdiği ve tıbbi karar alım süreçlerinin de bu ekseninde şekillendiği durumlarda ise tıbbi kurallara ve standartlara aykırı tıbbi müdahalelerin icra edilmesi veya icra edilmesi gerekenlerin ihmal edilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durumun, hastalar nezdinde zarara neden olması ve bilirkişi incelemelerinde de tıbbi gerekliliklerden sapıldığıının tespit edilmesi halinde, taksirle yaralama suçunun gündeme gelmesi mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla, hekimin tıbbi karar alım sürecinin söz konusu baskılar altında etkilenmesi durumlarında *savunmacı tıbbi müdahale* veya *hekimin savunmacı davranışları* ifadelerinin kullanılması mümkündür. Söz gelimi, arz edilen baskılar nedeniyle hekimin garantörlük sıfatını taşımasına rağmen girişmeyi *ihmal* ettiği tıbbi müdahalelerin savunmacı hekim davranışı olarak anılması mümkün iken, tıbbi kurallara ve standartlara aykırı ve gereksiz olmasına rağmen fazladan *icra* edilen tıbbi müdahalelerin savunmacı tıbbi müdahale olarak kabulü mümkündür.

Geleneksel olarak paternalist⁸ bir anlayışla yürütölegelmiş sağlık hizmetlerinin, 20'nci yüzyıldan itibaren özellikle Kuzey Amerika ve Batı Avrupa'da yerini hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının odak noktası yapıldığı süreçlere bırakması, savunmacı tıp kavramının ortaya çıkması bakımından önemlidir⁹. Geçtiğimiz yüzyıldan bu yana, hastaların gün geçtikçe tıbbi bilgiler açısından daha donanımlı hale büründüğü ve hekim önerilerini kabul etmeye daha az yatkın olduğu; bu nedenle geleneksel olarak tıbbi müdahale sürecinin edilgen öznesi olan hastaların artık bu sürecin etkin bir katılımcısı haline geldiği ifade edilmektedir¹⁰. Gerçekten de

⁸ Bkz. *Aşağıda* üçüncü bölümdeki 133 numaralı dipnottaki açıklamalar.

⁹ Gianfranco Cervellin/Mario Cavazza, "Defensive Medicine in the Emergency Department: The Clinicians' Perspective", **Emergency Care Journal**; C. XII, No: 1, 2016, s. 20-22; Hırvatistan'ın söz konusu dönüşümü 2015 yılında yaşadığına dair bkz. Lucija Murgic, *et al.*, "Paternalism and Autonomy: Views of Patients and Providers in a Transitional (Post-Communist) Country", **BioMed Central Medical Ethics**, C. XVI, 2015, Makale No: 65.

¹⁰ Xiao-Yang Chen, "Defensive Medicine or Economically Motivated Corruption? A Confucian Reflection on Physician Care in China Today", **Journal of Medicine and Philosophy**, C. XXXII, No:

günümüzde hastalar artık hekimlerin yanına gitmeden evvel kendi imkânları ile semptomlarını yorumlamakta ve bu bağlamda hekimlerden nokta atışı tetkikler veya müdahaleler talep etmektedirler.

Hasta beklentilerinin izah edilen doğrultuda gelişerek farklılaşması olgusunun eldeki çalışma bakımından önemi büyüktür. Burada ismi zikredilmesi gereken önemli bir düşünür olan Beck, 20'nci yüzyıl içinde hekimler aleyhinde hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan tazminat davalarının sayısındaki keskin artışı arz edilen değişimlere bağlamaktadır¹¹. Bu bağlamda, Beck tarafından ileri sürülen “*dönüşümlü modernleşme*” (*reflexive modernity*) mefhumunun üzerinde durulmasının hayli önemli bulunur. Beck, insanlığın zaman içinde kat ettiği aşamaların sonuncusu olarak nitelediği ve modernleşme sürecinin kendisinin de modernleştiğini söylediği günümüz düzeninin, yeni ve birbirini tetikleyen birçok riskler sarmalını da beraberinde getirdiğini vurgulamakta ve bu düzeni *risk toplumu* olarak adlandırmaktadır¹². Öyle ki, risk toplumunda sanayi faaliyetlerinde çevreye verilen zararın miktarı artmış ve çeşitlenmiş; birbirleriyle etkileşime geçince neler olabileceği bilinmeyen farklı kimyasal sanayi atıkları çevre zararının azaltılması için şehir merkezlerine uzak çöp toplama alanlarına bir arada bırakılmaya başlanmış; fakat bu sefer de yer altı suları söz konusu atıklar nedeniyle zehirlenmiş; sonuçta ise içme sularını temizlemek amacıyla değişik kimyasallar üretilmeye başlanmıştır. Bu kimyasalların kullanıldığı sular nedeniyle sağlık sorunları gözlemlendiğinde ise çözüm sağlık sektöründe aranmaya başlanmıştır. Böylece üretilen bir soruna karşı sunulan çözümün başkaca sorunlara yol açtığı bir risk sarmalının içine girilmiştir¹³.

6, 2007, s. 642; Cervellin/Cavazza, “Defensive Medicine in the Emergency Department: The Clinicians’ Perspective”, s. 21.

¹¹ Beck, **Risk Society: Towards a New Modernity**, s. 165: “The results are conflictual equalization tendencies in the gradient of rationality between experts and lay people (one good indicator of which among many, for instance, is the increase in ‘medical malpractice’ lawsuits).”

¹² Buradaki risk kelimesi, belli bir faaliyet nihayetinde ulaşılabilecek sonuçlar açısından mevzubahis belirsizlikleri ifade eden bir ölçüdür. Risk kelimesi günümüz anlamıyla ilk kez 16. yüzyıl İtalya’sında kapitalist düzenin yerleşmeye başladığı dönemde ve ticari işlerin kontrolden çıkmasına yol açabilecek hususlara atfen kullanılmaya başlansa da tarih içinde kader ya da talih gibi metafizik kavramlarla birlikte kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Beck, **Risk Society: Towards a New Modernity**, s. 10; John C. Chicken/Tamar Posner, **The Philosophy of Risk**, London, Thomas Telford Publishing, 1998, s. 11; Jennifer Patterson, “Refiguring Risk in Medicine and Healthcare: Crafting Wild Narratives”, **Risk and Regulation at the Interface of Medicine and the Arts: Dangerous Currents**, Editör: Alan Bleakley/Larry Lynch/Gregg Whelan, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2017, s. 10-25.

¹³ Beck, **Risk Society: Towards a New Modernity**, s. 66-67 ve 178.

Risk toplumunda paternalist tıbbi müdahalelerin reddedilmesi, fertler nezdinde hukuk ve hasta hakları açısından artan farkındalık seviyesi ile bilim insanlarına ve onların tavsiyelerine karşı yükselen şüphecilik¹⁴ gibi hususların; hekimler aleyhinde hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan tazminat istemli davaların sayısını da arttırdığını ifade etmek mümkündür. Hukuki dayanaktan yoksun olmasına rağmen açılabilen bu davalar neticesinde ise özellikle *common law* ülkelerinde yüklü miktarda tazminata hükmedilebilmekte, hekimlerin mesleki sigortalarına ödedikleri primler yükselmekte ve hekimler uzun yargılama süreçlerinde davalı/sanık sıfatıyla yer alarak ciddi şekilde yıpranabilmektedir¹⁵. İşte savunmacı tıp, kimilerince “*akıldışı tehlike*”¹⁶ olarak anılan söz konusu tehditler kısılacında çalışan hekimlerin, mesleklerini söz konusu girdaba karşı kendilerini *savunma* maksadını öncelikleri yaparak icra etmeleri anlamını taşımaktadır.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken hastalarınınkinden ziyade kendi menfaatlerini öncelikleri haline getirmesinin, onları tıbbi kurallara ve standartlara aykırı müdahalelere yönlendirebileceği düşünülebilir. Nitekim belli bir müdahalenin tıbbi endikasyona aykırı olduğunun bilincinde olan hekim, bu müdahaleyi salt

¹⁴ Risk toplumu kuramına göre, insanlığın sahip olduğu/ulaşabildiği bilgi yükselen bir ivmeyle artmaktadır ve *insanlarca üretilen yapay belirsizliklerin* sayısında da aynı şekilde bir artış vardır. Öyle ki günümüz insanı, geçmiş yüzyıllardaki taydasının aksine, uzmanlık unvanı bulunan kimselerin sözlerine artık yüksek bir şüphe ile yaklaşmakta ve güvensizlik hissi duymaktadır. Bkz. Engin Yıldırım, “Risk Toplumunda (Depremle) Yaşamak”, **Akademik İncelemeler**, C. III, No: 1, 2008, s. 77; Beck’in risk toplumu mefhumu ile betimlediği bu şüphecilik, başta Ronald Dworkin ve David Harvey gibi pek çok yazar tarafından *postmodern* kültürle özdeşleştirilmekte ve sair açılardan isabetli ve sert şekilde eleştirilmektedir. Bkz. David Harvey, **The Condition of Postmodernity**, Cambridge, Blackwell, 1992, s. 63; Bkz. Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, **Philosophy & Public Affairs**, C. XXV, No: 2, 1996, s. 87-139. Dworkin’e göre postmodern kültürün şüphecilik anlayışını benimsemiş kimse; ahlaki, etik veya estetik varsayımlar üzerinden hareket etmek istemediğini beyan ederek çıktığı düşünce yolunun nihayetinde neredeyse hiçbir konuda objektif bilgiye veya doğruya erişilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Yazar söz konusu anlayışı eleştirdiği makalesinin sonunda şu saptamalarda bulunmaktadır: “*Absolute clarity is the privilege of fools and fanatics. The rest of us must do the best we can: we must choose amongst the three substantive views on offer by asking which strikes us, after reflection and due thought, as more plausible than the others. And if none does, we must then settle for the true default view, which is not indeterminacy, but uncertainty. These various lessons are equally applicable to morals and ethics. Is there a “right answer” to the question of what Antigone should have done? That depends, plainly, on complex, highly theoretical issues of substantive morality.*”

¹⁵ Sheryl Gay Stolberg, “Lobbyists on Both Sides Duel in the Medical Malpractice Debate”, New York Times (12/03/2003), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/2003/03/12/us/lobbyists-on-both-sides-duel-in-the-medical-malpractice-debate.html>.

¹⁶ “*Irrational risk*”. Bkz. James Richard Bean, “Defensive Medicine: Rational Response to Irrational Risk”, **World Neurosurgery**, C. XCIV, 2016, s. 568-569.

hastasının kendisine yönelttiği baskılar nedeniyle ve hastasının hedefi haline gelmemek maksadıyla icra edebilir. Yahut mesleki yükümlülükleri gereği durumu kritik olan hastaya karşı belli bir tıbbi müdahaleye girişmesi gereken hekim, hâlihazırda zaten kritik durumdaki hastanın bu müdahale nedeniyle zarar görmesi halinde kendisine dava açacağından çekinerek bu müdahaleye girişmeyi ihmal edebilir. Bu durum ise adeta bir *Gordion düğümü* ifade eder; zira hukuki sorumluluk altına girmemek dürtüsüyle gerçekleştirilen bu davranışlar, *lex artis* kıstasına aykırı tıbbi müdahalelere yol açabileceği gibi sorumluluktan kaçınmak amacıyla ihmal edilmiş tıbbi müdahaleler ise ihmali suçları vücuda getirebilecektir.

Hülasa, hekimlerin kendilerini arz olunan tehditlere karşı *savunma* dürtülerinin adeta bir bumeranga dönüşerek cezai sorumluluğa yol açabildiği görülmektedir. Hastalar açısından ise, hukukî sorumluluk noktasında tehlikeli olduğu değerlendirilen tıbbi alanlarda çalışmak isteyen hekim sayısının azalması¹⁷ ve bazı coğrafi bölgelerde bu alanlarda çalışan hekimlere dahi rastlanmaması¹⁸ hususları nedeniyle sağlık hizmetinin erişilebilirliği ve kalitesi bakımından soru işaretleri gündeme gelmektedir. Hekimlerin hastalarına olası davacılar veya *yürüyen mahkeme zabıtları* gözüyle bakması halinde, hastalarıyla düzgün iletişim kuramayacakları ve hatalı tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilebilecek tıbbi müdahalelere imza atabilecekleri de ifade edilebilir.

İzah edilen nedenlerle ve kanımızca, hekimlere karşı açılan davaların sayısındaki artışın ve hekimlerin buna karşı verdiği tepkilerin, Beck'in risk toplumu kuramında işaret ettiği *imal edilen risk* kavramına uygun bir hüviyet arz ettiğinin ifade edilmesinde sakınca yoktur. Gerçekten de her ne kadar hekim ile hasta arasındaki bilgi asimetrisinin ortadan kalkması çoğu durumda mümkün olmayacaksa da özellikle internet sayesinde bireylerin tıbbi bilgilere erişme olasılığının artması, uzmanlara duyulan güvenin azalması ve paternalist tıp anlayışının bu kapsamda terk edilmesi gibi

¹⁷ Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM), “2021 TUS 1.Dönem Yerleştirme Sonuçlarına İlişkin Sayısal Bilgiler”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2021/TUSDONEM1/TERCIH/sayisal_bilgiler07052021.pdf; Ajans Kamu, “Uzmanlık Sınavı'nda Boş Kalan Kontenjanlar”, (10/05/2021), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ajanskamu.net/sinavlar/uzmanlik-sinavi-nda-bos-kalan-kontenjanlar-h157926.html>.

¹⁸ Amanda Craig, “A Physician's Perspective on the Medical Malpractice Crisis”, **Annals of Health Law**, C. XIII, No: 2, 2004, s. 625-626.

hususların, hekimlere karşı açılan davaların sayısını arttırdığı yönünde bir spekülasyon yapılması mümkündür. Bu duruma karşın hekimler ise savunmacı davranışlara başlamış ve bu kapsamda hem bireyler hem de hekimlerin kendileri bakımından birçok belirsizlik içeren savunmacı tıp kavramı, risk toplumunun imali olmuştur.

B. Kavramın Tarihi Gelişimi ve Tanıma Ulaşma Çabaları

Dünya hukuk yazınında savunmacı tıp kavramına odaklanan ilk çalışmaların ABD’de ve 1970’li yıllarda yürütüldüğü görülmektedir¹⁹. Tazminat davalarının ve cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) uygulamasının bu ülkenin hukuk sisteminde oynadığı önemli rol düşünüldüğünde, hekimlerin dava tehdidine karşı verdikleri tepkilerin ilk kez ABD’de kavramsallaştırılmış olmasının şaşırtıcı olmadığı ifade edilebilir.

1. Etki: Hekimler Aleyhinde Açılan Davalar

Öğretide, 1800 ilâ 1835 yılları arasında hatalı tıbbi müdahale kavramının ABD’de bilinmediği²⁰ fakat özellikle 20’nci yüzyılın ilk yıllarından başlamak üzere bu ülkede hekimlere karşı açılan tazminat davalarının sayısının yükselen bir ivmeyle arttığı ifade edilmektedir; öyle ki bu sayı 1930 ilâ 1950 yılları arasında yüz kat artmış, 1966 yılına gelindiğinde ülkedeki hekimlerin %17,8’i mesleki hayatları boyunca en azından bir kere davalı konumuna gelmiştir²¹. İlgi çekici bir tespit olarak, hekimlerin 1950’li yıllara kadar genellikle somut olarak belli davranışlar (Örn. radyasyon yanığına yol açmak) nedeniyle dava edildiği fakat 1950’lerden başlamak üzere bu

¹⁹ Leonard Berlin, “Medical Errors, Malpractice, and Defensive Medicine: An Ill-Fated Triad”, **Diagnosis (Berl)**, C. IV, No: 3, 2017, s. 133–139.

²⁰ Bu dönemde özellikle amputasyonun veya ölümün söz konusu olmadığı olaylarda hekimlerin nadir şekilde dava edilemediği ve hekimlerin bu davaların pek azında kaybettiği aktarılmaktadır. Bu bağlamda 1812 ilâ 1835 yılları arasında ülkenin önde gelen tıp dergileri olan *New England Journal of Medicine and Surgery* ve ardılı *Boston Medical and Surgical Journal* kapsamında yalnızca 3 adet davadan bahsedildiği ifade edilmektedir. Bkz. Allen D. Spiegel/Florence Kavalier, “America’s First Medical Malpractice Crisis, 1835-1865”, **Journal of Community Health**, C. XXII, No: 4, 1997, s. 283-308; Bir başka kaynakta ise ABD’de hekim aleyhinde hatalı tıbbi müdahale nedeniyle açılan ilk davanın 1794 yılına tarihlendiği ve cerrahi müdahale sonrası gelişen komplikasyonu ilgilendirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Andrew A. Sandor, “The History of Professional Liability Suits in the United States”, **Journal of the American Medical Association**, C. CLXIII, No: 6, 1957, s. 459-466.

²¹ Bu bağlamda açılan davalar neticesinde altı haneli tazminat tutarları 1950’li yıllarda alışlagelmiş meblağlar halini almış, sadece Los Angeles’da hükmedilen tazminat tutarları ise 1957 yılında ortalama 2.478 Amerikan Doları iken bu sayı 1970 yılında 13.325 Amerikan Dolarına yükselmiştir. Bkz. “The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine”, s. 940, dn. 4.

eğilimin hekimlerin kendilerinden bekleneni yapamamaları sebebine (Örn. doğru teşhis koyamamak) doğru kaydığı aktarılmaktadır²².

Amerikan tıp hukuku yazınında 1970, 1985 ve 2002 yıllarında üç kere vuku bulduğu aktarılan “tıbbi kötü uygulama krizi” (*medical malpractice crisis*) ifadesi, belki de bu kapsamda en sık zikredilen kavramdır. Bu dönemlerde, hekimlerin mesleki sigorta primleri açılan davalar nedeniyle tahammül edilemez seviyelere yükselmiş ve hekimler aleyhine ciddi tutarlarda tazminatlara hükmedilmeye başlanmıştır²³. Bu kapsamda özellikle kadın hastalıkları (jinekoloji-*gynaecology*) ve doğum (obstetrik-*obstetrics*), genel cerrahi, iç hastalıkları, beyin ve sinir cerrahisi (nöroşirurji-*neurosurgery*), anestezi, ortopedi ve travmatoloji alanlarında açılan davaların tıbbın diğer alanlarına kıyasla çok daha fazla olduğu aktarılmaktadır²⁴.

ABD’de faal otuz üç bin hekimin poliçesini düzenlemiş beş büyük sigorta şirketinin verilerini konu alan ve hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan bin beş yüze yakın tazminat davasının incelendiği bir çalışmada²⁵, bu davaların yüzde üçün (37) davaya konu tıbbi müdahalenin muhatabına herhangi bir zarar vermediği; yüzde otuz yedisinde (515) ise hatalı tıbbi müdahale bulunmadığı neticesine ulaşıldığı aktarılmaktadır. Dikkat çekici bir husus olarak muhataba zarar verilmediği veya ortada hatalı tıbbi müdahale bulunmayan bu yüzde kırklık dilim (552) içinde yer alan davaların yüzde yirmi dokuzunda (151) yine de hekim aleyhinde tazminata hükmedildiği görülmüştür. Bir düşünceye göre söz konusu yüzde kırklık dilimde teşekkül etmiş zihniyet, hekimlerin savunmacı davranışlar gerçekleştirmesinin önemli bir kaynağı olmaktadır²⁶.

Dünya ile eşzamanlı olarak Türkiye’de de hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan davaların sayısı her geçen gün artmaktadır. Nitekim 2004 ilâ 2010 yılları

²² Berlin, “Medical Errors, Malpractice, and Defensive Medicine: An Ill-Fated Triad”, s. 133.

²³ Patricia M. Danzon, “An Economic Analysis of the Medical Malpractice System”, **Behavioral Sciences & The Law**, C. I, No: 1, 1983, s. 39-54; Kenneth E. Thorpe, “The Medical Malpractice ‘Crisis’: Recent Trends and the Impact of State Tort Reforms”, **Health Affairs**, C. XXIII, Ek No: 1, 2004, s. 20.

²⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 949.

²⁵ David M. Studdert *et al.*, “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, **The New England Journal of Medicine**, C. CCCLIV, No: 19, 2006, s. 2024.

²⁶ William T. Choctaw, **Avoiding Medical Malpractice: A Physician’s Guide to the Law**, New York, Springer, 2008, s. 13.

arasında mahkemelerden Adli Tıp Kurumuna (ATK) havale edilen dosya sayısının 295'ten 1.325'e çıktığı ifade edilmektedir²⁷. Öğretide, hatalı tıbbi müdahale iddiası ile İstanbul Tabip Odasına yapılan başvuruların 1993 ilâ 2003 yılları arasında yüzde kırk iki oranında arttığı²⁸, 1990 ilâ 2000 yılları arasındaki on yıllık periyotta bu iddiayı içerir nitelikte yargılamalara ilişkin ATK'ya gönderilen dosya sayısının 653 olmasına rağmen, 2013 ve 2014 yıllarını kapsayan iki yılda bu sayının 1.980'e ulaştığı aktarılmaktadır²⁹. ATK'ya sadece genel cerrahi alanını ilgilendiren ölümlü davalar açısından gelen dosya sayısının 2012 yılında 105 adet olduğu ve bunlar arasında yalnızca yirmi üç tanesinde hatalı tıbbi müdahaleye rastlandığı görülmektedir³⁰.

2011 yılında yapılan bir çalışmada; hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan davalar açısından Yargıtay kararlarının yüzde elli üçünün ilk 5 yıl içinde çözüldüğü, en fazla vakanın (yüzde otuz bir) cerrahi alanlarda olduğu, en fazla aleyhinde karara hükmolunan grubu uzman hekimlerin oluşturduğu (yüzde yirmi dokuz) ve bu vakaların yüzde elli üçünün ölümle, geri kalanının sakatlıkla neticelenmiş olduğu ifade edilmiştir³¹. Bununla beraber, ülkemizde hatalı tıbbi müdahaleler bakımından sağlıklı ve yeterli istatistik tutulduğunu söylemek hayli güçtür. Keza bu konuda verilmiş yargı kararlarına bile kolay şekilde erişilememektedir. Nitekim 1978 ilâ 2006 yılları arasında hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan ve Yargıtay'a ulaşan dosyaların incelendiği bir akademik çalışmada toplamda ancak otuz adet dosyaya ulaşılabildiği ve bunlardan yalnızca iki tanesinin ceza yargılamasına ilişkin olduğu görülmektedir³². Bununla beraber, 2010 ilâ 2017 yıllarını kapsayan süreç açısından aynı konuda yürütülen bir başka çalışmada bu sayı 508 olarak tespit edilmiş ve bunların da 175 tanesinin ceza

²⁷ Uyanık Çavuşoğlu, "Sınırötesi Tele-Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar", s. 118.

²⁸ Coşkun Yorulmaz, "İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi", **İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005.

²⁹ Melike Bilir Balıkcı, "Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Ölümle Sonuçlanan ve Sonuçlanmayan Olguların Karşılaştırılması", **İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 95.

³⁰ Balıkcı, "Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Ölümle Sonuçlanan ve Sonuçlanmayan Olguların Karşılaştırılması", s. 366.

³¹ İsmail Özgür Can/Erdem Özkara/Muhammed Can, "Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, C. XXV, No: 2, 2011, s. 69-76.

³² Can/Özkara/Can, "Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi", s. 71.

yargılamasına ilişkin olduğu saptanmıştır³³. Hatalı tıbbi müdahale bakımından Türkiye çapında bir veri elde etmek amacıyla denenen bir başka yöntemde, 2000 ilâ 2007 yılları arasında yayımlanan gazeteler taranmış ve bu konuya ilişkin altmış sekiz tanesinin yargıya taşındığı 172 adet vaka haberine rastlanmıştır³⁴.

Kaynağını ATK raporlarından alan bir başka çalışmada, Türkiye’de hekimler aleyhinde yürütülen ceza davalarının yalnızca yüzde yirmisinde mahkûmiyet hükmü verildiği tahmin edilmektedir³⁵. Öte yandan Türk Tabipleri Birliğinin 2018-2020 yıllarına ilişkin bir raporundan anlaşıldığı kadarıyla, bu süre zarfındaki mesleki disiplin soruşturmalarında Yüksek Onur Kuruluna gönderilen dosya sayısının 396 olduğu ve bunların toplamda 567 hekimi ya da sağlık hizmeti sunucusunu ilgilendirdiği görülmektedir³⁶. Bu dosyaların 200 adedinde hiçbir özneye herhangi bir yaptırım uygulanmamışken 185 tanesinde ise hatalı tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilecek fiiller nedeniyle hekimlere disiplin yaptırımı uygulanmıştır³⁷. Söz konusu iki yıllık süreç içinde Türkiye’deki tabip odalarının yalnızca yedi hekim aleyhinde resen soruşturma başlatmış olması hususu dikkat çekicidir.

2. Tepki: Hekimlerin Savunmacı Davranışları

Bir üst başlıkta istatistiki olarak ortaya konan dava olgusu, hekimlerin aleyhlerindeki bu iklime karşı kendilerini savunma davranışlarına girmelerine sebep olmuştur. Hekimler, aleyhlerinde dava açılmasını engellemek adına tıbbi gerekliliklere aykırı olmasına rağmen “ne olur ne olmaz” düşüncesiyle fazladan müdahalelerde bulunabildikleri gibi, kendilerini dava edebileceklerini değerlendirdikleri hastalara

³³ Balıkcı, “Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Ölümle Sonuçlanan ve Sonuçlanmayan Olguların Karşılaştırılması”, s. 75.

³⁴ Gül Ertem/Esra Oksel/Ayşe Akbıyık, “Hatalı Tıbbi Uygulamalar (Malpraktis) ile İlgili Retrospektif Bir İnceleme”, **Dirim Tıp Gazetesi**, Yıl: 84, No: 1, 2009, s. 4.

³⁵ Coşkun Yorulmaz/Ziya Kır/Çetin Ketenci, “Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Sempozyum Dizisi No: 48)**, Editör: Coşkun Yorulmaz/Gürsel Çetin, İstanbul, y.y., 2006, s. 67.

³⁶ Türk Tabipleri Birliği, “Merkez Konseyi 2018-2020 Çalışma Raporu”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.tb.org.tr/c_rapor/2020-2021/2021_calisma_raporu.pdf.

³⁷ Bkz. **Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği**. (Resmî Gazete: 28/04/2004 – Sayı: 25446). Bahsi geçen yaptırımlar, söz konusu yönetmeliğin 3’üncü maddesinin ilk fıkrasının (d), (e) ve (f) bentleri açısından 18 dosya; 4’üncü maddesinin ilk fıkrasının (g), (r), (s) ve (t) bentleri açısından 42 dosya; 5’inci maddesinin ilk fıkrasının (c), (e), (k), (l), (m), (p) ve (t) bentleri açısından ise 64 dosya kapsamında gündeme gelmiştir.

müdahalede bulunmayı reddetmeyi de seçebilmektedirler. Hekimlerin tıbbi kuralları ve standartları kasten veya taksirle ihlal ettikleri hallerde cezai sorumluluklarının gündeme gelebileceği, zira tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmayacağı ifade edilebilecektir.

Yapılan anket çalışmaları da hekimin savunmacı davranışlarının dünyanın pek çok bölgesinde ve oldukça yaygın şekilde gözlemlendiğini göstermektedir. Söz gelimi, hekimlerle gerçekleştirilen mülakatların analiz edildiği bir çalışmada savunmacı davranış sergileme oranı ABD’de görev yapan hekimler arasında yüzde yetmiş üç olarak bulunmuşken³⁸ aynı oran İsrail’de yüzde altmış iki³⁹, İtalya’da yüzde altmış⁴⁰, Japonya’da yüzde doksan üç⁴¹ ve Türkiye’de ise yüzde yetmiş iki⁴² şeklinde tespit edilmiştir. Metodolojik tercih anket yerine istatistik yönünde kullanıldığında da savunmacı tıbbin yaygınlığına işaret eden manzara değişmemektedir. Öyle ki bir çalışmada, hekimlerin güvence davranışları nedeniyle ABD’de her yıl elli milyar Amerikan doları gereksiz masrafa yol açıldığına dikkat çekilmektedir⁴³.

Kadın hastalıkları, genel cerrahi, beyin/sinir cerrahisi ve ortopedik cerrahi alanlarında çalışan hekimlerin savunmacı davranışlara daha sık başvurdukları aktarılmaktadır⁴⁴. Öğretide de gerek anne ve çocuğun ikisini birden ilgilendirmesi gerekse de diğer branşlara göre muhtemel komplikasyonların daha fazla olması nedeniyle kadın hastalıkları ve doğum alanlarının savunmacı tıp açısından en riskli alanlardan birisi olarak kabul edildiği görülmektedir⁴⁵.

³⁸ Sonal Sekhar/Nikki Vyas, “Defensive Medicine: A Bane to Healthcare”, **Annals of Medical and Health Sciences Research**, C. III, No: 2, s. 295–296; Jackson Healthcare, “A Costly Defense: Physicians Sound off on the High Price of Defensive Medicine in the U.S.”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://truecostofhealthcare.org/wp-content/uploads/2015/02/defensivemedicine_ebook_final.pdf.

³⁹ Eldad Silberstein *et al.*, “Defensive Medicine Among Plastic and Aesthetic Surgeons in Israel”, **Aesthetic Surgery Journal**, C. XXXVI, No: 10, 2016, s. 299-304.

⁴⁰ Massimiliano Panella *et al.*, “Prevalence and Costs of Defensive Medicine: A National Survey of Italian Physicians”, **Journal of Health Services Research & Policy**, C. XXII, No: 4, 2017, s. 211-217.

⁴¹ Toru Hiyama *et al.*, “Defensive Medicine Practices Among Gastroenterologists in Japan”, **World Journal of Gastroenterology**, C. XII, No: 47, 2006, s. 7671–7675.

⁴² İhsan Solaroglu *et al.*, “Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice Among Neurosurgeons in Turkey”, **Plos One**, C. IX, No: 10, 2014, s. 1-7.

⁴³ Silberstein *et al.*, “Defensive Medicine Among Plastic and Aesthetic Surgeons in Israel”, s. 300.

⁴⁴ Çalıköğü/Aras, “Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study” s. 1.

⁴⁵ Mert Küçük, “Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, **Journal of Obstetrics and Gynaecology**, C. XXXVIII, No: 2, 2018, s. 200.

a. Tanım Önerileri

Savunmacı tıbbi müdahalenin tanımı konusunda ne Türkçe kaynaklarda ne de yabancı dildeki çalışmalarda fikir birliği vardır⁴⁶. Fakat ABD Teknoloji Değerlendirme Ofisi'nin 1994 yılında yayımladığı bir kitapçıkta yapılan tanımın, öğretilerde sıkça atıf aldığı görülmektedir. Bu tanıma göre savunmacı tıp, “*hekimin bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken (veya bir müdahaleyi yapmamaya karar verirken) öncelikli olarak hukuki sorumlulukla karşılaşma riskini azaltmayı amaçlaması*” hallerini ifade etmektedir⁴⁷. Dikkat edilmelidir ki söz konusu tanıma göre hekim, somut olayda hasta menfaatinin gözetmiş olsa dahi kendisi açısından hukuki sorumluluktan kaçınma amacını öncelik haline getirdiği takdirde ortada bir savunmacı tıbbi müdahale olduğu kabul edilmektedir. Keza yine bu tanıma göre, hekimin savunmacı tıbbi müdahalede bulunduğu “bilincinde olması” veya bir zarar oluşması ortada bir savunmacı tıbbi müdahale olduğunun kabulü için gereken şartlar arasında değildir. Öğretilerde sık atıf aldığı görülen bir diğer tanıma göre ise savunmacı tıbbi müdahale, hekimin hastasının tıbbi menfaatlerinin yerine kendi hukuki menfaatlerini gözettiği klinik uygulamalardır⁴⁸.

Arz olunan iki tanım arasındaki en önemli fark, hekimin tıbbi müdahale açısından yürüteceği karar alım sürecindeki psikolojik durumu ve tıbbi endikasyon noktasında düşünülmemektedir. Keza ilk tanıma göre hekimin tıbbi karar alım sürecinde gözettiği amaçları arasında hasta menfaati bulursa bile kendi hukuki menfaatinin önceleme savunmacı tıbbi müdahalenin varlığı için yeterli olmaktadır. Buna karşın ikinci tanıma göre ise savunmacı tıbbi müdahaleden bahsedilebilmesi için hekimin tıbbi karar alımı sürecinde hasta menfaati yerine kendi hukuki menfaatinin

⁴⁶ Livio Garattini/Anna Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, **The European Journal of Health Economics**, C. XXI, No: 4, 2020, s. 477.

⁴⁷ U.S. Congress Office of Technology Assessment, **Defensive Medicine and Medical Malpractice**, Washington DC, Government Printing Office, 1994, s. 21: “*Defensive medicine occurs when doctors order tests, procedures, or visits, or avoid high-risk patients or procedures, primarily (but not necessarily solely) to reduce their exposure to malpractice liability. When physicians do extra tests or procedures primarily to reduce malpractice liability, they are practicing positive defensive medicine. When they avoid certain patients or procedures, they are practicing negative defensive medicine.*”

⁴⁸ Marshall B. Kapp, “Defensive Medicine: No Wonder Policymakers Are Confused”, **International Journal of Risk & Safety in Medicine**, C. XXVIII, No: 4, 2016, s. 213-219: “*Clinical practice that is driven by the physician’s perception of legal self-interest rather than by concern about expectation of patient benefit.*”

gözetmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu tanımlardan ilkinin kabul edilmesi halinde savunmacı nitelikte olduğu kabul edilecek tıbbi müdahalelerin sayısı, ikinci tanım kapsamındakilere göre çok daha fazla olacaktır.

Tıbbi endikasyon ve hekimin karar alım süreci oldukça karmaşık ve çok boyutlu bir fikri mesai gerektirmektedir. Çoğu olguda, hangi tıbbi müdahaleyi ne şekilde uygulayacağına karar verecek hekimin gözettiği birden fazla değişken bulunmaktadır. İnsanüstü bir varlık olmayan hekimin, günlük yaşamında aldığı diğer kararlarda olduğu gibi mesleğini icra ederken de kendisine zararı olacak olgulardan kaçınma *dürtüsünü* taşıması hayatın olağan akışına uygun olacaktır. Dolayısıyla, hekimlerin tıbbi karar alım sürecinde hastalarını menfaatlerinin *yanında* ayrıca kendileri açısından hukuki sorumluluktan kaçınma amacını da gözetmiş olmaları mümkün ve olağan kabul edilmelidir. Fakat burada önemli olan husus, müdahalenin tıbbi gerekliliklere uygun olarak nitelenip nitelenemeyeceği olacaktır. Tıbbi gerekliliklere aykırı şekilde icra edilmiş bir müdahalenin varlığı tespit edilirse ancak bu noktada hekimin fiilini icra ederken *öngördüğü* veya *baskısı altında kaldığı* hususlar taksir ve kusur başlıklarında önem arz edecektir.

Özellikle tedavi süreçlerinin çoğu, yapılması gerekenlerin önceden belli olduğu ve tek bir müdahaleyi gerektiren olgulardan ibaret olmamaktadır. Tıbbi kurallar ve standartlar, hekime birden fazla seçenek sunmakta ve bu seçeneklerin her birisi *lex artis* kıstasına uygun olabilmektedir. Dolayısıyla mesleki özerklikten yararlanan hekim, her bir somut olayda ve mevcut hastanın durumuna göre endikasyonun ne yönde olduğuna karar vermekte ve yapılabilecek birçok müdahale arasından belli bir tanesine mesleki takdir marjı dâhilinde karar vermektedir. İşte bu hallerde hekim, aslında kendi hukuki menfaatini gözetmesine rağmen, karar verme yetkisini tıbbi kurallara ve standartlara uygun olarak kullanmış olabilir.

Böylece, hekimin kendi hukuki menfaatini gözeterek aldığı tıbbi karar; (1) tıbbi kurallara ve standartlara uygun *seçenekler arasında hasta açısından en uygun* hüviyetteki seçenek olabilir, (2) bu seçenekler arasında olmakla beraber hastanın menfaati açısından olumlu veya olumsuz bir *anlam ifade etmeyebilir*, (3) veya diğer seçeneklere göre hastanın tıbbi menfaatine *daha az uygun* olan fakat hekimin hukuki menfaatine hizmet etmesi sebebiyle alınmış bir karar hüviyetinde de tezahür edebilir.

Bittabi, hekim somut olaydaki seçenekler arasında olmadığı için *lex artis* kıstasına aykırı olmasına rağmen salt kendi menfaatine olduğu için de belli bir yönde davranmış olabilir ki cezai sorumluluk kural olarak bu noktada düşünülebilir.

Hülâsa, tıbbi kurallara ve standartlara uygun olarak gerçekleştirilen bir tıbbi müdahalede yegâne amacın ya hekimin hukuki menfaati ya da hastanın tıbbi menfaati olmak zorunda olduğu dikotomisi yanıltıcıdır⁴⁹. Hekim tıbbi karar alımı sürecinde aynı anda hem kendi menfaatini hem de hastanın tıbbi menfaatini amaçlamış olabilir ve hekimin öngörülleri bu yönde gelişmiş olabilir. Bu açıdan, savunmacı tıbbi müdahale açısından yapılacak tanımın *sadece* hekimin hukuki menfaatinin amaçlanması halleriyle çerçevelendirilmesi, söz konusu kavramın kapsamını arzu edilmeyecek şekilde sınırlandıracaktır. Böyle bir tanımın kabul edilmesi halinde hekimin hasta menfaatlerini *hiç* gözetmediği hallerin bir kısmının tıbbi olma niteliği dahi tartışmaya açılabilecektir. Son tahlilde, hekim aldığı tıbbi kararda kendi menfaatini gözetmesine rağmen bu husus alınan karar açısından *belirleyici* olmamış da olabilir.

Öte yandan, savunmacı tıbbi müdahaleler açısından yapılacak tanımda, hekimin kendisini fiziki olarak korumak istediği ve fiziki menfaatini gözettiği durumlara unsur olarak yer vermekte isabet vardır. Bu çerçevede savunmacı tıbbi müdahalenin hekimlerin hukuki sorumluluktan kaçınma davranışlarıyla sınırlı olmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla yukarıda verilen tanımların arz edilen noktalar açısından noksan olduğunu ifade etmekte bir beis yoktur.

Burada vurgulanması gereken bir diğer husus ise hekimin tıbbi karar alım sürecinde hastasının yanında kendi menfaatini de gözettiği hallerin zorunlu olarak tıbbi gerekliliklere aykırı nitelik taşımamasıdır. Nitekim yukarıda arz edildiği üzere hekim kendi menfaatini de gözetmekle beraber somut olayda tıbbi kurallara ve standartlara uygun davranmış da olabilir. Hiç şüphesiz, tıbbi kurallara ve standartlara aykırılık bulunup bulunmadığı tespiti için bilirkişi raporlarına müracaat edilmesi icap etmektedir. Bu kapsamda hukuk açısından önemli olan husus ise hekimin ahlaki tutumu veya iç dünyasındaki gelişmeler değil, hekimin tıbbi kurallara ve standartlara

⁴⁹ Eric D. Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of its Status and Possible Solutions”, **Clinical Practice and Cases in Emergency Medicine**, C. III, No: 4, 2019, s. 330; Kapp, “Defensive Medicine: No Wonder Policymakers Are Confused”, s. 215.

riayet edip etmediği ve suç unsurlarının oluşup oluşmadığı olacaktır. Hatırlatılmalıdır ki “*hukuk kimseden ne kahramanlık ne de azizlik bekler*”⁵⁰.

b. Ceza Hukuku Bağlamında Bir Analiz

Bir olayda savunmacı davranışın varlığından söz edilebilmesi, hekimin aldığı tıbbi karardaki saiklerinin belirlenmesi açısından anlamlı olmakta ve suç incelemesinin manevi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve kusur başlıkları altında incelenmeye değer emarelere işaret etmektedir. Örneğin, hekimin savunmacı davranışlara girerken öngördüğü hususlar (*bilinçli taksir değerlendirme*) ile davranışlarından dolayı kınanabilir olup olmaması (*kusurluluk değerlendirme*) sorunları; savunmacı tıbbin sebepleri, tetikleyicileri ve sonuçları bağlamında değerlendirilebilecek meselelerdir. Keza icra edilmiş bir müdahalenin tıbbi kurallara ve standartlara uygun olup olmadığı (*taksir ve hukuka aykırılık unsuru değerlendirme*) ile hastanın ilgili müdahaleye verdiği rızanın geçerli olup olmadığı (*hukuka aykırılık unsuru değerlendirme*) gibi meseleler de bu bağlamda önemlidir.

Hekimin savunmacı davranışlarının tamamını karşılayacak ve ceza hukuku bakımından özellikle manevi unsur başlığı altındaki değerlendirmelerde anlam ifade edecek bir çerçeve ortaya koyabilmek için, söz konusu olgunun sebeplerinin, tetikleyicilerinin ve sonuçlarının açıklanması gerekmektedir. Kavramın tanımlanması ve tarif edilmesi noktasında yapılan açıklamalara bakıldığında, birçok farklı hususun sebep ve tetikleyici olarak sayıldığı görülmektedir. Bu bağlamdaki çalışmalar, hekimin hukuki sorumluluk açısından hissettiği tehdit duygusunun ve hastaların hekime uyguladığı sair baskıların, hekimin savunmacı davranışlara başvurusunun en önemli sebepleri olduğu yönünde sonuçlara ulaşmaktadır⁵¹.

⁵⁰ Zeki Hafızogulları, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LVII, No: 3, 2008, s. 361.

⁵¹ Johan Christiaan Bester, "Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians", **Medicine, Health Care and Philosophy**, C. XXIII, No: 3, 2020, s. 416; Sandra C. Yan *et al.*, "Defensive Medicine Among Neurosurgeons in the Netherlands: A National Survey", **Acta Neurochirurgica**, 2017, C. CLIX, No: 12, s. 2341. Öğretide Toraman ve Çarıkçı, savunmacı tıbbi müdahalelerin sebeplerini makro ve mikro nedenler olmak üzere iki farklı kategoride incelemektedir. Buna göre makro nedenler; bilirsizlik kurumundaki aksaklıklar, eğitim sistemi, hekime karşı şiddet, medya, performans sistemi (daha fazla işlem daha fazla para), sağlık politikaları (hasta hakları bilincinin artması), şikâyet kanalları, hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan tazminat davaları ve zorunlu meslek sigortasını kapsamakta iken; mikro nedenler ise çıkar, güvensizlik,

Hekimlerin savunmacı davranışlarının sebeplerini açıklayan çalışmaların ana omurgası, hekimlere karşı açılan tazminat davalarıdır. Dolayısıyla hekimlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerdeki hukuk sisteminin ve hukuki kültürün hekim davranışlarına esaslı etkileri bulunduğu ifade edilebilir. Buna göre savunmacı davranışlar, hukuk sisteminde özellikle sigorta primleri ve tazminat tutarları bakımından haksız fiil sorumluluğunun önemli yer tuttuğu yüksek gelir grubu ülkelerinin ödediği ve adeta bir “*lüks vergisi*” niteliğinde bir bedel olarak gözükmekte, bu bakımdan savunmacı tıp hekimler açısından kişisel etkenlerden ziyade ülkedeki hukuk sistemine göre şekillenmektedir⁵².

Özellikle İngiliz Milletler Topluluğu (*commonwealth*) ülkelerinde ileri sürüldüğü görülen⁵³ bir görüşe göre özel hukuk anlamıyla *kusur* mefhumunun dava sonunda ödenecek tazminatın ve sigorta primlerinin belirlenmesinde önemli rol oynaması hususu, hekimin savunmacı davranışlarına yol açmaktadır⁵⁴. Zira yargılamada kusur oranının belirlenmesi açısından başta tarafsızlık ve nesnellik olmak üzere pek çok sorunla karşılaşmakta; dolayısıyla çoğu olayda kusurun net şekilde belirlenmesi mümkün olmamakta ve neticede davacılar ve bunların avukatlarının dışında hiç kimsenin menfaatine olmayan bir tabloyla karşılaşmaktadır⁵⁵. Bu düşüncüyü destekleyen nitelikte benzer bir düşünceye göre, özellikle hukuk mesleği mensuplarının daha yoğun olduğu ve yargı teşkilatının kuvvetli olduğu ABD, Fransa ve Almanya gibi ülkelerde hekimlerin savunmacı davranışlarına daha sık

iletişimsizlik, tükenmişlik ve zorunluluk gibi hususları içermektedir. Kanaatimizce yazarlar bu sınıflandırma ile hekimlere dava açılmasının sebepleri ile; savunmacı tıbbi müdahalelere sebebiyet veren etkenler, bu müdahalelerin amaçları ve tetikleyicileri gibi kavramları birbirine karıştırmıştır. Nitekim bize göre hekimlerin performans sistemini adeta istismar etmek suretiyle maddi çıkar amaçlı faaliyet göstermesinin savunmacı davranış kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Bkz. Aynur Toraman/İlker Hüseyin Çarıkçı, “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C. X, No: 23, 2019, s. 44-48.

⁵² James Richard Bean, “Defensive Medicine: A Game in Which Perception Trumps Reality”, **World Neurosurgery**, C. XC, 2016, s. 646-647; Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 478; Tom Vandersteegen, “The Determinants of Defensive Medicine Practices in Belgium”, **Health Economics, Policy and Law**, C. XII, No: 3, 2017, s. 364.

⁵³ The Law Society Gazette, “Fault-Based System ‘Inherently Biased’ to PI Claimants - Sumption”, (20/11/2017), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.lawgazette.co.uk/law/fault-based-system-inherently-biased-to-pi-claimants-sumption/5063778.article>.

⁵⁴ Bean, “Defensive Medicine: Rational Response to Irrational Risk”, s. 569.

⁵⁵ Institute of Actuaries of Australia, **Fault versus no-Fault: Reviewing the International Evidence**, Editör: Kirsten Armstrong/Daniel Tess, 2008, s. 4.

rastlanmaktadır; zira hekimler aleyhinde daha fazla dava açılmaktadır⁵⁶. Öğretide yapılan çalışmalar, yukarıda arz edilen argümanları destekler niteliktedir. Nitekim Kanada, Güney Afrika ve ABD örneklemindeki dört bine yakın hekimin savunmacı davranışlarının incelendiği bir anket çalışmasında ülkedeki hukuk sisteminin hekimlerin savunmacı davranışlarını etkilediği ortaya konarak bu sistemler arasında en olumlu olanın, mesleki sigorta primlerinin yıllık gelirin yüzde onunu aşmadığı ve meslek odalarının katkısıyla ödendiği Kanada’da olduğu tespit edilmiştir⁵⁷. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılan husus şudur: Hekimler hakkında hatalı tıbbi müdahale iddiaları sebebiyle dava açılması ve bu bağlamda mali yükümlülükler altında bırakılması, hekimleri bir tür *motivasyon baskısı* altına sokmakta ve savunmacı hekim davranışlarını tetiklemektedir⁵⁸. Bu husus, aşağıda da izah edileceği üzere kusurluluk değerlendirmesinde önem arz edebilmektedir.

Hekimlerin savunmacı davranışlara başvurmalarının arkasında yatan bir başka sebep, hekimin gerek meslektaşlarının gerekse hastalarının gözünde başarılı bir hekim olarak tanınma isteği ve başarısızlığa anılmama arzusudur⁵⁹. Buna göre hekimlerin *savundukları* hususlar arasında, kendi mesleki itibarları da sayılmalıdır. Nitekim mesleki itibarlarının örselenebileceği endişesi taşıyan hekimlerin, karar alım süreçlerinde tıbbi gerekler yerine söz konusu endişeler doğrultusunda hareket edebildiği ifade edilmektedir⁶⁰. Öte yandan başarısızlığı ile bilinen hekim aleyhinde dava açılması riskinin de fazla olacağı düşünülebileceğinden bu sebebin de hekimin hukuki sorumluluk endişesi kabul edilebileceği söylenebilir.

Savunmacı tıbbi davranışlarının sebepleri arasında hekime karşı şiddet vakalarının da sayılması gerekmektedir. Bu düşüncemiz, kendisini destekleyen

⁵⁶ Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 478; David J. Cote *et al.*, “Neurosurgical Defensive Medicine in Texas and Illinois: A Tale of 2 States”, **World Neurosurgery**, C. LXXXIX, 2016, s. 112-120.

⁵⁷ Sandra C. Yan *et al.*, “International Defensive Medicine in Neurosurgery: Comparison of Canada, South Africa, and the United States”, **World Neurosurgery**, C. XCV, 2016, s. 53-61; Timothy R. Smith, “Defensive Medicine in Neurosurgery: The Canadian Experience”, **Journal of Neurosurgery**, C. CXXIV, 2016, s. 1524-1530.

⁵⁸ Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of Its Status and Possible Solutions”, s. 330.

⁵⁹ Stanley Walter Fronczak, “Defensive Medicine: A Tax/Surcharge for The Delivery of Healthcare”, **World Neurosurgery**, C. XCV, 2016, s. 594-596.

⁶⁰ Ken L. Bassett/Nitya Iyer/Arminee Kazanjian, “Defensive Medicine During Hospital Obstetrical Care: A By-Product of the Technological Age”, **Social Science & Medicine**, C. LI, No: 4, 2000, s. 525-526.

kapsamlı ve destekleyici verilerin yokluğu nedeniyle spekülatif nitelikte kalmaktaysa da kendisine dönük fiziki bir tehdit altında çalışmaya gayret eden hekimin, tıbbi karar alım sürecinde bu maddi veya manevi baskı nedeniyle tıbbi gereklere aykırı davranabileceğinin tahmin edilmesi güç değildir.

Hekimleri savunmacı tıbbi müdahalelere doğru ittiği söylenebilecek tetikleyici bir diğer etken, hekimin hatası olup olmadığının henüz belli olmadığı durumlarda dahi toplumun ve medyanın başarısızlıkla neticelenen tıbbi müdahalelerden ötürü hekimi kişisel olarak sorumlu tutmasıdır⁶¹. Gerçekten de gerek geleneksel gerek sosyal medya platformlarında amacına ulaşamamış tıbbi müdahaleler nedeniyle hekimlerin sıklıkla ve şahsi olarak hedef gösterildiği ve sair suretlerde etiketlendiği görülmektedir⁶². Bu durumun nedenleri arasında günümüz toplumundaki yaygın kültürün hastalık ve ölüm mefhumlarını tolere edemeyişi gibi hususlar sayılmaktadır⁶³. Toplumun hekimi itham altında bırakan ve onun imajını örseleyen bu tepkileri ile medyanın bu süreçte adeta bir enzim rolü oynaması hususları, öğretilerde de hekimleri savunmacı tıba yönlendiren faktörler arasında sayılmaktadır⁶⁴.

Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi açısından tıp eğitimi konusuna da değinilmesi gerekmektedir. Öğretilerde bazı çalışmalar, tıp fakültesi öğrencilerinin mezuniyet öncesi aldıkları eğitim sürecinde klinik kararları nedeniyle haklarında dava açılabilirliği noktasında uyarıldıklarını ve bu sebeple herhangi bir karar verirken bu gerçeği göz önünde bulundurmalarının gerektiği şeklinde telkin gördüklerini aktarmaktadır⁶⁵. Bu fikri destekler nitelikteki bir başka çalışmada, ABD’deki bazı tıp fakültelerinde öğrencilerin savunmacı tıbbi müdahalelere teşvik edildiği ifade edilmektedir⁶⁶.

⁶¹ Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 478.

⁶² Domenico M. Toraldo/Ughetta Vergari/Marta Toraldo, “Medical Malpractice, Defensive Medicine and Role of the “Media” in Italy”, **Multidisciplinary Respiratory Medicine**, C. X, No: 12, 2015, s. 1-7.

⁶³ Vento/Cainelli/Vallone, “Defensive Medicine: It is Time to Finally Slow Down an Epidemic”, s. 1. Ayrıca bkz. *Yukarıda* birinci bölümdeki 54 numaralı dipnot ve ilgili metin.

⁶⁴ Italia Maria Pellino/Gianluca Pellino, “Consequences of Defensive Medicine, Second Victims, and Clinical-Judicial Syndrome on Surgeons Medical Practice and on Health Service”, **Updates in Surgery**, C. LXVII, No: 4, 2015, s. 331-337.

⁶⁵ Erik Renkema *et al.*, “Triggers of Defensive Medical Behaviours: A Cross-Sectional Study Among Physicians in the Netherlands”, **British Medical Journal Open**, C. IX, No: 6, 2019, s. 1.

⁶⁶ Kapp, “Defensive Medicine: No Wonder Policymakers Are Confused”, s. 215; Tıp fakültelerinde düzenlenen etkinliklerde hukuki sorumluluğa karşı güvende olmak için şüphe halinde sezaryen ile

Görüldüğü üzere, savunmacı tıbbi müdahalelere neden olan veya hekimin savunmacı davranışlara girişmesini tetikleyen pek çok farklı etken olduğu gibi, bu kapsamda hekimin gözetebildiği farklı amaçlar da gündeme gelebilmektedir. Kanımızca ve yukarıdaki açıklamalar ışığında hekimin mesleği kapsamında icrai veya ihmali nitelikte bir davranışı gerçekleştirirken *hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak amacını*, hastasının tıbbi menfaatine kıyasla önceliği yapması ve bunun somut olayda aldığı kararı bakımından belirleyici olması halinde hekimin savunmacı davranışlarının varlığından söz edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, “hekim karar alım sürecinde kendi hukuki, mesleki veya fiziki menfaatini gözetmeseydi bu şekilde davranmayacaktı” denebildiği durumlarda hekimin savunmacı davranışının varlığı kabul edilmelidir⁶⁷.

Hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak şeklinde ifade ettiğimiz amacın ceza hukuku bakımından en önemli olacağı husus, TCK’nın 28’inci maddesinde yer alan ve kusuru ilgilendiren “*cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” başlıklı düzenlemedir⁶⁸. Bu bakımdan, hekimin savunmacı davranışlarının ceza hukuku bakımından TCK’nın 28’inci maddesinde yer alan kusurluluğa ilişkin düzenleme kapsamında değerlendirilmesi gerektiği neticesine ulaşılmıştır. Bir diğer deyişle, hekimleri savunmacı davranışlara iten sair baskıların, ceza hukuku bakımından maddi veya manevi tehditler (*vis compulsiva*) kapsamında mütalaa edilmesinde isabet vardır.

Bu kerte, hekimlerin başarılı olup olmadığının icra edilen tıbbi müdahale sayısına göre ölçüldüğü veya hekimin maddi kazancının gerçekleştirilen müdahale

doğum yönteminin tercih edilmesi gerektiği şeklinde görüş beyan eden hukukçuların bulunduğu dair bkz. Michael Saks/Stephan Landsman, “The Paradoxes of Defensive Medicine”, **Health Matrix**, C. XXX, No: 1, 2020, s. 41: “*I’d much rather defend a lawsuit for a needless caesarean in which the baby came out healthy, than a case for the failure to perform one that resulted in a damaged baby*”.

⁶⁷ Bir görüşe göre savunmacı davranışın; (1) hasta hakkında verilmiş bir klinik karar ve (2) hekimin kendisini herhangi bir tür olumsuzluğa karşı koruma istemi olmak üzere iki bileşeni bulunmaktadır. Bkz. Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 414.

⁶⁸ **Cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit:** “(1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”

sayısıyla doğru orantılı olarak arttırıldığı sistemlere değinilmesi gerekmektedir⁶⁹. Öğretide, tıbbi açıdan gerekli olmamasına rağmen fazladan icra edilmiş tıbbi müdahalelerin hekimlerin maddi kazançlarını arttırabildiği hususunun vurgulandığı görülmektedir⁷⁰. Bu gibi değişkenlerin varlığında tıbbi gerekliliklerden maddi çıkar elde etmek uğruna sapıldığı hallerde ortada bir savunmacı tıbbi müdahalenin bulunduğu düşünülemez. Nitekim bu hallerde hekimin kendisini savunduğu maddi veya manevi bir tehditten değil, şahsi çıkar elde etmek için ihlal ettiği mesleki kurallardan bahsedilmesi gerekmektedir. Endikasyona aykırı olmasına rağmen ilaç reçete etmek suretiyle maddi kazanç elde etmek gibi olaylardan başlayarak organ veya doku ticareti suçunu ilgilendirebilecek vakalara kadar örneklendirilebilecek bu gibi hallerde beyaz yaka suçluluğu kavramının gündeme gelmesi gerektiğinde şüphe olmasa da bu gibi hallerin savunmacı tıbbi müdahale olarak nitelendirilmesinde isabet yoktur. Bu şekilde örneklediğimiz olaylara değinen ve Çin’de görev yapan hekimler hakkında kaleme alınan bir çalışmada da isabetli olarak savunmacı tıp kavramının değil yolsuzluk ifadesinin tercih edildiği görülmektedir⁷¹.

II. HEKİMİN SAVUNMACI DAVRANIŞLARININ SINIFLANDIRILMASI

Öğretide savunmacı tıp kapsamında kalan hekim davranışlarının “pozitif” ve “negatif” olmak üzere iki ayrı kategoride incelendiği müşahade edilmektedir⁷². Bu kapsamda, hekimlerin yüksek riskli müdahaleleri gerçekleştirmemek yahut başarı şansı düşük tedavilere başlamamak gibi kaçınma (*avoidance*) davranışları negatif savunmacı tıp kapsamında incelenirken hekimin endikasyon bulunmamasına rağmen fazladan veya gereksiz yere gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler gibi güvence

⁶⁹ Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of its Status and Possible Solutions”, Clinical Practice and Cases in Emergency Medicine, s. 330.

⁷⁰ Bernard J. Healey/Dan Kopen/Jason Smith, “Physicians, Defensive Medicine and Ethics”, **Academy of Health Care Management Journal**, C. VII, No: 1, 2011, s. 62.

⁷¹ Chen, “Defensive Medicine or Economically Motivated Corruption? A Confucian Reflection on Physician Care in China Today”, s. 635-648.

⁷² Yan *et al.*, “Defensive Medicine Among Neurosurgeons in the Netherlands: A National Survey”, s. 2341.

(*assurance*) davranışları ise pozitif savunmacı tıp örneği olarak kabul edilmektedir⁷³. Biz de bu fikri temel üzerinde hekimlerin savunmacı tıp kavramı çerçevesinde kalan hareketlerinin ceza hukuku perspektifinden incelenmesi için “kaçınma davranışları” ve “güvence davranışları” olmak üzere iki alt başlığın tercih edilmesinin isabetli olduğunu değerlendirmekteyiz.

Savunmacı hekim davranışlarının sınıflandırılmasının ceza hukuku bakımından anlamlı olduğu bir husus, hekimin cezai sorumluluğuna esas teşkil edecek davranışın *ihmali* nitelikte mi yoksa *icrai* hareket vasfında mı olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır. Söz gelimi, hekimin “sonradan hakkımda dava açılabilir” düşüncesiyle acil polikliniğine gelen ve ölmek üzere olduğu görülen hastalarla ilgilenmeyi reddetmesi, tıbbi kuralların ve standartların gerektirmesine rağmen hasta bakımından yüksek risk barındıran tıbbi müdahalelere girişmekten imtina etmesi veya başarılı iletişim kurmakta zorlandığı hastaları kabul etmemesi gibi durumlarda hekimin kaçınma davranışlarından söz edilmektedir⁷⁴. Bu davranışlar ceza hukuku bağlamında ihmali hareket olarak mı sınıflandırılacaktır? Bir başka açıdan, hekimin endikasyon bulunmamasına rağmen fazladan tetkik ve tahlil istemesi, hastanın tıbbi kuruma yatışını temin etmesi veya gereksiz ilaç reçete etmesi gibi durumlarda icrai hareketten mi bahsedilmesi gerekmektedir? Bu sorular, taksirli ve ihmali suçların dogmatik yapısı kadar içtima ve hareket teorilerini de ilgilendiren çetrefilli ve her zaman kolayca cevaplanamayan meseleleri ifade etmektedir⁷⁵.

Bu başlıkta öncelikle savunmacı kaçınma ve güvence davranışları izah edilmiş; ardından ise söz konusu izahatlar ışığında savunmacı tıbbi müdahalelerin ihmali veya icrai hareketler olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı sorusuna cevap aranmıştır.

⁷³ U.S. Congress Office of Technology Assessment, **Defensive Medicine and Medical Malpractice**, s. 21; Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 477; Nathalie Baungaard *et al.*, “How Defensive Medicine is Defined and Understood in European Medical Literature: Protocol for a Systematic Review”, **British Medical Journal Open**, C. X, No: 2, 2020, s. 1; Renkema *et al.*, “Triggers of Defensive Medical Behaviours: A Cross-Sectional Study Among Physicians in the Netherlands”, s. 1; Silberstein *et al.*, “Defensive Medicine Among Plastic and Aesthetic Surgeons in Israel”, s. 299; Inbal Reuveni *et al.*, “Cross-Sectional Survey on Defensive Practices and Defensive Behaviours Among Israeli Psychiatrists”, **British Medical Journal Open**, C. VII, No: 3, 2017, s. 1-7; Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of its Status and Possible Solutions”, *Clinical Practice and Cases in Emergency Medicine*, s. 330.

⁷⁴ The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, **Duke Law Journal**, s. 948-949.

⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 88.

A. Savunmacı Güvence Davranışları

Savunmacı güvence davranışları, *hekimin somut olayda endikasyon bulunmadığını değerlendirmesine veya hastaya neredeyse hiçbir faydası olmayacağını öngörmesine rağmen normal şartlarda gerçekleştirmeyeceği bir tıbbi müdahaleye girişi* anlamına gelmektedir. Öyleyse, dosyalarının düzenli ve özenli olarak tutulması, hekimin tıbbi müdahaleye başlamadan evvel hukuki danışmanlık alması, hekimin somut olayda karar vermek adına gerekli gördüğü için fazladan tetkik talep etmiş olması veya hastalardan gelen taleplerin dikkate alınması gibi hususlar, zaten *lex artis* kıstası gereği yapılması gerekenleri ifade etmekte ve dolayısıyla hekimin savunmacı güvence davranışları arasında yer almamaktadır⁷⁶. Aynı şekilde, salt tıbbi hizmetlere hasredilen mali kaynakların hekimlerin tıbbi müdahaleleri nedeniyle *gereğinden fazla* kullanıldığının tespit edilmesi hususu da savunmacı güvence davranışlarına işaret etmemektedir⁷⁷.

Girişimsel olsun veya olmasın, endikasyon dışı icra edilen tıbbi müdahalelerin *lex artis* kıstasını karşılamadığı ilk bakışta ifade edilebilir. Gerçekten de özellikle girişimsel tıbbi müdahaleler düşünüldüğünde, gereksiz yere muhatabının vücut bütünlüğünü bozan güvence davranışı niteliğindeki tıbbi müdahalelerin muhatapları bakımından birçok zarara gebe olabileceği ve hukuka uygunluk koşullarını karşılayamayacağı söylenebilir⁷⁸.

Öğretide savunmacı güvence davranışlarını örneklemek bakımından en sık zikredilen olgular arasında ihtiyaç dışı cerrahi operasyona girişmek, tıbbi gerekliliklere aykırı olmasına rağmen sezaryen ile doğum yöntemini tercih etmek, gereksiz konsültasyonlar isteyerek tıbbi müdahalenin gecikmesine neden olmak, lüzumsuz yere ilaç reçete etmek veya endikasyon bulunmamasına rağmen muhatabın gereksiz yere radyasyona maruz bırakılacakları görüntüleme tetkikleri talep etmek gibi işlemler bulunmaktadır⁷⁹. Böylece, hastaya faydalı olma ihtimalinin çok az olduğu

⁷⁶ Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 414.

⁷⁷ Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 415.

⁷⁸ Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 478.

⁷⁹ Çalıkoğlu/Aras, “Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study, s. 101973; Toraman/Çarıkçı, “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle

veya somut olayda hiçbir faydasının bulunmadığı hallerde dahi muhatap nezdinde çeşitli testler, tahliller veya tetkikler icra edilmektedir⁸⁰. Yapılan anket çalışmaları, hekimlerin bu gibi güvence davranışlarıyla performanslarından şikâyet edilmemesini hedeflediklerini, böylece aleyhlerinde dava ikame edilmesinin veya çalıştıkları kuruma şikâyetle bulunulmamasını hedeflediklerini göstermektedir⁸¹.

Tıbbi yazında hekimlerin bu gibi güvence davranışlarını ifade etmek üzere birtakım terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Buna göre, herhangi bir semptomunun hâlihazırda gözlemlenmediği, ileride de göstereceğine dair bir işaret bulunmayan ve hastaya bir zararı da olmayan veya olmayacak haller hakkında teşhis konması “aşırı tanı” (*overdiagnosis*)⁸²; belli tıbbi durumlarda ve hastalar açısından tatbik edilmekte olan bir tıbbi müdahalenin bunlardan farklı durumlarda veya hastalara karşı da icra edilmesine karar verilmesi “endikasyon kayması” (*indication creep*)⁸³ ve esasında kültürel yahut da sosyal hüviyetteki bir meselenin çoğu zaman muhataplardan gelen baskı ve talepler üzerine sanki bir tıbbi sorunmuşçasına teşhis veya tedavi edilmeye gayret edilmesi ise “aşırı tıbbileştirme” (*overmedicalisation*)⁸⁴ olarak adlandırılmaktadır.

Savunmacı güvence davranışlarına odaklanan çalışmalarda sıklıkla kadın hastalıkları ve doğum alanlarındaki uygulamaların incelendiği görülmektedir⁸⁵.

Değerlendirilmesi”, s. 42; Bu açıdan İtalya’da yapılan bir çalışmada ilaç masraflarının %14’ünün, laboratuvar maliyetlerinin %23’ünün ve tıbbi görüntüleme tetkiklerinin %25’inin savunmacı güvence davranışları kapsamında gerçekleştirildiği tespit edilmiştir: Pellino/Pellino, “Consequences of Defensive Medicine, Second Victims, and Clinical-Judicial Syndrome on Surgeons Medical Practice and on Health Service”, s. 331.

⁸⁰ Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 414; Saks/Landsman, “The Paradoxes of Defensive Medicine”, 42-43.

⁸¹ Çalıkoğlu/Aras, “Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study”, s. 101973.

⁸² Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 415.

⁸³ Kevin R. Riggs/Peter A. Ubel, “The Role of Professional Societies in Limiting Indication Creep”, **Journal of General Internal Medicine**, C. XXX, No: 2, 2015, s. 249-252.

⁸⁴ Emilia Kaczmarek, “How to Distinguish Medicalization from Overmedicalization”, **Medicine, Health Care and Philosophy**, C. XXII, No: 1, 2019, s. 119-128.

⁸⁵ Livio Garattinia/Anna Padula/Pier Mannuccio Mannucci, “Defensive Medicine: Everything and its Opposite”, **European Journal of Internal Medicine**, C. LXXVI, 2020, s. 117; Osman Ortashi *et al.*, “The Practice of Defensive Medicine Among Hospital Doctors in the United Kingdom”, **BioMed Central Medical Ethics**, C. XIV, 2013, Makale No: 42; Küçük, “Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, 202-203; Michael Frakes, “Defensive Medicine and Obstetric Practices”, **Journal of Empirical Legal Studies**, C. IX, No: 3, 2012, s. 463.

Gereksiz şekilde hastaneye yatış kararı alınması, endikasyon dışı olmasına rağmen doğumdan önce vajina açıklığının büyümesi için kesi (*episiotomy*) icrası⁸⁶ ve sezaryen ile gerçekleştirilen doğumlar, kadın hastalıkları ve doğum alanındaki güvence davranışlarına dair en çok örneği verilen tıbbi müdahalelerin başındadır⁸⁷. Bir çalışmaya göre⁸⁸, hekimler bu davranışları hem hasta yakınlarından hem de içinde bulunulan cemiyetten kendilerine gelebilecek baskılardan çekindiklerinden ötürü gerçekleştirebilmektedirler. Konunun anlaşılması açısından atfa değer bu çalışma, iki adet doğum olayını konu almaktadır. Çalışmada işlenen ve en nihayetinde sezaryen ile doğum kararı alınan olayların birincisinde fetüsün beynine giden oksijenin yetersiz kaldığı bir durum (*fetal distress*), ikincisinde ise zor doğum (*dystocia*) meydana gelmiştir. Bu örneklerden ilki güvence davranışlara örnek olması nedeniyle bu başlık altında izah edilmiş; ikincisi ise hekimin kaçınma davranışlarına dair olduğundan dolayı ilgili başlıkta açıklanmıştır.

İlk olay⁸⁹, hastanedeki anne adayının sağlığından endişe eden hemşirenin araması üzerine acilen hastaneye gelerek anne adayını ilk kez bu şekilde gören bir hekimi ilgilendirmektedir. Hemşire bu hekimi, anne adayının vücudu üzerinden gerçekleştirilen ve fetüsün kalp ritmini gösteren testin (*electronic fetal monitoring – EFM*) fetüs açısından tehlikeli olabileceğini değerlendirmesi üzerine telefon ile aramıştır. Zira hemşire bilmektedir ki bu gibi hallerde fetüsün nörolojik hasarla doğma riski bulunmaktadır ve dolayısıyla acil şekilde sezaryen ile doğum yapılması gerekebilmektedir.

Olaydaki hekim, hastaneye geldikten sonra yaptığı değerlendirmede, dışarıdan (*external*) yapılmış olması sebebiyle eldeki EFM sonuçlarına güvenememiş ve hastanedeki kadın doğum uzmanından içeriden (*internal*) bir EFM gerçekleştirmesini talep etmiştir. Sürecin devamında hem içeriden hem de dışarıdan yapılan test incelenmiş ve her iki hekim de sezaryen doğum yönünde endikasyon olmadığını

⁸⁶ Frakes, “Defensive Medicine and Obstetric Practices”, s. 463.

⁸⁷ Garattinia/Padulaa/Mannucci, “Defensive Medicine: Everything and its Opposite”, s. 117; Garattini/Padula, “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, s. 477; Küçük, “Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, s. 202-203; Frakes, “Defensive Medicine and Obstetric Practices”, s. 463.

⁸⁸ Bassett/Iyer/Kazanjian, “Defensive Medicine During Hospital Obstetrical Care: A By-Product of the Technological Age”, b.a.

⁸⁹ Bu ve izleyen paragrafta anlatılanlar için bkz. A.y.

değerlendirmiştir. Dolayısıyla mevcut endikasyona göre doğumun sezaryen usulü ile gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Fakat mülakat yapılan hekim, anne adayının ve ailesinin kurduğu baskı nedeniyle sezaryen doğum yapılması yönünde karar almak durumunda kalmıştır. Anne aday ve ailesinin hekime baskı uygulamasının nedeni ise müdavi hekimin il dışına çıkmadan önce anne adayına *pelvis* kemiklerinin küçük olmasından ötürü sezaryen doğum yapılması gerekebileceğini ifade etmesidir. Aile bu nedenle, kasılmaların yoğunlaşmaya başladığı andan başlayıp doğum anına dek hekime sezaryen doğum yapılması yönünde baskı kurmuştur. Hekimin mülakattaki açıklamalarına göre, sezaryen kararı alınana kadar geçen süre içinde hastanın ailesi ona “budala” gözüyle bakmış ve endikasyona göre değil onların taleplerine göre sezaryen gerçekleştirmesi gerektiğini hissetmesine neden olmuştur. Görüldüğü üzere hekimin aldığı bu kararda belirleyici olan husus ne tıbbi gerekliliklerdir ne de hekimin olguda bulunduğunu düşündüğü endikasyondur.

Öğretide, hekimlerin savunmacı güvence davranışlarının tespit edilerek incelendiği görülen bir diğer tıp alanı ise psikiyatridir⁹⁰. Her ne kadar geleneksel olarak riskli olduğu değerlendirilen uzmanlık alanlarından olmasa da psikiyatri alanında faaliyet gösteren hekimlere açılan dava sayısının gittikçe arttığı ve bununla bağlantılı şekilde de psikiyatristlerin dahi savunmacı tıbbi müdahalelere başvurdukları görülmektedir⁹¹. Bu açıdan verilen örnekler arasında, intihar etme düşüncesi bulunan fakat yatılı tedavi edilmesi yönünde endikasyon bulunmayan hastaların hastaneye yatırılması, tıbbi kurallara ve standartlara göre ilaç reçete edilmesi gerekmeyen hastalara ilaç reçete edilmesi ve hastanın yakınlarına hastanın psikiyatrik durumu hakkında bilgi verilmesi gibi hususlar bulunmaktadır⁹².

Bu başlık altında değinilecek bir diğer alan ise acil tıp uzmanlığıdır. Yapılan çalışmalara göre acil tıpta faaliyet gösteren hekimler, savunmacı güvence davranışlarıyla endikasyona uygun düşmeyecek konularda ve sayılarda laboratuvar testi isteminde bulunmaktadırlar⁹³. Araştırmalara göre bu durum nedeniyle

⁹⁰ Reuveni *et al.*, “Cross-Sectional Survey on Defensive Practices and Defensive Behaviours Among Israeli Psychiatrists”, b.a.

⁹¹ A.y.

⁹² A.y.

⁹³ Ming Zhi *et al.*, “The Landscape of Inappropriate Laboratory Testing: A 15-Year Meta-Analysis”, **Plos One**, C. VIII, No: 11, 2013, s. 1-8; Jonathan G. Rogg *et al.*, “The Frequency and Cost of Redundant

laboratuvarların çalışma sistemi olumsuz etkilenmekte ve bu nedenle de testler yanlış sonuç verebilmektedir⁹⁴.

B. Savunmacı Kaçınma Davranışları

Savunmacı kaçınma davranışı; *hekimin hukuki, mesleki veya fiziki açıdan aleyhinde doğabilecek olumsuz bir olasılığın gelişimine mahal vermeme yönündeki amacını, hastanın menfaatini elde etmek yönündeki gayesine nazaran öncelik yaptığı için belli bir tıbbi müdahaleye girişmekten imtina etmesi* şeklinde tarif edilebilir. Öğretide bu kapsamda verilen örnekler arasında saldırgan veya durumu kritik olan hastalara tıbbi müdahale gerçekleştirmekten kaçınmak, endikasyonun gerektirmesine rağmen hastaya zarar gelme riski bulunan tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmemek, tıbbi kuralların ve standartların gerektirmesine rağmen salt komplikasyon gelişme riski olması sebebiyle belli bir tıbbi müdahaleye girişmemek, tıbbi müdahale ile amaçlanan neticenin elde edilememe ihtimali yüksek olan “riskli” hastalarla ilgilenmeyi reddederek bunların başka sağlık hizmeti sağlayıcılarına veya hekimlere sevkine yol açmak, tıbbi müdahalenin istenen sonucu vermemesi halinde tazminat davası açacağından şüphelenilen hastaları tedavi etmekten kaçınmak veya çeşitli yöntemlerle bu hastaların kaçmalarını sağlamak gibi fiiller bulunmaktadır⁹⁵.

Söz gelimi, psikiyatri alanı açısından yürütülen bir çalışmada duygu durum bozukluğu (*affective disorder*) veya kaygı bozukluğu (*anxiety disorder*) yaşayan hastalar açısından tıbbi kuralların ve standartların ilaç kullanımı öngörmesine rağmen hekimlerin savunmacı kaçınma davranışları ile bu ilaçları reçete etmedikleri ifade edilmektedir⁹⁶. Öte yandan, tıpkı savunmacı güvence davranışlarında olduğu gibi savunmacı kaçınma davranışlarında da kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının klinik karar alım süreçlerine odaklanan birçok çalışma bulunmaktadır. Bu bakımdan,

Laboratory Testing for Transferred ED Patients”, **American Journal of Emergency Medicine**, C. XXXI, No: 7, 2013, s. 1121-1123.

⁹⁴ Martina Montagnana/Giuseppe Lippi, “The Risks of Defensive (Emergency) Medicine: The Laboratory Perspective”, **Emergency Care Journal**, C. XII, 2016, s. 17.

⁹⁵ Toraman/Çarıkçı, “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi”, s. 42; Çalıkoğlu/Aras, “Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study”, s. 101973.

⁹⁶ Reuveni, “Cross-Sectional Survey on Defensive Practices and Defensive Behaviours Among Israeli Psychiatrists”, s. 1.

2018 yılında yapılan bir çalışmada kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarının bizzat yapabilecek olmalarına rağmen amniyosentez uygulamasını gerçekleştirmedikleri ya da başka hekimlere sevk ettikleri; vakum veya forseps gibi araçlar kullanılarak yapılabilecek doğum işlemlerini başarısız olurlarsa aleyhlerinde dava açılacağından endişe ettikleri için hiç uygulamadıkları; keza yine aslında kendi görev ve yetki alanları içinde olmasına rağmen fetal anomali taramalarını (*fetal anomaly ultrasonography*) bizzat gerçekleştirmeyerek bunları radyoloji bölümüne sevk ettikleri gösterilmiştir.⁹⁷

Bir önceki başlıkta zikrolunmuş ve doğum uzmanlarının savunmacı güvence davranışlarının, hekimlerle gerçekleştirilen mülakatların değerlendirilmesi suretiyle analiz edildiği çalışmanın bir bölümü, savunmacı kaçınma davranışlarını ilgilendirmektedir. Bu bölümde, küçük bir kasabada pratisyen olarak çalışan hekimle gerçekleştirilen mülakat işlenmektedir⁹⁸. Söz konusu mülakatta hekim, kasabanın kadınları arasında oldukça meşhur bir spor eğitmeninin doğum yapmak üzere kendisine başvurmasından itibaren doğumun gerçekleştiği ana kadar başından geçenleri anlatmıştır. Hekime göre, anne adayının tam teşekküllü bir hastane yerine kasabadaki sağlık hizmeti sağlayıcısını ve kendisini tercih etmesinin sebebi, kendisinin doğum süreçlerine müdahale etmemesiyle bilinmesi ve anne adayının da bu yönde bir doğum gerçekleştirme arzusudur. Gerek bu husus gerekse de sürecin kasabadaki herkesçe takip edilmesi gibi hususlar, hekim üstünde büyük bir baskı oluşturmuştur. Neticede bu baskılar altında kalan hekim, doğum esnasında önemli bir sorun (uzamış doğum-*prolonged labour*) tespit etmesine ve tıbbi gerekliliklerin bu hallerde birtakım müdahalelere girişilmesini gerektirmesine rağmen bunları gerçekleştirmekten kaçınmıştır. Öyle ki hekim, sırf “çıkan sonuç müdahale etmemi gerektirebilir” korkusunu taşıması dolayısıyla bu gibi hallerde yapılması icap eden EFM testini yapmamıştır. Burada önemli olan husus şudur: Uzamış doğumun söz konusu olduğu durumlarda, anne adayının yaşadığı kasılmaların sıklığı ve olumsuz

⁹⁷ Küçük, “Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, s. 202-203. Küçük, tecrübeli hekimlerin savunmacı davranışları nedeniyle vakum veya forseps gibi araçları kullanmaktan çekinmesinin, ön hekim (*intern*) ve asistan hekimlerin eğitim sürecine olumsuz etkiye bulunduğu dikkat çekmektedir.

⁹⁸ Paragrafta anlatılan olay için bkz: Bassett/Iyer/Kazanjian, “Defensive Medicine During Hospital Obstetrical Care: A By-Product of the Technological Age”, s. 527-528.

EFM sonuçları bir araya geldiğinde, fetüsün beynine giden oksijen miktarını tehlikeli şekilde azaldığı tespiti yapılmaktadır. Bu durumun iki saatten fazla sürmesinin fetüse ciddi zararlar vereceği kabul edilmesine rağmen somut olayda altı saat kadar bir süre boyunca hiçbir müdahalede bulunulmamıştır. Zira olaydaki pratisyen hekim, anne adayının ilerleyen süreçte aleyhinde bir dava ikame edebileceği ihtimalinden çekinerek aslında yapması gereken EFM testini uygulamayı saatlerce reddetmiştir; zira bu testin neticesinde sezaryen doğum yapmak zorunda kalırsa, hem anneden hem de kasaba ahalisinden tepki göreceğinden endişe etmiştir.

C. İcrai ve İhmali Hareket Ayrımı Işığında Savunmacı Davranışlar

Ceza hukuku bakımından hareket vafında⁹⁹ olduğu kabul edilen insan davranışları¹⁰⁰, şekli olarak ihmali veya icrai hareket olmak üzere iki farklı görünüm arz edebilmektedir. Bununla beraber, somut olayda cezalandırmaya temel teşkil

⁹⁹ İnsanlarca gerçekleştirilen her davranış, ceza hukuku bakımından fiil niteliğinde kabul edilmemekte ve dolayısıyla cezalandırılmaya layık haksızlığa temel teşkil edememektedir. Fiilin söz konusu özelliği, *sınırlandırma* işlevi şeklinde adlandırılmaktadır. Ceza hukuku dogmatığının kendi içinde tutarlı olabilmesi için fiilin *sınırlandırma* işlevinin yanı sıra aynı zamanda *bağlayıcılık* ve *sınıflandırma* işlevlerini de görebilmesi gerekmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XL, No: 1, 1988, s. 137; Sözüer, *Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu*, s. 12; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 174. Ceza hukuku tarihinde fiil terimini bu ihtiyaçları karşılayacak şekilde kavramsallaştırmaya gayret eden pek çok düşüncenin ileri sürüldüğü müşahade edilmektedir. Bunlar arasındaki temel sistematik fikir akımları, *doğal hareket*, *nedensel hareket*, *sosyal hareket*, *final hareket*, *kişisel hareket* ve *negatif hareket* teorileri isimleri altında karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük* (“Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük” olarak anılmıştır), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 21; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 61; Serdar Talas, “Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (*actio libera in causa*) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 21.

¹⁰⁰ Bilindiği üzere, yalnızca insan davranışları ceza hukuku anlamıyla hareket kavramı kapsamında kabul edilebilir. Nitekim insan, alabileceği kararlar arasında seçim yapabilme yetisiyle hayvanlardan ayrılmaktadır. Söz gelimi, her ne kadar açlığı gidermek için yemek yeme kararı verme yeteneği olması noktasında hayvanlar ve insanlar aynı noktada olsalar da açlığa rağmen yemeyi reddetme yetileri bakımından insanlar, hayvanlardan farklılaşmaktadır. Aktarılan bu düşüncelerin felsefi temelini Platon’un Devlet’ine (*Πολιτεία*) kadar götürülmesi mümkündür. Platon’un anlatımına göre Sokrates, Adeimantos ile gerçekleştirdiği sohbette susamış bir insanın içinde onu önündeki zehirlenmiş sudan hem içmeye hem de içmemeye yönlendiren bir parça olduğunu, bunlardan ilkinin *arzuları* içerirken ikincisinin ise *aklı* temsil ettiğini ifade etmektedir. Fakat Sokrates’e göre insanda bu iki parçanın dışında üçüncü bir parça daha vardır ki aklın gösterdiği yönün tersine gitmek pahasına arzularını izleyen insan bu parça *nedeniyle* kendisinden nefret eder. Bkz. Plato, *The Republic*, Çev. Allan Bloom, 2. Baskı, New York, Basic Books, 1991, s. 439e-440c.

edecek davranışın ihmali nitelikte mi yoksa icrai hüviyette mi olduğu sorusuna öğretide pek çok farklı cevap verildiği görülmektedir. Söz gelimi, kişisel hareket teorisi taraftarlarına göre ihmali hareket, failin hayallerini veya korkularını dış dünyada davranışlarıyla somutlaştırdığı ve iradesini kendisine özgü surette sergilediği hallerde ve hukuk düzeninin beklentisinin karşılanmadığı sonucuna ulaşıldığı durumlarda mevzubahis olmaktadır¹⁰¹. Bu bağlamda, savunmacı kaçınma ve güvence davranışlarının ceza hukuku bakımından ihmali ve icrai hareketler olarak nitelendirilmesi mümkün müdür?

Türk ceza hukuku anlamında cezalandırılabilir ihmali davranışın ne olduğu hususu, TCK'nın *kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi* başlıklı 83'üncü maddesi çerçevesinde açıklanmıştır. Buna göre cezalandırılabilir bir ihmali hareketin varlığından söz edilebilmesi için failin (1) *yükümlü olduğu belli bir icrai davranış gerçekleştirmemesi* ve söz konusu yükümlük ihlalinin (2) *icrai davranışa eşdeğer olması* icap etmektedir. İlgili maddeye göre son şartın varlığının kabul edilmesi için ise kişinin; *kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması veya önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaya* gerekmektedir.

Ceza hukuku anlamında ihmalden dolayı sorumluluk, ancak neticeyi önleme yükümlülüğü olan kişinin (garantör) bu yükümlülüğü ihlal etmesi durumlarında gündeme gelmektedir. Dolayısıyla kişinin kendisinden bekleneni icra etmeyerek yükümlülüğünü ihmal etmesi, ceza hukuku dogmatğinde icrai harekete eşdeğer kılınarak ihmali davranış olarak nitelenmiş olmaktadır¹⁰². Söz konusu

¹⁰¹ Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 33

. Kişisel hareket teorisinin tanınma mücadelesi (*struggle for recognition*) kavramı ekseninde anlaşılması mümkündür. Nitekim Taylor'un yorumuyla insanlar modern sonrası çağlardan beridir "kimlik" oluşturma ve gerek bizzat kendi kişiliklerinin gerekse ait oldukları grupların "tanınması" ihtiyacı içinde yaşamaktadır. Bu kapsamda, her insanın özgün bir var olma biçimi ve bu doğrultuda kendi "ölçüsü" vardır. Bkz. Georg W. F. Hegel, **The Phenomenology of Spirit**, Editör: T. Pinkard/M. Baur, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, s. 158. Bkz. Charles Taylor, "The Politics of Recognition", **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**, Editör: Amy Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1994, s. 30. Fukuyama, kişinin tanınma ihtiyacının ve genel olarak postmodern kimlik siyasetinin temelini teşkil eden hususun, Sokrates'in bu bölümde *yukarıda* 100 numaralı dipnotta zikredilen insanın üçüncü parçasından başkası olmadığını ifade eder. Bkz. Francis Fukuyama, **Identity: Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition**, London, Profile Books, 2019, s. 18.

¹⁰² Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 195.

yükümlülüklerin kaynağının ne olabileceği sorusuna ise sınırlı sayıda sayma yöntemiyle cevap verilmiştir. Buna göre failin garantörlüğünden bahsedilebilmesi için *kanuni düzenleme, sözleşme ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış* sebebiyle bir yükümlülüğün mevcut olması icap etmektedir¹⁰³. Bu garantörlük kaynaklarının hekimler ve taksirle yaralama suçu açısından ne şekilde gündeme geldiği sorularına, çalışmamızın ilerleyen sayfalarında cevap verilmiştir. Fakat bu başlık altında değinilmek istenen husus, hekimin cezai sorumluluğuna esas teşkil edecek savunmacı davranışının ihmali nitelikte mi yoksa icrai hüviyette mi olduğu sorusunun muallakta kaldığı durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Söz gelimi, hekimin hastasını taburcu etmesi halinde acaba ceza hukuku açısından önemli olan davranış, icrai bir hareket olarak *taburcu etme formlarını doldurma* fiili mi yoksa *tıbbi müdahalede bulunmayı ihmal etme* fiili mi olacaktır?

Öğretide ihmali ve icrai hareket ayrımının nasıl yapılacağı yönünde ileri sürülmüş görüşlerin iki başlık altında incelendiği görülmektedir¹⁰⁴. Bu başlık altında, söz konusu görüşlerin aktarılmasını müteakip savunmacı tıp bağlamında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

1. Normatif Teoriler

Normatif teorilerden *sosyal mana* görüşüne göre, cezalandırmaya esas teşkil eden hareketin ne olduğunun belirlenmesi aşamasındaki değerlendirme, söz konusu davranışın sosyal manasına göre yapılmalıdır¹⁰⁵. Örneğin, hastasının yoğun kanama geçirdiği bir ameliyatın devamı esnasında hastayı bırakıp ameliyatı terk eden hekimin, ameliyata başlamadan evvel bu yönde kastı olduğuna kanaat getirilirse sosyal mana icrai harekete (ortamdan ayrılmak) işaret edecekken hekimin kastı ameliyata başladıktan sonra oluşmuşsa bu halde ihmali hareketten (ameliyata devam etmeyi ihmal etmek) bahsedilmesi gerekecektir¹⁰⁶. Bu görüş, ihmal ve icra ayrımının hukuk

¹⁰³ Erbaş, “Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük”, s. 320.

¹⁰⁴ Rahime Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, No: 1, 2019, s. 397-449.

¹⁰⁵ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmali Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 80.

¹⁰⁶ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 405, dn. 31.

güvenliğine uygun şekilde yapılması için yeterince belirli ölçütler sunmadığı argümanı ile eleştirilmiştir¹⁰⁷.

Normatif görüşlerden bir diğeri olan *ağırlık noktası görüşüne* göre¹⁰⁸, ihmal-icra farkı açısından yapılacak değerlendirmelerde, “davranışın itham edilebilirliğinin ağırlık noktasının nerede olduğu” sorusuna verilecek cevaba göre sonuca varılması icap etmektedir¹⁰⁹. Bu konuda *bisiklet sürücüsü olayı* olarak da bilinen Alman Yüksek Mahkemesi kararının aktarılmasında fayda bulunur. Bu olayda, önünde bir bisikletlinin seyir halinde olduğu halde karayolunda araç kullanan kamyon şoförü, kurallara göre bisikletli ile arasında bir buçuk metre civarında boşluk bırakması gerekmesine rağmen arada kabaca yetmiş beş santimetre olduğu halde bu bisikletliyi sollamaya çalışmış ve bu esnada bisikletlinin ölümüne sebep olmuştur. Söz konusu olayda Alman mahkemesi, fail aleyhindeki ithamın, kamyon ve bisiklet arasında olması gereken mesafenin bırakılmasının *ihmal edilmesi* yönündeki davranıştan ziyade, şoförün *sollama esnasında bu bisiklete çarpması* şeklindeki icrai hareketine yöneldiğinden bahisle somut olaydaki cezai sorumluluğun icrai hareketten kaynaklandığını tespit etmiştir¹¹⁰.

Bu kapsamdaki açıklamalara devam edilmeden evvel öğretide *keçi kılı olayı* ve *eczacı olayı* şeklinde anılan iki farklı önemi içtihattan daha bahsedilmesi gerekir¹¹¹. Bu olayların ilkinde, boya fırçası imalatında kullanılmak üzere Çin’den ithal edilen keçi kıllarının, imalat işlemlerinden önce dezenfekte edilmesi gerektiği yönünde uyarı bulunmasına rağmen işveren, üretim sürecini dezenfeksiyon işlemi yapmaksızın başlatmış ve dört işçi böylece hayatını kaybetmiştir. İkinci olayda ise daha önce bir çocuk hasta için tanzim edilmiş reçete uyarınca ilaç hazırlamış ve çocuğun annesine vermiş olan eczacı, annenin ilerleyen günlerde tekrar gelip aynı ilacı istemesi üzerine

¹⁰⁷ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 80.

¹⁰⁸ Söz konusu görüş ilk kez Alman Yüksek Mahkemesinin 1954 yılında verdiği bir karar kapsamında ortaya konmuştur. Karara konu olayda öz kızının başkasıyla evli bir erkekle kendi evinde ilişkiye girmesine göz yuman annenin davranışının icrai veya ihmali nitelikte olup olmadığı tartışılmıştır. Açıklamalar için bkz. Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 409.

¹⁰⁹ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 81.

¹¹⁰ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 409; Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 68.

¹¹¹ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 68-69.

bu sefer reçete karşılığı olmaksızın ilacı hazırlamış ve bu ilacı alan çocuk hayatını kaybetmiştir. Bu örnekler üzerinden ve ağırlık noktası kıstasından değerlendirme yapıldığında; ilk olayda keçi kollarının dezenfekte edilmemesi, ikinci olayda ise anneden reçete istenmemesi şeklindeki ihmali davranışlar, failin itham edilmesinin ağırlıklı noktaları olduğundan cezai sorumluluğa esas teşkil eden davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹².

İthamın ağırlık noktası görüşü, “kontrol edilemez bir formül” olmakla, pek çok belirsizlik taşımakla ve taksir ile ihmal ayrımının yapılmasını güçleştirebileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir¹¹³.

Bu başlık altında aktarılabacak son teori, *şüphe halinde icraya ağırlık veren görüş* şeklinde adlandırılmaktadır. Buna göre hem ihmali hem icrai davranışın aynı anda mevzubahis olacak şekilde iki yönlü olduğu olaylarda her zaman *icrai hareketin varlığına ağırlık verilmesi (in dubio pro commissione)* gerekir¹¹⁴. Teorinin taraftarlarına göre, ancak icrai hareketin faili bakımından kusurun bulunmaması veyahut bu davranışın bir sebeple suç olarak nitelenememesi hallerinde ihmali hareketin irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre, *keçi kılı olayında* işverenin dezenfeksiyon yapmaksızın üretim sürecini başlatmasından ibaret icrai hareket, ceza hukuku sorumluluğunun esasını teşkil etmelidir¹¹⁵.

Erbaş, garantörlüğün önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan doğduğu olaylarda kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun uygulanmasını imkânsız kıldığından bahisle aktarılan son teoriyi eleştirmektedir. Yazar bu teorinin izlenmesi halinde anılan suçun ihdas edilmesinin anlamsızlaştığını ve dolayısıyla *ratio legis* bağlamında bir sorun ortaya çıkacağını isabetle vurgulamaktadır¹¹⁶.

¹¹² Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 410.

¹¹³ A.y.

¹¹⁴ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 83.

¹¹⁵ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 412.

¹¹⁶ A.y.

2. Gerçeklik Teorileri

Gerçeklik teorileri, icrai ve ihmali hareketlerin ayırt edilmesi noktasında ortaya çıkan sorunların çözülebilmesi amacıyla ve hareket teorilerinin uyarlanması sonucunda elde edilmiştir¹¹⁷. Bu teorilerden ilki ise *vücut hareketi* kıstası üzerinden oluşturulmuştur. Temeline doğal hareket teorisinin fiil tarifini esas alan bu düşünceye göre, somut olayda failin objektif bir gözlemci tarafından gözlemlenebilen bir vücut hareketinden bahsedilebildiği takdirde icrai bir davranışın varlığı, gözlemcinin herhangi bir vücut hareketi tespit edemediği halde ise ihmali hareketin varlığı kabul edilecektir¹¹⁸. Söz gelimi, hastaya uzaktan ve hatalı şekilde müdahalede bulunarak ona zarar veren hekim, sonradan fenalaşan hastasını ziyaret ve tedavi etmediği takdirde ortada bir icrai hareketin varlığından bahsedilmelidir; zira objektif gözlemci bu durumda hekimin hatalı tıbbi müdahale fiilini aktif bir davranışla gerçekleştirdiğini tespit etmektedir¹¹⁹. Görüldüğü üzere bu teoriye göre ihmali ve icrai davranışlar birbirinin zıddını ifade etmekte ve “hareketin” alt bileşenleri olarak kabul görmektedir. Fakat söz konusu görüş, “bir şeyin kendisi ile (q) bu şeyin kendisi olmayanın (q') aynı üst başlıkta birleştirilemeyeceği” ve “insanların tamamen hareketsiz kaldığı hiçbir durumun olamayacağı” gibi gerekçelerle eleştirilmiş ve kabul görmemiştir¹²⁰.

Gerçeklik teorisi başlığı altında anılacak bir diğer görüş, vücut hareketi düşüncesinden büyük farklılık arz etmeyen *enerji kullanımı* görüşüdür. Bu düşünceye göre hukuk düzeninin içerdiği emir normları, bireylerden belirli şekillerde enerji harcamasını istemektedir. Söz gelimi, *bisiklet sürücüsü olayında* hukuk düzeninin emir normu, kamyon şoförünün öndeki bisiklet sürücüsü ile arasında bir buçuk metre boşluk bırakması yönünde enerji sarf etmesidir. Fakat yasak normları, bireylerden *belli bir yönde* enerji kullanmalarını gerektirmez. Enerji kullanımı görüşünü benimseyen yazarlar da bu düşünceden yola çıkarak hukuk düzeninin belli bir yönde enerji kullanılmasını emretmesine rağmen failin bu enerjiyi kullanmadığı hallerde ihmali

¹¹⁷ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 413.

¹¹⁸ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 71.

¹¹⁹ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 414.

¹²⁰ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 72.

hareketten bahsedilmesi gerektiğini ifade etmektedirler¹²¹. Örneğin, eğer ki *bisiklet sürücüsü olayındaki* fail, gaz pedalı üzerindeki hâkimiyeti esnasında hukuk düzeninin emri doğrultusunda enerji sarf etmeyerek (*ayağı gaz pedalından kaldırmayı ihmal etmek gibi*) gereken boşluğu bırakmamışsa ihmali hareket; bisikletliye daha fazla yaklaşmak adına direksiyon çevirmek şeklinde enerji harcamışsa icrai hareket gündeme gelmelidir. Öte yandan *keçi kılı olayında* ise işverenin gerekli dezenfeksiyon işlemini gerçekleştirmeksizin üretim sürecini başlatması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranma yasağına aykırılık teşkil etmekle ve “insanların üzerine bomba atma hareketiyle eşdeğer” olmakla icrai hareket şeklinde tezahür etmektedir¹²². Bu görüş, *belli bir yönde* enerji kullanımı kıstasının belirsizliğinden ve vücut hareketi görüşünden farklı olmadığından bahisle eleştirilmiştir¹²³. Söz gelimi, havlayan bir köpeğin tasmaından tutularak sarf edilen enerjinin, bu köpeğin bir zarara yol açmasının önlenmesi yönünde mi yoksa köpeğin üçüncü kişiye yardım etmesinin engellenmesi yönünde mi sarf edildiği hususu bilinmemektedir¹²⁴.

İhmal ve icra ayrımını açıklamaya gayret eden gerçeklik teorilerinden bir diğeri, *nedensellik* kavramından hareket etmektedir. Bu düşünceye göre ancak belli bir neticeye kasten veya taksirle *neden olunmuşsa* icrai hareketten bahsedilmesi gerekirken hareketin netice açısından nedensel olduğundan bahsedilemiyorsa ortada ihmali bir davranışın olduğu ifade edilebilir¹²⁵. Bir diğeri deyişle, eğer ki neticenin meydana gelmemiş olması için belli bir davranışın yapılmış olması gerekmekte idiyse, bu takdirde ihmalin varlığından bahsedilmesi gerekmektedir¹²⁶. Nitekim icrai davranışın aksine, ihmali hareketin mevzu bahis olduğu hallerde ontik manayla nedensellik bulunmamakta; bu gibi durumlarda nedenselliğin ancak *potansiyel* varlığından bahsedilebilmektedir¹²⁷. İhmal ve icra ayrımını nedensellik kavramı ekseninde açıklamaya gayret eden bu görüşler, esasen dogmatik manada hareket

¹²¹ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 73.

¹²² Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 415.

¹²³ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 75.

¹²⁴ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 414-416.

¹²⁵ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 77.

¹²⁶ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 76.

¹²⁷ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 418.

kavramını açıklamak üzere ileri sürülen düşüncelerden ibaret olmak ve neticesiz suçları açıklayamamak gibi eksiklikleri nedeniyle eleştirilmiştir¹²⁸.

Bu başlık altında son olarak aktarılabacak görüş, nedensellik ve enerji kullanımı ölçütlerinin her ikisinin beraber kullanılmasının önerildiği *karma görüşü*dir. Bu düşünceye göre, fail kullandığı enerji ile *nedensel süreci* başlattığında, devam ettirdiğinde, yönlendirdiğinde ya da güçlendirdiğinde icrai hareketten bahsedilecekken failin başlamış olan bir nedensel sürece enerji kullanmayarak müdahil olmaması ise ihmali davranış olarak nitelendirilmelidir¹²⁹. Bu teori, keyfi sonuçlara yol açma riski barındırdığı ve şüphe halinde icraya ağırlık verilmesi gerektiği yönünde görüşlere de ev sahipliği yaparak belirsizlik ifade ettiği şeklindeki argümanlarla eleştirilmiştir¹³⁰.

3. Değerlendirmemiz

Her ne kadar hareket kavramını açıklama ve ihmali ve icrai hareketleri ayırt etme gayesiyle ileri sürülen teorilerin isabetli şekilde açıklayabildiği pek çok nokta olsa da söz konusu düşünceler arasında öğretilere eleştiriye tabi tutulmamış hiçbir teorisinin olmadığı görülmektedir¹³¹.

Normatif teorilerden nedensellik ve enerji kullanımı ölçütlerini birleştiren *karma görüşü*, icrai hareketin hukuki vasfının formüle edilmesinde faydalıdır. Bu bakımdan fail enerji sarf etmek suretiyle neticeye giden süreci başlattığında, devam ettirdiğinde, yönlendirdiğinde ya da güçlendirdiğinde kural olarak ortada bir icrai hareketin var olacağı düşünülebilir. Fakat yukarıda aktarılan hiçbir görüş, her bir somut olayda geçerli olacak ve genel geçer şekilde ihmal ve icra ayrımını yapamamaktadır ve dolayısıyla her bir somut olay özelinde özel normatif değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, hekimin savunmacı davranışları açısından hem icrai hem de ihmali hareketin bir arada bulunduğu

¹²⁸ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 419.

¹²⁹ Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 79.

¹³⁰ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 421.

¹³¹ İçel *et al.*, **Suç Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2000, s. 55; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 37-39; Erbaş, bu düşünceden hareketle ihmali davranış aktarılan teorilerden bağımsız olarak ele almakta ve ihmali hareketin unsurlarını *garantörlük*, *hareket imkânı* ve *nedensellik* olarak sıralamaktadır.

durumlarda (*taburcu etme işlemlerini icra etmek suretiyle hastanın ihtiyacı olduğu tıbbi müdahaleye girişmeyi ihmal etmek gibi*), cezalandırmanın hangi davranış esas alınarak yapılacağı sorusu, içtima kurallarının ışığında çözülmesi gereken bir ceza hukuku problemi olacaktır¹³².

İhmali ve icrai hareket mefhumları arasındaki ayırım meselesi, çalışmamızın hasredildiği taksirle yaralama suçu bakımından yapılacak değerlendirmede ihlal edilen yükümlülükler bakımından özel mahiyet arz etmektedir. Nitekim hem taksir hem de ihmal kavramında failin yükümlülüklerini ihlal etmesinden söz edilmektedir. Fakat ihlal edilen husus, taksirli suç kapsamında *dikkat ve özen yükümlülüğü* olarak karşımıza çıkmaktayken ihmali davranışın söz konusu olduğu suçlar bakımından ise *garantörlükten doğan yükümlülük* şeklinde tezahür etmektedir. Bir diğer deyişle bu iki halde ihlal edilmiş yükümlülükler birbirinden farklı hüviyettir: Taksirli bir suç işleyen fail, hukuk düzeninin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasını *yasaklayan* normu ihlal etmekte; buna karşılık ihmali davranışla suç işleyen fail ise garantörlük sıfatı nedeniyle kendisine *emredilmiş* davranışı icra etmemektedir.

Neticede hem ihmal kavramı hem de taksir terimi açısından yükümlülük ihlali olgusu bir tür “*ortak hammadde*” şeklinde tezahür etmekte ve bu doğrultuda da icrai hareket ile ihmali hareketin birbirinden ayırt edilmesi hususu mesele teşkil etmektedir¹³³. Gerçekten de hekimin sözleşme veya kanuni düzenleme nedeniyle garantör sıfatının olduğu bir olayda, kendisinden beklenen müdahaleyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle eksik şekilde (*hasta ile birebir iletişime girmekten kaçınmak için anamnez alınmaması*) gerçekleştirdiği varsayımında hem *yasak* normunun (*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranma!*) hem de *emir* normunun (*garantörlük yükümlülüğüne uy!*) ihlal edildiği ifade edilebilecektir. Bir diğer deyişle, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranış, hem *yasak* normunun icrai davranışla ihlal edilmesi hem de garantörlük sıfatından doğan *emir* normunun ihmal edilmesi suretinde görünebilmektedir. Öğretide hâkim görüşe göre bu durumlarda ortada taksirli icrai suç olduğundan bahsedilmesi gerekmekte; zira

¹³² Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 422.

¹³³ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 434.

failin aynı anda hem bir şeyi “yaptığından” hem de “yapmadığından” bahsedilmesi imkânı bulunmamaktadır.¹³⁴

Söz gelimi, *keçi kılı* olayında dezenfeksiyon işlemi yaptırmadan üretim sürecini başlatmak, *bisiklet sürücüsü* olayında ilgili trafik kuralına uyulmadan araç kullanmak ve *eczacı* olayında ise çocuğun annesine reçete sormaksızın ilaç vermek şeklindeki davranışların her birisinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı nitelik taşıyan ihmali ve icrai davranışlardan bahsedilmesi mümkündür. Zira *keçi kılı* olayındaki işveren hem dezenfeksiyon gerçekleştirmeyi ihmal etmiş hem de üretim sürecini dezenfeksiyon olmaksızın başlatmaktan ibaret icrai davranışa imza atmıştır. Keza *bisiklet sürücüsü* olayındaki şoför, hem gerekli mesafeyi bırakmayı ihmal etmiş hem de mesafe olmaksızın sollamak şeklinde icrai harekette bulunmuştur. *Eczacı* olayında ise reçetenin gösterilmesini isteme davranışı ihmal edilmiş ve ilaç satışı şeklindeki davranışla icrai harekette bulunulmuştur. Faillerin kasti şekilde hareket etmediği varsayıldığında aktarılan bu örneklerde ortada icrai bir davranışın olduğu ve taksirli suçlardan değerlendirilme yapılması gerektiği ifade edilebilir¹³⁵. Meseleye hekimin taksirle yaralama suçunu savunmacı tıbbi müdahaleleri ile işlediği olaylar açısından bakıldığında, bu tür olaylarda dikkat ve özen yükümlülüğünün hem icrai hem de ihmali şekil arz edebilen fiiller ile ihlal edilmiş olabileceği ifade edilmelidir. Hâkim görüş takip edildiğinde ise bu gibi durumlarda taksirli icrai suçun varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Neticede, hekimin taksirle hareket ettiği durumlardaki savunmacı güvence davranışlarının icra nitelikte, kaçınma davranışlarının ise ihmali nitelikte olduğu şeklindeki soyut argüman, şerhsiz ve koşulsuz olarak ileri sürülememektedir. Cezalandırmaya temel teşkil edecek savunmacı hekim davranışlarının ihmali hüviyette mi yoksa icrai nitelikte mi olduğu sorusunun, suç inceleme sistematığının bütünü değerlendirilmeksizin soyut şekilde cevaplandırılmayacağı görülmektedir. Arz olunan nedenlerle aşağıdaki başlıkta savunmacı güvence ve kaçınma davranışları,

¹³⁴ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 90 ve 91.

¹³⁵ Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 347-438.

ihmali veya icrai davranış şeklinde nitelendirilmeksizin izah edilmiş ve ihmal ve icra hakkındaki açıklamalar çalışmanın son bölümündeki yapılmıştır.

III. NETİCE VE TIBBİ GEREKLİLİKLER BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME

Savunmacı güvence ve kaçınma davranışlarının *lex artis* kıstasına aykırılık teşkil edip etmediği ve bu davranışlar nedeniyle hastaların zarar görüp görmediği hususlarının aydınlatılması, savunmacı tıp mefhumunun kavramsal çerçevesinin çizilmesi noktasında oldukça önemlidir. Bu kapsamda yaralama neticesinin vuku bulup bulmadığı meselesinin çözülebilmesi için hastada zarara yol açılıp açılmadığı değerlendirilecek; dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği noktasında ise tıbbi kurallar ve standartlar önem arz edecektir. Fakat bu değerlendirmeden evvel bir meselenin açıklığa kavuşturulması gerekir: Acaba savunmacı tıbbın hastalara zararlı değil bilakis yararlı olduğu, zira hekimlerin mesleklerini daha dikkatli icra etmesine yol açtığı düşünülebilir mi?

Öğretide ileri sürülmüş bazı düşüncelere göre hekimler aleyhinde dava ikame eden avukatlar, hekimlerin bu tür davalardan çekinmelerine yol açarak tıp mesleğinin daha dikkatli şekilde icra edilmesine katkı sunmakta ve pek çok hayatın kurtulmasına sebep olmaktadır¹³⁶. Gerçekten de bir sonraki başlıkta aktarılacak olan *epidural apse* olayında¹³⁷ hekim aleyhinde açılmış davanın, ikinci hastanın hayatını kurtardığını ifade etmek büyük bir yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda ise mesleki özensizlik gösteren hekimlere karşı hukuki yolların işletilmesinin, hekimlerin daha özenli olmasına, tıbbi kayıtları daha özenli tutmasına ve hastalarını daha dikkatli dinlemesine yol açarak sağlık hizmetinin kalitesinin artmasını sağladığı savunulmaktadır¹³⁸. Hatta radikal bir görüşe göre mevcut dava iklimi, tıp mesleğinde ortalama bir hekim kadar

¹³⁶ Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of its Status and Possible Solutions”, s. 329.

¹³⁷ Bkz. Bu bölümde *aşağıda* 140 numaralı dipnot ve ilgili metin.

¹³⁸ Vandersteegen, “The Determinants of Defensive Medicine Practices in Belgium”, s. 364; Ruthmarie Shea-Atallah, “A Defense of Defensive Medicine”, *Ethics & Medics*, C. XXXIX, No: 6, 2014, s. 2; Alex Broom *et al.*, “Myth, Manners, and Medical Ritual: Defensive Medicine and the Fetish of Antibiotics”, *Qualitative Health Research*, C. XXVII, No: 13, 2017, s. 2002; Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 416; Kapp, “Defensive Medicine: No Wonder Policymakers Are Confused”, s. 215.

yetkin olmayan meslek erbabının “elenmesine” neden olmakla alanında uzman hekimlerden müteşekkil bir sağlık sistemi elde edilmesine katkı sunabilecektir¹³⁹.

Savunmacı tıp olgusunun sonuçlarının ne olduğu ve faydaları bulunup bulunmadığı meseleleri tartışılarsun, eldeki çalışma bakımından önem arz eden husus, hekimin savunmacı davranışlarının somut olaylarda ve birey bazında yaralama suçu bakımından önem arz edecek nitelikte zarar neticesine yol açıp açamayacağıdır.

A. Netice: Yaralanma

Doğrusu, savunmacı davranış olarak nitelendirilebilecek her hekim davranışı, hastaları nezdinde yaralanma neticesine yol açmamaktadır. Bu düşüncemizi destekler nitelikteki bir olayda¹⁴⁰ müdavi hekim, kendisine sırt ağrısı ve bacakta apse şikâyetiyle gelen hastaya yaptığı nörolojik muayene sonunda, deri altı yangısı (*cellulitis*) ve toplardamarda venöz ülser (*venous stasis ulcer*) teşhisi koymuştur. Hekim teşhisiyle beraber hastaya *sefaleks* ve *ibuprofen* isimli ilaçları reçete etmiş ve başkaca bir işleme gerek görmemiştir. Fakat hekim, olaydan bir yıl sonra tebellüğ ettiği ve aleyhinde kaleme alınmış dava dilekçesini havi çağrı kâğıdını okuduğunda, hastasının muayeneden hemen sonra felç geçirdiğini ve kısa süre sonra ise vefat ettiğini zira hastada venöz ülser değil, *epidural apse* mevcut olduğunu ve bu tespiti yapamadığı için kendisinin sorumlu tutulduğunu öğrenmiştir.

Aynı hekime, söz konusu olaydan altı yıl sonra deri altı yangısı ve omurga ağrısı şikâyetleri ile yeni bir hasta gelmiştir. Nörolojik muayenesinde sorun bulunamayan bu hastada da enfeksiyon riski tespit edilememiştir. Fakat hekim, olayda *epidural apseyi* işaret eden en ufak bir gösterge dahi olmamasına ve normal şartlarda istemeyecek olmasına rağmen, altı yıl önceki olayı hatırlayarak ilerleyen dönemde hakkında yeni bir dava açılabilceği ihtimalini gözetmiş ve hastayı evine göndermeden önce manyetik rezonans görüntüleme (MRI) tahlili istemiştir. Bu MRI sonucunda hastada gerçekten de *epidural apse* tespit edilmiş ve ihtiyacı olan tıbbi müdahalede bulunulması suretiyle hasta tedavi edilmiştir. Görüldüğü üzere, aktarılan bu olayda

¹³⁹ Ben van Velthoven/Peter van Wijck, “Medical Liability: Do Doctors Care?”, **Recht der Werkelijkheid**, C. XXXIII, No: 2, 2012, s. 28-47.

¹⁴⁰ Bu ve izleyen paragrafta izah edilen olay hakkında bkz: Katz, “Defensive Medicine: A Case and Review of its Status and Possible Solutions”, s. 329 vd.

hekimin savunmacı güvence davranışı (*fazladan MRI tahlili istemek*), tıbbi gerekliliklere aykırı olmak veya hastaya zarar vermek bir yana, hekimin aksi halde koyamayacağı bir teşhisi koymasına yardımcı olarak hastanın iyileşmesine vesile olmuştur.

Öğretide, savunmacı tıbbın yol açtığı zararlar bakımından açıklamalar barındıran çalışmaların çoğu, ülke sathında artan sağlık harcamalarının devlet ekonomisine verdiği zararlar üzerinde dursa da hekimin savunmacı davranışlarının hastalara değişik açılardan zarar verme ihtimali da azımsanamayacak seviyelerdedir. Bu tehlikenin özellikle sağlık mesleği mensuplarının gözünde gözden kaçırılmasının nedeni ise hastaların savunmacı davranışlar nedeniyle zarar gördüğünün kanıtlanması noktasındaki zorluktur¹⁴¹. Fakat bu kanı, her zaman doğru değildir; nitekim savunmacı hekim davranışlarının prematüre ölümler de dâhil olmak üzere pek çok zarara yol açabilecek oluşu, bugün kabul gören bir düşünce halini almıştır¹⁴².

Bu noktada verilebilecek bir örnek, doğum alanını ilgilendirmektedir. Söz gelimi, vajina açıklığının büyümesi için yapılan kesi, operasyon sonrasında dışkı tutamama (*faecal incontinence*) gibi komplikasyonlara sebep olabilmektedir¹⁴³. Hal böyleyken, tıbbi gerekliliklere ve endikasyona aykırı bir tıbbi müdahalenin, hekimin güvence davranışı kapsamında icra edildiği ve neticede bu komplikasyonun vuku bulduğu ihtimalde, söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşımaması ve hekimin cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi ihtimal dahilindedir. Birinci bölümde de izah edildiği üzere girişimsel tıbbi müdahaleler, bireyin vücudu

¹⁴¹ Shannon Brownlee, **Overtreated: Why too Much Medicine is Making us Sicker and Poorer**, New York, Bloomsbury, 2008.

¹⁴² Healey/Kopen/Smith, “Physicians, Defensive Medicine and Ethics”, s. 61; Renkema, “Triggers of Defensive Medical Behaviours: A Cross-Sectional Study Among Physicians in the Netherlands”, s. 1; Hekimin savunmacı davranışlarının sağlık sistemini zehirlemekle kalmayıp hastaların zarar görmesine neden olduğu ve bu sebeple Dünya’nın hemen hemen her bir ülkesinde “dehşetli” bir sorun olarak algılandığı hakkında bkz. Saks/Landsman, “The Paradoxes of Defensive Medicine”, 26; Öğretide, hekimin savunmacı güvence davranışlarının aşırı tanı (*overdiagnosis*) hüviyetinde olduğu durumlarda gereğinden fazla uygulanan tıbbi müdahalelerin hastaya zarar verebileceği ve yapılan tetkiklerin de yanlış sonuçlar alınabildiğinin unutulmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu bağlamdaki çalışmalarda, tanı koymaya sağlayabileceği olası katkı oldukça az olmasına rağmen uygulanan mamografi, ultrason görüntülemesi, bilgisayarlı tomografi görüntülemesi veya antijen testi gibi müdahalelerin; göğüs kanseri, tiroit kanseri, akciğer kanseri veya prostat kanseri gibi hastalıklara yol açabileceği aktarılmaktadır. Bkz. Berlin, “Medical Errors, Malpractice, and Defensive Medicine: An Ill-Fated Triad”, s. 136.

¹⁴³ Frakes, “Defensive Medicine and Obstetric Practices”, s. 463.

açısından çevresel etki hüviyetindedir. Tıbbi müdahalelerin diğer çevresel etkenlerden farklı olan özelliği ise tıbbi gerekliliklere uygun şekilde icra edilen müdahalelerin muhatapları nezdinde meydana getireceği etkilerin tahmin edilebilmesidir. Söz konusu tahmin etme fiili ise herhangi bir mutlakiyet arz etmemekte, zira olası komplikasyonlar her zaman ihtimal dâhilindedir. Öyleyse, tıbbi gerekliliklere aykırı şekilde icra edilen tıbbi müdahaleler, hastalar bakımından adeta hastalık yapıcı çevresel etkenlere benzer riskler barındırmaktadır. Dolayısıyla hekimin savunmacı güvence davranışları, muhatabın sağlığı bakımından yeni riskler oluşturabilmekte veya var olan riskleri arttırabilmektedir. Aksi yöndeki fikirlerin hukuki açıdan *sağlıklı* olmayacağı ifade edilebilir.

Savunmacı güvence davranışlarının hasta nezdinde doğrudan veya dolaylı olarak zarara yol açabileceğini gösteren çalışmalarda, endikasyona uygun olmamasına rağmen icra edilen bilgisayarlı tomografi (*computed tomography* - CT) görüntülemelerinin, hasta vücuduna zerk ettiği radyasyon nedeniyle radyasyon kaynaklı birçok hastalığa yol açabildiği gösterilmiştir¹⁴⁴. Radyasyonun insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkisinin büyüklüğü nedeniyle gerek ülkemizde gerek Avrupa Birliği mevzuatında önemli kısıtlamalar ve düzenlemeler bulunmaktadır¹⁴⁵. Bu bakımdan tıbbi kurallara ve standartlara aykırı şekilde endikasyon dışı talep edilen ve uygulanması esnasında muhatabını radyasyona maruz bırakan tetkiklerin zarara yol açması halinde ceza hukuku bakımından sorumluluğun gündeme gelme ihtimalinin dışlanmaması icap etmektedir.

Bir başka açıdan, hekimlerin endikasyona aykırı şekilde hastalara gereksiz ilaç reçete etmesi de bu ilaçların hastalar nezdinde yol açabileceği zararlı yan etkiler (*adverse effect*) düşünüldüğünde tehlike arz etmektedir. Hem ülkemizde hem de küresel çapta gündemde olan akılcı ilaç kullanımına dair tartışmalar ve mevzuat hükümleri işaret etmektedir ki ihtiyaç dışı antibiyotik kullanımı hem birey bazında

¹⁴⁴ David J. Brenner/Eric J. Hall, “Computed Tomography: An Increasing Source of Radiation Exposure”, **The New England Journal of Medicine**, C. CCCLVII, No: 22, 2007, s. 2277-2284; David J. Brenner *et al.*, “Cancer Risks Attributable to Low Doses of Ionizing Radiation: Assessing What We Really Know”, **Proceedings of the National Academy of Science**, C. C, No: 24, 2003, s. 13761–13766; Yan *et al.*, “Defensive Medicine Among Neurosurgeons in the Netherlands: A National Survey”, s. 2342.

¹⁴⁵ European Council Directive, **2013/59/EURATOM**, Date of Document: 05/12/2013; **Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği**. (Resmî Gazete: 24/03/2000 – Sayı: 23999).

hem de toplum ölçeğinde ciddi tehlikeler barındırmaktadır. Nitekim araştırmalara göre yanlış ilaç kullanımı nedeniyle insanın bağışıklık sisteminin zararlı organizmalara karşı işleyişinde meydana gelen değişimler, yakın gelecekte kanser hastalığından daha büyük bir tehlike arz etmeye başlayacaktır¹⁴⁶.

Hekimin savunmacı kaçınma davranışlarının yol açabildiği zararlar bakımından da manzara değişmemektedir. Bir anket çalışmasına katılan beyin ve sinir hastalıkları uzmanlarının yarısından fazlası; kafa travması, omurga zedelenmesi, kafatası içinde kanama ya da su toplaması gibi olgulara karşı, aleyhlerinde dava açılması riskini göze almak istemedikleri için müdahale etmediklerini ifade etmişlerdir¹⁴⁷. Bu durum, ihtiyaç duyulan tıbbi müdahalelere girilmemesi veya önlenmesi mümkün yaralanmaların önüne geçilmemesi sebebiyle pek çok yaralama neticesinin savunmacı kaçınma davranışları nedeniyle meydana geldiğini göstermektedir. Nitekim ABD'nin bazı kırsal bölgelerinde tam zamanlı çalışan beyin ve sinir hastalıkları uzmanının bulunmadığı, bu bölgelerden birisi olan Chester'da ise acil müdahaleye ihtiyaç duyan hastaların sevk edildikleri hastanelere gidiş yolunda öldükleri aktarılmaktadır¹⁴⁸. İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu bir yana, hekimlerin acil durumlarda tedavi ihtiyacı içindeki hastalara müdahaleye girişmekten imtina etmesi ve neticede ölüm ya da yaralanmanın vücuda gelmesi durumu, ceza hukuku bakımından ihmali hareketle kasten veya icrai hareketle bilinçli taksirle yaralama ve öldürme suçları bakımından anlamlı olmaktadır. Nitekim sırf belli bir tıbbi müdahalenin kendileri bakımından hukuki sorumluluk sebebi olma algısı nedeniyle hekimlerce gerçekleştirilmemesi meselesi, somut olayda hekimin garantörlük sıfatına aykırı ihmali hareketler şeklinde karşımıza çıkabilir.

¹⁴⁶ Broom, "Myth, Manners, and Medical Ritual: Defensive Medicine and the Fetish of Antibiotics", s. 1994.

¹⁴⁷ Brian V. Nahed, *et al.*, "Malpractice Liability and Defensive Medicine: A National Survey of Neurosurgeons". **Plos One**, C. CII, No: 6, 2012, s. 1-7. Aynur Toraman, "Defansif Tıbbın Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi: Nitel Bir Araştırma", **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2018, s. 73: "**Öncelikle hastaları etkiliyor. Hastalara gerekli işlemler yapılmıyordur belki. Ameliyat olması gerekiyordur, ama kimse ameliyat etmiyordur. Örneğin bir tane hastam oldu. Ankolizanspondilit. Merdivenden düşmüş omurgasında kırık oluşmuş. İlerleyici bir güç kaybı var. Kimseye veremedim. Kimse ameliyat yapmak istemedi. Çünkü omurilik felci olursa ve hasta şikayet ederse düşüncesiyle kimse almak istemedi. Ne kadar sıkıntı çektim. Sağ olsun hocalardan bir tanesi ameliyat yapmayı kabul etti de hastanın ihtiyacı olan sağlık hizmetini alabildi. Hasta dolaylı olarak davranış biçimi dolayısıyla kendi zarar görüyor.**"

¹⁴⁸ A.y.

B. Tıbbi Kurallar ve Standartlar

Öğretide bazı yazarlar, savunmacı tıp çerçevesinde değerlendirilebilecek icrai ve ihmali hareketlerin tıp mesleğinin uygulanmasının kaçınılmaz “yan etkileri”¹⁴⁹ olduğunu savunmakta ve savunmacı hekim davranışlarının bu sebeple *lex artis* kıstasına aykırı olmayacağını ileri sürmektedirler¹⁵⁰. Bu düşüncenin karşısındaki görüşleri savunan yazarlar ise savunmacı hekim davranışların “önce zarar verme!” (*primum non nocere*) şeklindeki temel tıp ilkesini ihlal ettiğinden bahisle tıbbi etiğe (tıbbi deontoloji) aykırı olduğunu vurgulamaktadır¹⁵¹.

Hekimin savunmacı davranışlarının *lex artis* kıstasına aykırı olması halinde; hastanın sağlığı, vücut dokunulmazlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkı gibi korunan hukuki değerlerine dönük tıbbi müdahalelerin, tipikliğin diğer tüm şartlarının olduğu bir varsayımda *taksirli* ve *hukuka aykırı* davranış hüviyetinde olduğunun savunulması mümkündür. Bir başka deyişle, savunmacı hekim davranışları kapsamında icra veya ihmal edilen hareketlerin tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olması halinde, suç unsurları bakımından en önemli tartışmaların suçun manevi unsuru ve hukuka uygunluk bahislerinde yoğunlaşacağı düşünülebilir. Zira hekimin bir suçun tipik unsurlarını vücuda getirirken zihnindeki mevcut düşünceler nedeniyle suçun manevi unsuru taksir veya bilinçli taksir olabileceği gibi olası kast da olabilecektir.

Öğretide ağırlıklı olarak benimsendiği görülen düşünceye göre hekimin savunmacı tıp kapsamındaki davranışları tıbbi deontolojiyi ihlal etmekte, hasta sağlığı ve güvenliği açısından önemli tehlikelere yol açmakta ve kamunun sağlık harcamalarının akılcı şekilde kullanılmasını engellemekte, dolayısıyla da tıbbi gerekliliklere aykırılık arz etmektedir¹⁵². Bir görüşe göre hekimin savunmacı tıbbi davranışlarının etik ve mesleki yükümlülüklerin ihlali olması yönündeki argüman, beş

¹⁴⁹ Garattinia/Padulaa/Mannucci, “Defensive Medicine: Everything and its Opposite”, s. 2.

¹⁵⁰ Bean, “Defensive Medicine: A Game in Which Perception Trumps Reality”, s. 645.

¹⁵¹ Bean, “Defensive Medicine: A Game in Which Perception Trumps Reality”, s. 646-647; Ortashi, “The Practice of Defensive Medicine Among Hospital Doctors in the United Kingdom”, s. 1-6; Elisabeth Assing Hvidt *et al.*, “How is Defensive Medicine Understood and Experienced in a Primary Care Setting? A Qualitative Focus Group Study Among Danish General Practitioners”, **British Medical Journal Open**, C. VII, No: 12, 2017, s. 1-8; Vento/Cainelli/Vallone, “Defensive Medicine: It is Time to Finally Slow Down an Epidemic”, s. 1-4.

¹⁵² Kapp, “Defensive Medicine: No Wonder Policymakers Are Confused”, s. 215.

farklı başlık altında ileri sürülebilir¹⁵³. Buna göre hekimler savunmacı davranışları ile (1) hastaların kendi geleceklerini belirleme hakkını ihlal edebilmekte, (2) hekimlik mesleğinin temel yükümlülüklerine aykırı olmakta, (3) tıbbın temel ilkesi olan “önce zarar verme!” kuralını ihlal edebilmekte, (4) hasta-hekim arasındaki ve kamunun mesleğe duyduğu güveni zedeleyebilmekte ve (5) sağlık harcamalarına ayrılan bütçenin adalete aykırı şekilde dağıtılmasına neden olabilmektedir.

Aktarılan savlar arasında en temel olanının, hekimliğin temel yükümlülüklerine aykırılık ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali noktasındaki düşünceler olduğu söylenebilir. Özellikle hekimin güvence davranışları kapsamında, muhatabın aydınlatılmış onamının alınması açısından çok ciddi soru işaretleri bulunmaktadır. Nitekim kendisini zaten hastasından gelebilecek hukuki veya fiziki tehditlerden korumak isteyen hekimin, icra etmekte olduğu müdahalenin aslında tıbbi endikasyona uygun olmadığı hususunda hastasını bilgilendirmesi söz konusu olamayacaktır. Hastanın somut olaydaki müdahalenin gereksiz olduğu yönünde uyarılması ihtimalinde dahi, hekimin müdahaleyi icra ederkenki asıl motivasyonunun kendini korumak olduğu konusunda hastaya bilgilendirme yapılmayacağı açıktır. Nitekim bu gibi hallerde hekimin müdahalesini gerekçelendirmek için başvuracağı cümlelerin de genellikle “sadece emin olmak için” gibi muğlak ve gerçeği tam olarak yansıtmadığı için verilecek rızayı sakatlayacak ifadeler içermesi söz konusu olacaktır¹⁵⁴. Savunmacı hekim davranışlarının tıbbi gerekliliklerle çeliştiği hususlar hakkında detaylı açıklamalar, çalışmamızın üçüncü bölümündeki suç incelemesindeki ilgili başlıklar altında yapılmıştır.

Kanımızca ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmelerde, esasen disiplin hukuku veya idarenin hizmet kusuru gibi meseleleri ilgilendiren genel ve soyut nitelikli kıstaslardan uzak durulmasında büyük fayda vardır. Dolayısıyla yapılacak olan analiz, somut şekilde belli olan icrai veya ihmali davranışlar özelinde ve bunlara ilişkin tıbbi gerekliliklerin ne olduğu sorusu dairesinde yürütülmelidir. Bu doğrultuda da savunmacı tıp kapsamında kalan hekim davranışlarının kül halinde tıbbi kurallara

¹⁵³ Bester, “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, s. 417-418.

¹⁵⁴ A.y.

ve standartlara aykırı ilan edilmesinde isabet bulunmaz. Nitekim çalışmamızda benimsediğimiz savunmacı davranış tanımına uymakla beraber tıbbi gerekliliklere aykırılık teşkil etmeyen tıbbi müdahalelerden bahsedilmesi de mümkün olabilir.

Bu noktada, hekimlerin tıbbi karar alımı noktasında sahip oldukları takdir yetkisinden bahsedilmesi gerekir. Vurgulanmalıdır ki tıbbi kurallar ve standartlar, her bir hastalık bakımından ve önceden tamamen belirlenmiş mekanik kurallar silsilesi ifade etmemekte; bu sebeple hangi tıbbi müdahalenin ne zaman ve ne şekilde yapılmasının gerektiği noktasında müdavi hekimin uhdesinde bir takdir payının varlığı kaçınılmaz hale gelmektedir¹⁵⁵. Nitekim hekimlerin yıllar içinde bina ettikleri kişisel ve mesleki tecrübeleri, onlara belli başlı hastalıklara ve hasta profillerine karşı belirli müdahalelerde bulunmanın hastalar bakımından en iyi sonucu getireceğini öğretmiş olabilir¹⁵⁶. Fakat hekimin mesleki özerkliğinin ve takdir marjının, tıbbi kurallar ve standartlarla çizilen sınırlar dışına taşamayacağını ifade etmek oldukça isabetli bir önerme olacaktır. Bu takdirde, taksirli tıbbi müdahalenin varlığı sonucuna ulaşılabileceğini ifade etmek mümkündür.

Somut olayda tıbbi kurallara ve standartlara aykırı nitelikte bir savunmacı davranışın mı yoksa hekimin mesleki özerkliği kapsamında kalan bir müdahalenin mi bulunduğu belirlenmesi her zaman kolay olmayabilir. Hiç şüphesiz, ceza hâkimi somut olayda suç unsurlarının oluşup oluşmadığı noktasında yapacağı değerlendirmede bu güçlüğü aşabilmek için bilirkişi raporlarına başvuracaktır.

IV. SAVUNMACI HEKİM DAVRANIŞLARI VE CEZA

HUKUKU NORMLARI

Gerek Alman gerekse de Türk ceza hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre ceza hukukunun *meşru* görevi, *sadece* hukuki değerlerin korunması ve bu suretle

¹⁵⁵ **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları** m. 6; Garattinia/Padulaa/Mannucci, “Defensive Medicine: Everything and its Opposite”, s. 1; Tıbbi yazında *kişiselleştirilmiş tıp (individualised medicine)* adı verilen uygulamalar kapsamında, hasta bazındaki özel haller araştırılarak hastaya özel tedavi planlaması yapılabilmektedir. Bkz. Randy Vogenberg/Isaacson Barash/Michael Pursel, “Personalized Medicine: Part 1: Evolution and Development into Theranostics”, **Physical Therapy Journal**, C. XXXV, No: 10, 2010, s. 560-576.

¹⁵⁶ Broom, “Myth, Manners, and Medical Ritual: Defensive Medicine and the Fetish of Antibiotics”, s. 1995.

toplum fertlerinin barış içinde bir arada yaşamasının temin edilmesidir¹⁵⁷. Nitekim Beccaria'nın meşhur sözleriyle cezanın amacı “*ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlenmemişçesine yadsımak, yok saymaktır*”¹⁵⁸. Öyleyse, günümüz ceza hukuku sistemi kapsamında tipe uygun ve kınanabilir haksızlıklara ceza verilmesinin dayanağı duygu veya sezgi değil; akıldır¹⁵⁹.

Giriştikleri savunmacı davranışlarından ötürü hekimlere cezai yaptırım uygulanması *de lege ferenda* akılcı mıdır? Devletlerin, sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında ağır yaralanmalara yol açıldığı iddiasının bulunduğu durumlara ilişkin suç normları bulundurmamak ve bunları uygulamak yönünde uluslararası hukuk kaynaklı yükümlülükleri olabileceği bu noktada vurgulanmalıdır. İnsan hakları organlarının bu konuda verdiği kararlarda ölüm veya ağır yaralanma olayları açısından ayırım gözetmediği ve ihlal kararlarının ağırlıklı olarak yaşam hakkı veya özel hayata saygı hakkı açısından alındığı görülmektedir. O halde, özellikle hatalı tıbbi müdahale teşkil

¹⁵⁷ Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994, s. 155; Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 37, 48 ve 445. Cezanın amacı bakımından ileri sürülen düşünceler arasında, cezanın geçmişe dönük olduğu fikrini barındıran *mutlak* teoriler ile cezanın gelecekte umulan bir faydaya yöneldiğini savunanların benimsediği *nisbi* teorilerin uzlaştırıldığı *karma* teorisin taraftarları, hem adalet düşüncesini vurgulayarak mutlak teorisinin kefarete düşüncesine yaklaşmakta hem de cezanın özel ve genel önleme amaçlarının gözetilmesindeki faydanın altını çizerek nisbi teorilerle yakınlaşmaktadır. Böylece tayin edilecek ceza, failin kusuruna bağlı şekilde değişse de *a priori* yöntemle soyut şekilde belirlenebilmektedir. TCK'nın 1, 3 ve 61'inci maddeleri ile 5275 sayılı Kanun'un 1'nci maddesi birlikte değerlendirildiğinde, Türk ceza hukuku sisteminin, cezanın amacı bakımından karma teorisin ilkeleriyle aynı doğrultuda bina edildiği gözlemlenmektedir. Nitekim TCK'nın amacı *kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek* şeklinde belirlenmiş ve verilecek cezanın ağırlığı bakımından da failin kusurunu bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Bkz. TBMM, **Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**. Esas Numarası: 1/593, Sıra Sayısı: 664, Geliş Tarihi: 12/05/2003, Kabul Tarihi: 26/09/2004, s. 490. Cezanın amacı hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Fatma Karakaş Doğan, “Cezanın Amacı ve Hapis Cezası”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 269 vd.

¹⁵⁸ Cesare Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2013, s. 69.

¹⁵⁹ Dönmez/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, s. 7. Bu düşünce belki de en veciz ifadesini nisbi teorileri desteklemek amacıyla sıkça atıf yapılan *nemo prudens punlt, quia peccatum est, sed ne peccetur* deyiimiyle bulmaktadır: Bilge kimse, geçmişte bir suçun işlenmiş olması sebebiyle değil; gelecekte suç işlenmemesi amacıyla cezalandırır. Gerçekten de Genç Seneca'nın ifadesiyle, suçluların dizginlenmesi için verilecek cezanın dayanağı öfke değildir, zira öfke zihnin akametidir ve oluşan yanlış düzeltilecek kişi de zaten öfkenin yöneltileceği suçlu değildir; cezalar *islah* amacıyla uygulanmalıdır: “*since anger is a failure of the mind, a wrongdoer shouldn't be the one to set wrongdoing right. Every kind of punishment I apply, I apply by way of a remedy*”. Bkz. Lucius Annaeus Seneca, **Anger, Mercy, Revenge**, Çev. Robert A. Kaster/Martha C. Nussbaum, London, The University of Chicago Press, 2010, s. 27; Platon'ın Protagoras'ına göre de her nasıl ki çocuğun *tedip ve terbiyesi* için yaptırımlar uygulamaktadır; devlet de ceza hukuku ile benzer bir faaliyeti toplum açısından bireylere karşı uygular. Bkz. Plato, **Protagoras**, Çev. Martin Ostwald, Editör: Gregory Vlastos, New York, Bobbs-Merrill, 1956, s. 324d-325d.

eden savunmacı hekim davranışlarının söz konusu hakları ihlal ettiği durumlarda, ceza hukuku araçlarının ve korunan hukuki değer kavramının gündeme gelmesi gerekmektedir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame.İHM) 2007 yılında aldığı bir karar, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle zarara uğrama iddialarına karşı ceza hukuku soruşturması açılmasının gerekip gerekmediği hususunun açıklanması noktasında izaha değerdir¹⁶⁰. Bu olayda bakteriyel menenjit semptomlarıyla bir sağlık kurumuna yatırılan hastaya, buradaki dördüncü gününde ve ağrı şikâyeti üzerine on miligram morfin verilmiş ve hasta ertesi gün hayatını kaybetmiştir. Ebeveynlerin, hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla bu kurumda çalışan iki hekim aleyhinde şikâyetle bulunması üzerine başlayan süreçte, hekimlerden birisi hakkında zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmiş; diğer hekim açısından ise kararın verildiği tarih itibariyle hala herhangi bir karara hükmedilmemiştir.

Ame.İHM olaya ilişkin kararında devletlerin bu kapsamdaki yükümlülükleri arasında *hatalı tıbbi müdahale nedeniyle insanca muamele görme hakkı ve yaşam hakkı gibi temel hakların ihlal edilmesini engellemek* işlevini gören ceza kanunları kabul etmek ile bu hakların ihlal edilmesini engelleyici ve ihlal edenleri cezalandırıcı bir yargı sistemi kurmayı da saymıştır¹⁶¹. Fakat önemle vurgulanmalıdır ki mahkemeye göre bu yükümlülükler, hatalı tıbbi müdahale fiilleri açısından bir özgü suç normu ihdas etmeyi zorunlu olarak gerektirmemektedir, yeter ki ülke mevzuatında yaralanma ve ölüm suçları bakımından mevcut normlar yukarıda belirtilen şartları taşıyın¹⁶².

Ame.İHM'in aksine, AİHM'in ülkelerin maddi ceza hukuku bakımından daha az buyurgan kararlar verdiği ve incelemelerini usuli güvencelerin denetlenmesi noktasında yoğunlaştırdığı görülmektedir¹⁶³. Gerçekten de AİHS sistemi dâhilinde

¹⁶⁰ Ame.İHM, *Albán-Cornejo et al/Ecuador*, No. 171, T. 22/11/2007.

¹⁶¹ *Albán-Cornejo et al/Ecuador*, § 135. Ame.İHM, bu yükümlülüğün maddi ceza hukukunu ilgilendiren yönü hakkındaki açıklamasında, ihdas edilecek suç normlarındaki tipik unsurların demokratik bir toplumun ceza hukukuna uygun özellikleri taşıyacak surette ve hukuki değerlerin korunmasına yetecek şekilde tarif edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁶² *Albán-Cornejo et al/Ecuador*, § 136.

¹⁶³ Robert Spano, "The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law", *Human Rights Law Review*, C. XVIII, No: 3, 2018, s. 473–494.

hatalı tıbbi müdahale iddialarının dillendirildiği ve ihlal kararı verilen başvuru dosyalarının çoğunda ya iddiaların yöneltildiği sağlık mesleği mensupları aleyhinde hiçbir ceza soruşturmasının açılmadığı ya da açılan soruşturmanın etkili şekilde yürütülmediği görülmektedir¹⁶⁴. Bu bağlamda AİHM, karmaşık ve teknik faaliyetlerin yürütülmesi esnasında meydana gelen ölüm/yaralanma olaylarında, hele ki olayın nasıl gerçekleştiğini gösterir bilgi ve belgelere mağdurca erişilmesinin zor olduğu durumlarda cezai soruşturma yürütülmemesinin ulusüstü insan hakları hukukunun ihlali niteliğinde olduğunu tespit etmektedir¹⁶⁵. Temelsiz sayılamayacak spekülasyon nitelikte bir varsayım olarak; bir başvuru sahibinin devlet hastanesinde vuku bulan hatalı tıbbi müdahale nedeniyle vücut uzuvlarından birisini kaybettiği, tıbbi dosyasına erişmek için hastaneye yönelttiği taleplerin karşılık görmediği ve yaşadığı olayın tıbbi gerekliliklerin yerine getirilmemesinden kaynaklandığı iddialarını kabuledilebilirlik kriterlerini karşılayacak şekilde¹⁶⁶ dile getirdiği ihtimalde; söz konusu tıbbi müdahaleyi icra veya ihmal eden hekim aleyhinde taksirle yaralama suçundan ötürü soruşturma/kovuşturma yürütülmemesi hususunun, özellikle bilinçli taksirin söz konusu olduğu hallerde insan hakları hukukunun ihlali anlamına gelebileceği ifade edilebilir.

AİHM içtihatları genel olarak incelendiğinde; (1) *hasta yaşamının korunması için gerekli tüm önlemlerin alınması noktasında sağlık hizmeti sunucularını zorlayan bir mevzuata* ve (2) *tıbbi müdahale sürecinde meydana gelen ölüm olaylarının etkili ve bağımsız şekilde soruşturulmasını temin edecek bir yargı sistemine sahip olmak hususlarının devletlerin pozitif yükümlülükleri arasında sayıldığı* görülmektedir¹⁶⁷. Öte yandan Strazburg Mahkemesi, mesleki hatalar veya hekimler arası koordinasyon

¹⁶⁴ Mahkeme bu yöndeki kararlarını ağırlıklı olarak ölüm olaylarıyla ilgili olarak ve yaşam hakkı bağlamında vermiş olsa da bu kararlarda tespit edilen standartlar, tıbbi müdahalelerin yaralanmalara sebebiyet verdiği olaylar bakımından da geçerlidir. Bkz. AİHM, *Spyra and Kranczkowski/Poland*, B. 19764/07, T. 25/09/2012, § 82; AİHM, *Dodov/Bulgaria*, B. 59548/00, T. 17/01/2008, §§ 70, 79-83, 87; *Powell/the United Kingdom*; *Calvelli and Ciglio/Italy*, § 48;

¹⁶⁵ Albuquerque, yaralanma veya ölüm vakalarında ceza hukuku araçlarının uygulanmaması noktasında verilen ihlal kararlarının çoğunlukla niteliği itibarıyla tehlikeli faaliyetler açısından gündeme geldiğini ve tıbbi müdahalelerin bu kapsamda değerlendirilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığını dile getirmektedir. Bkz. *Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*, § 69; AİHM, *Oruk/Turkey*, B. 33647/04, T. 04/02/2014, § 49; AİHM, *Öneryıldız/Turkey*, B. 48939/99, T. 30/11/2004, § 93; AİHM, *Stoyanovi/Bulgaria*, B. 42980/04, T. 09/11/2010, §§ 61-63.

¹⁶⁶ Krş. AİHM, *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk/Turkey*, B. 13423/09, T. 09/04/2013.

¹⁶⁷ AİHM, *Calvelli and Ciglio/Italy*, [Büyük Daire], B. 32967/96, T. 17/01/2002, § 49.

aksaklıkları gibi hususların engellenmesi noktasında mevzuatın ancak *yüksek* standartlar içerdiği durumlarda devletlerin insan hakları yükümlülüklerinin ihlal etmediği sonucuna ulaşmaktadır¹⁶⁸. Bu bağlamda 2013 yılında Ukrayna'ya karşı verilen *Arskaya* kararında¹⁶⁹, ülkedeki mevzuatın aynı şehirdeki hastanelerin işbirliği halinde çalışmasını temin edememesi hususuyla birlikte hatalı tıbbi müdahale iddialarının etkili şekilde soruşturulmaması meseleleri, AİHS'in ihlal edildiğine dair verilen hükmün dayanağını teşkil etmiştir. Bu bakımdan, farklı hastanelerde görev yapan hekimlerin, savunmacı kaçınma davranışı kapsamında kendilerine acil tıbbi müdahale talebi ile başvurmuş hastalara tıbbi gerekliliklere uygun müdahalede bulunmaması nedeniyle yaralama neticesinin gündeme gelmesi durumunda ceza hukuku soruşturmasının başlatılmamasının AİHS standartlarına aykırı olduğu ifade edilebilir.

AİHM nezdinde görülmüş *Şentürk* kararının¹⁷⁰ bu kertede izah edilmesi gerekir. Bu kararda mahkeme, acil tıbbi müdahaleye gereksinimi olan otuz dört haftalık hamile kadının, başvurduğu acil servislerde çalışan sağlık mesleği mensuplarınca sağlık sigortası olmadığı için farklı hastanelere sevk edilmesi sürecinde vuku bulan ölümünün etkili soruşturulmamasının, AİHS'in ihlali anlamını taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme bu kararını verirken hekimlerin, müteveffanın ihtiyaç duyduğu müdahale yapılmaksızın başka hastanelere sevk edilmesi halinde ortaya nasıl bir risk çıktığının "*oldukça bilincinde*"¹⁷¹ olmaları hususunu gözetmiştir. Mahkemenin kabulüne göre, hekimler *mesleki yükümlülüklerini* ihlal ettiklerinin *bilincinde olmalarına rağmen* müteveffanın hayata tutunması bakımından gerekli acil müdahaleleri yapmamışlardır; dolayısıyla bu olayda sadece mesleki hüküm hatasının veya dikkatsizliğin mevzubahis olduğu savunulamaz niteliktedir¹⁷². Mahkeme ayrıca,

¹⁶⁸ AİHM, *Powell/the United Kingdom*, D. 45305/99, T. 04/05/2000. Karşı oy yazılarındaki gerekçeleriyle meşhur Paulo Pinto de Albuquerque, devletlerin bu açıdan mevcut yükümlülüklerinin genel nitelikli tedbirlere indirgenemeyeceğini ve mahkemenin *Powell* kararında hastaların ve sağlık mesleği mensuplarının hakları arasında adil bir denge kuramadığı için hasta haklarının AİHS düzleminde adeta hayalî bir hüviyete büründüğünü savunmaktadır. Albuquerque'ye göre *Powell* kararındaki bu yaklaşım "az sayıdakini çok sayıdakine" tercih eden bir anlayışı temsil etmektedir ve peşinen reddedilmelidir. Bkz. AİHM, *Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*, B. 56080/13, T. 19/12/2017, karşı oy § 69.

¹⁶⁹ AİHM, *Arskaya/Ukraine*, B. 45076/05, T. 05/11/2013.

¹⁷⁰ *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk*.

¹⁷¹ *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk*, § 96.

¹⁷² *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk*, § 104.

başkalarının hayatını tehlikeye atanlar hakkında cezai soruşturma açılmaması hallerinde AİHS'in ihlal edilebileceği yönündeki yaklaşımının, ihtiyaç duyulan tıbbi müdahalenin gereği gibi icra edilemediği ve bu nedenle hastanın yaşamının riske atıldığı durumlarda da geçerli olduğunu vurgulamıştır¹⁷³.

Şentürk kararından yola çıkıldığında, bilinçli taksirle gerçekleştirilen savunmacı kaçınma davranışları neticesinde hastanın vücut dokunulmazlığını ihlal edildiği ciddi yaralama olaylarında taksirle yaralama suçundan soruşturma açılmasının, Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülükleri arasında olabileceğinin söylenmesi cüretkâr bir yaklaşım olarak değil rasyonel bir değerlendirme olarak nitelendirilmelidir. Burada zikredilmesi gereken *Sinim* kararında AİHM adeta bir ilk derece mahkemesi gibi suçun manevi unsuru hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur¹⁷⁴. Strazburg Mahkemesi kararında, *apaçık ortada olan risklere rağmen* ilgili mevzuattan bilinçli şekilde sarfinazar (*deliberate disregard*) edildiğini, somut olayda kasttan söz edilememekteyse de mevzuattan iradi olarak ve risklere kayıtsız kalınarak sarfinazar edilmesi hususunun basit bir ihmal veya hata olarak nitelenemeyeceğini, bu olaylarda ceza soruşturması açılmasının bir gereklilik olduğunu tespit etmiştir¹⁷⁵.

Görülen odur ki hatalı tıbbi müdahalelere dair şikâyet ihtiva eden dosyalara karşı AİHM, şikâyete konu olayın bir *mesleki hüküm hatası* veya *dikkatsizlikten* öteye geçmediği¹⁷⁶ hallerde ceza hukuku soruşturması başlatılmasının *per se* bir zorunluluk olmadığı yönünde kararlar vermektedir¹⁷⁷. Her ne kadar söz konusu görüş bu

¹⁷³ Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, § 105.

¹⁷⁴ AİHM, *Sinim/Turkey*, B. 9441/10, T. 06/06/2017.

¹⁷⁵ *Sinim/Turkey*, § 63 ve 64. Mahkemenin TCK m. 174 hükmünü *ratio legis* açısından ve korunan hukuki değer perspektifinden değerlendirmesi ve korunan hukuki değer gözetildiğinde somut olayda soruşturma açılması için zarar neticesine gerek olmadığına işaret etmesi dikkat çekicidir. Hiç tereddütsüz, bir ceza mahkemesi olmayan AİHM, “basit bir ihmal” şeklindeki nitelemesiyle ceza hukuku bakımından hem ihmali hareketi hem de manevi unsuru kapsayan geniş bir değerlendirmeye işaret etmektedir; dolayısıyla söz konusu mefhumun sadece ve sadece ihmali harekete karşılık geldiği zannedilmemelidir. Keza karardaki “hata” kelimesinin de TCK’nın 30’uncu maddesindeki anlamında kullanılmadığına dikkat çekilmelidir.

¹⁷⁶ Şüphesiz ki mahkemenin terminolojisinde sırasıyla *error of judgment* ve *carelessness* şeklinde ifade bulunmuş bu terimlerin ceza hukukundaki karşılıklarının ne olduğu meselesi ayrı bir tartışma konusudur. Burada kullanılan *hata* ifadesinin TCK m. 30 anlamında olmadığı ve *dikkatsizlik* kavramının da taksir terimi ifade etmediği hususlarına okuyucunun dikkati tekrar çekilmelidir.

¹⁷⁷ AİHM, *Asiye Genç/Turkey*, B. 24109/07, T. 27/01/2015, § 73; Öneriyıldız, § 93; Oruk, §§ 50 ve 65; Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk, § 104.

mahkemenin tüm üyelerince paylaşılan bir düşünce olmasa da¹⁷⁸ Türk Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar söz konusu meseleler hakkında verdiği tüm kararlarda aynı düşünce paralelinde gerekçeler görülmektedir.

Bu açıdan AİHM'in 2016 yılında Romanya'ya karşı verdiği ve sağlık mesleği mensubunun *lex artis* kıstasına aykırı davranmasının ölümüne yol açtığı iddiasına ilişkin *Elena Cojocaru* kararının¹⁷⁹ zikredilmesi de mümkündür. Mahkeme bu olayda maddi vakıada manevi unsurun ne olduğu yönünde değerlendirme yapamayacağını belirtmekle beraber, olaydaki hekimin konsültasyon sayesinde ölen *Hellp* sendromu değil, mantar zehirlenmesi olduğunun *bilincine* vardığını ve bu hallerde uygulanması gerektiği bilinen bir tıbbi protokol olmasına rağmen ölenin yüz elli kilometre uzaktaki bir hastaneye sevk edilmesi nedeniyle acil gerçekleştirilmesi icap eden bir tıbbi müdahalenin icrasının geciktirildiğini tespit etmiştir.¹⁸⁰ Bu tespitin üstüne bina edilen ve hekim aleyhinde başlatılan ceza soruşturmasının etkili yürütülmediğinin vurgulandığı gerekçe, mahkemenin ihlal kararına dayanak olmuştur¹⁸¹.

Tekrara düşmek pahasına vurgulanmalıdır ki gerek Anayasa Mahkememizin gerekse uluslararası yargı organlarının kullandığı terminolojideki *ihmal*, *hata* ve *dikkatsizlik* gibi kavramların ceza hukuku terimiymişçesine anlaşılmaması icap

¹⁷⁸ Nitekim eski AİHM hakimi Paulo Pinto de Albuquerque, söz konusu yaklaşımın suçun manevi unsuruna ilişkin kavramları basite indirgediğini ve çifte standarda yol açtığını savunmaktadır. Albuquerque'ye göre; ulaşım sektöründe lojistik işi gören kişinin, mahiyeti itibarıyla tehlike arz eden ürünleri karayolunda mevzuatın öngördüğü lisansları almaksızın taşıması olayına ilişkin *Sininim* kararında AİHM; başkalarına zarar verme noktasında risk bulunduğu hususu öngörülmesine rağmen kayıtsız kalınmak ve riskleri önemsememek (*reckless disregard*) suretiyle icra edilen fiiller açısından ceza kovuşturması yapılması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu yaklaşımın, mahiyeti itibarıyla tehlikeli olan bir başka faaliyet olan tıbbi müdahaleler bakımından benimsenmemesi çifte standart mahiyetinde tezahür etmektedir. Bkz. *Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*, karşı oy metni; Hâkim Osman Alifeyyaz Paksüt'ün söz konusu düşünceyle aynı düzlemdeki karşı oy yazısı için bkz. Bu bölümde *aşağıda* 114 numaralı dipnot ve ilgili metin.

¹⁷⁹ *Elena Cojocaru/Romania*, B. 74114/12, T. 22/03/2016, § 111.

¹⁸⁰ *Elena Cojocaru/Romania*, § 109, § 111. Krş. Yargıtay 12. CD., E. 2019/6309, K. 2020/2094, T. 27/02/2020: “*sol meme tümörü rahatsızlığının ilk iki muayenede enfeksiyonla birlikte seyretmesinin tanıyı güçleştirdiği, bu nedenle kesin tanıda bir süre gecikme söz konusu olduğu, muayene tarihleri ile kesin tanı konulma tarihi arasında geçen süre ve meme kanserinin niteliği dikkate alındığında, bu gecikmenin, hastalığın klinik seyrini anlamlı ölçüde etkileyecek bir duruma sebep olmadığı, ek bir zarara yol açmadığı cihetle, ilgili hekimlere atfi kabil ihmal ya da kusur tespit edilmediği*”.

¹⁸¹ AİHM, *Süleyman Ege/Turkey*, B. 45721/09, T. 25/06/2013; *Asiye Genç/Turkey*; Mağdurun tutuklu ya da hükümlü sıfatının bulunduğu; zorunlu askeri hizmet gibi bir görevin icrası kapsamında devletin kontrolünde olduğu; veya kamu hastanelerinde kendi durumunu takip etme olanağı olmayan bir durumda bulunduğu durumların bu açıdan özellik arz ettiği hatırlatılmalıdır. Bkz. *Dodov*, § 81; AİHM, *Kats and Others/Ukraine*, B. 29971/04, T. 18/12/2008, § 104; AİHM, *Aleksanyan/Russia*, B. 46468/06, T. 22/12/2008, § 147.

etmektedir. Nitekim anılan yargı mercilerinin kullandığı bu kavramların, çoğu halde ceza hukuku bakımından *taksir* kurumuna denk gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.

Bu başlıkta şu ana kadar izah etmeye gayret ettiğimiz yaklaşımın Türk Anayasa Mahkemesince de aynen kabul edildiği görülmektedir. Söz gelimi, bu konudaki temel davalardan *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* dosyasında; devletin etkili bir yargı sistemi kurma yönündeki yükümlülüklerinin¹⁸² mağdurun vücut bütünlüğünün kasti şekilde ihlal edilmediği olaylarda ceza davası açılmasını zorunlu kılmadığı fakat

“ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi, hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması”

mesalesinin Türk anayasasını ihlal edici nitelikte olabileceği hususu vurgulanmıştır¹⁸³. Mahkeme *Kenan Sayın* başvurusunda yukarıda alıntılanan hükmü tekrarlayarak söz konusu düşüncenin “*yetkili kişi ve kurumların mesleki ödevlerini hiçe sayarak sağlık kuruluşlarına başvuran hastanın hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar vermeleri hâlinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de*” geçerli olduğuna dikkat çekmiştir¹⁸⁴.

Mahkemenin de isabetle vurguladığı üzere bu durum, hatalı tıbbi müdahale iddiasında bulunmuş kimselere, her olay açısından hekimlerin taksirle yaralamaya neden olma suçundan yargılanmasını veya cezalandırılmasını temin etme hakkı vermemekte ve devletin de böyle olaylarda hekimleri cezalandırmak yönünde bir yükümlülüğü olduğu anlamını taşımamaktadır¹⁸⁵. Gerçekten de yüksek mahkememiz, *tıbbi değerlendirme hatası* şeklinde ifade ettiği ve “*tedavinin belli bir kısmında görev alan sağlık personelinin ihmali bulunduğu yani tanı ve tedavide hata yapıldığı*

¹⁸² AYM, *Ahmet Acartürk*, B. 2013/2084, T. 15/10/2015, § 49; AYM, *İlker Başer ve diğerleri*, B. 2013/1943, T. 09/09/2015, § 44.

¹⁸³ AYM, *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. 2012/752, T. 17/09/2013, §§ 59-62.

¹⁸⁴ AYM, *Kenan Sayın*, B. 2013/5376, T. 14/10/2015, § 47.

¹⁸⁵ AYM, *Nail Artuç*, B. 2013/2839, T. 03/04/2014, § 45.

vakalar”¹⁸⁶ şeklinde tanımladığı olguların mutlaka cezai soruşturmaya tabi tutulması gerekmediğini vurgulamakta ve bu hükmünün gerekçesi olarak da tıbbi müdahale esnasında veya sonrasında herhangi bir gerekliliğin ihmal edilmemesine rağmen istenmeyen sonuçların meydana gelme riskinin kaçınılamaz olmasını göstermektedir¹⁸⁷. Yine de bir faaliyetin salt tehlikeli mahiyette olması, bu faaliyet kapsamında vücuda gelen tüm zararlı neticelerin sorumluluk dışında olduğu anlamını taşımamakta; faaliyeti icra edenlerin riskleri *önleyici* ya da *asgari düzeye indirici* şekilde davranma zorunluğu bulunmaya devam etmektedir¹⁸⁸.

A. Hatalı Tıbbi Müdahale ve Türk Ceza Kanunu

TCK kapsamında hatalı tıbbi müdahale anlamına gelecek fiilleri suç olarak tanımlayan bir özgü suç normu (*delicta propria*) olmadığı görülmektedir. Bununla beraber, Türkiye Büyük Millet Meclisi kayıtları incelendiğinde bu konuda düzenlemeleri içerir kanun tekliflerinin ve tasarılarının Türk yasama organına sunulduğu fakat kabul edilmediği müşahade edilmektedir¹⁸⁹. Özel bir suç normunun yokluğunda, hekim fiillerinin ceza hukukunun konusuna girdiği hallerin, özellikle TCK’nın 81 ilâ 90’ıncı maddelerinde düzenlenen suçlar kapsamındaki olaylar olabileceği ifade edilebilir. Fakat hekimlerin mesleklerini icra ederken ihlal edebilecekleri suç normlarının bunlarla sınırlı olduğu söylenemez.

Hekimin, hastasının tıbbi menfaatleri yerine kendi *maddî* menfaatlerini gözettiği durumlarda, beyaz yaka suçluluğu kavramının gündeme gelmesi ve bu bağlamda malvarlığına veya kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçların işlenmesi mümkün olabilecektir. Söz gelimi, hekim maaşlarının düşük olduğu Çin’de yapılan bir çalışmada, bu ülkede görev yapan hekimlerin performans sisteminden yararlanarak ve elde ettikleri geliri arttırmak uğruna, daha ucuz tıbbi müdahalelerin de yapılabileceği olgularda görece pahalı müdahalelere girdikleri veya

¹⁸⁶ AYM, *Nimet Bacaklılar* [Genel Kurul], B. 2014/19349, T. 15/03/2018; AYM, *Orhan Hisar ve Şerife Özlem Hisar*, B. 2015/299, T. 31/10/2018.

¹⁸⁷ AYM, *Eliçe Aydın ve diğerleri*, B. 2015/5228, T. 20/03/2019, § 53.

¹⁸⁸ *Eliçe Aydın ve diğerleri*, § 54.

¹⁸⁹ **TBMM Kanun Teklifi (Sefer Aycan)**. “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Teklifi”, Teklif Tarihi: 20/07/2020, Esas No: 2/3052; **TBMM Kanun Tasarısı (Başbakanlık)**, “Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı”, Esas Numarası: 1/1030, Geliş Tarihi: 24/07/2002.

endikasyona uygun daha ucuz ilaçlar da bulunmasına rağmen daha pahalı ilaç seçeneklerini reçete ettikleri aktarılmaktadır¹⁹⁰.

Benzer şekilde ABD’de de fazladan ilaç yazılması veya gereksiz tıbbi müdahalede bulunulması gibi yöntemlerle sağlık sisteminin ve özellikle sigorta şirketlerinin hekimler menfaatine olarak zarara uğratıldığı sonucuna işaret eden çalışmalar görülmektedir¹⁹¹. Bu konuda verilecek vurucu bir örneğin baş kahramanı olan onkoloji uzmanı hekim, birçoğu kanser dahi olmayan beş yüzden fazla hastasına toplamda otuz dört milyon Amerikan Doları değerinde kemoterapi tedavisi gerçekleştirerek hem sigorta şirketlerini on yedi milyon Amerikan Doları tutarında zarara uğratmış hem de hastalarına fiziki ve psikolojik hasarlar vermiştir¹⁹².

Hekimlerin sanık sıfatıyla yer aldığı ceza yargılamalarının büyük bir bölümü, ceza kanunumuzun 89’uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama başlığını taşıyan ve çalışmamızın konusunu oluşturan suç dolayısıyla yürütülmektedir¹⁹³. Bu madde, kendi içinde beş fıkayı haiz olup bunlar arasından ilk fıkra, suçun kanuni unsurlarını düzenlerken bu maddeyi izleyen fıkralarda ise suç sebebiyle verilecek cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller ile kovuşturmayla ilişkin şartlar düzenlenmiştir. Suç unsurlarını tarif eden söz konusu fıkra şu şekildedir:

“Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

¹⁹⁰ Chen, “Defensive Medicine or Economically Motivated Corruption? A Confucian Reflection on Physician Care in China Today”, s. 642; Healey/Kopen/Smith, “Physicians, Defensive Medicine and Ethics”, s. 62.

¹⁹¹ Pamela H. Bucy, “Fraud by Fright: White Collar Crime by Health Care Providers”, **North Carolina Law Review**, C. LXVII, No: 4, 1989, s. 920 vd; Marilyn Price/Donna M. Norris, “Health Care Fraud: Physicians as White Collar Criminals?”, **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, C. XXXVII, No: 3, 2009, s. 286-289; Gboyega Adebola Ogunbanjo/Donna Knapp van Bogaert, “Ethics in Health Care: Healthcare Fraud”, **South African Family Practice**, C. LVI, No: 1, s. 10-13.

¹⁹² The United States Department of Justice, “Detroit Area Doctor Sentenced to 45 Years in Prison for Providing Medically Unnecessary Chemotherapy to Patients”, (Çevrimiçi) (10/07/2015), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.justice.gov/opa/pr/detroit-area-doctor-sentenced-45-years-prison-providing-medically-unnecessary-chemotherapy>.

¹⁹³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1242; Nejdet Şatır, **Emsal Kararlar Işığında Kamu Ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 287-397.

Görüldüğü üzere bu suç, ancak taksirle işlenebilmektedir¹⁹⁴. Bununla beraber, özellikle hekimin savunmacı kaçınma davranışı kapsamında ihmali davranış sergilediği olaylarda, bilinçli taksir ile beraber olası kast kavramının da tartışılması gerekebileceği düşünülebilir¹⁹⁵. Bu sebeple, her ne kadar çalışmamız taksirle yaralama suçuna hasredilmişse de suçun manevi unsuru başlığında yapılan açıklamalarda bilinçli taksir ve olası kastın ayırt edilmesine dönük açıklamalara da yer verilmiştir.

Öğretide haklı şekilde dikkat çekildiği üzere, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle meydana gelen hukuki sorumluluk meselesi, teknoloji ve kültür alanında belli bir gelişmeyi yakalayan toplumlarda karşılaşılan ortak bir sorundur ve bu sebeple ulusaşırı bir perspektiften incelenmesi gerekmektedir¹⁹⁶. Türk kanun koyucusunun hatalı tıbbi müdahale bakımından bir özgü suç düzenlememek yönündeki iradesi, dünyanın tüm ülkelerinde takip edilen bir yaklaşım değildir. Söz gelimi, Nepal ceza kanununun *suiniyetle tıbbi müdahalede bulunma yasağı* başlıklı 231’inci maddesi ile *kayıtsızlıkla veya taksirle tıbbi müdahalede bulunma yasağı* başlıklı 232’nci maddesinin, hekimler açısından özgü suç hükmünü havi olduğu görülmektedir¹⁹⁷.

¹⁹⁴ TCK’nın taksir tanımına yer verilen 22’nci maddesinin 2’nci fıkrası ile bilinçli taksiri tarif eden 3’üncü fıkrası şu şekildedir: “(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır”.

¹⁹⁵ TCK’nın olası kast tanımının yer aldığı 21’inci maddesinin 2’nci fıkrası şu şekildedir: “(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.”

¹⁹⁶ Andrea R. Di Landro, “Criminal Law as a Response to Medical Malpractice: Pluses and Minuses – Comparing Italian and U.S. Experiences”, *Medicine and Law*, C. 31, No 1, 2012, pp. 221-263, s. 222.

¹⁹⁷ **Prohibition of conducting medical treatment maliciously – Article 231:** (1) No person shall, with the intention of causing death of, or grievous hurt to, another person, carry out his or her treatment, conduct one type of medical treatment of him or her instead of another type of treatment as required, or administer, or prescribe for administration of, any drug to him or her knowingly or having reason to believe that the administration or prescription of such drug may cause death of, or grievous hurt, to him or her or conduct surgery on one organ of human body of him or her instead of another organ as required or make such organ dysfunctional or separate such organ from the human body, or cause the commission of any of such acts. **Prohibition of conducting medical treatment by recklessness or negligence – Article 232:**(1) No person authorized under law to conduct medical treatment shall, in conducting medical treatment of any one, conduct such treatment, administer any drug or prescribe for the administration of drug to him or her in a reckless or negligent manner, without taking adequate care or precaution. Bkz. International Labour Organisation, “The National Penal (Code) Act, 2017”, (Çevrimiçi) (16/10/2017), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106060/137998/F-1544911756/NPL106060.pdf>.

Tespit edilebildiği kadarıyla Avusturya¹⁹⁸, Şile¹⁹⁹, Hırvatistan²⁰⁰ mevzuatında da benzer yönde düzenlemeler mevcuttur.

Fransız Yargıtayı'nın 1986 ilâ 2011 yılları arasında hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan ceza davalarında verdiği kararların incelendiği bir çalışmada, Fransa'nın, hekimlerin cezai sorumluluğu cihetine gidildiği dosya sayısı bakımından dünya çapında ilk sıralarda olduğu belirtilmektedir²⁰¹. Keza İspanya, İtalya, Hindistan, Japonya ve Tayvan'da da hekimin cezai sorumluluğuna hükmedilen dosya sayısının oldukça fazla olduğu aktarılmaktadır²⁰². Fakat Avrupa Birliğine üye ülkelerin

¹⁹⁸ **Eigenmächtige Heilbehandlung § 110:** (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können. (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen. Bkz. Legislationline, "Gesamte Rechtsvorschrift für Strafgesetzbuch", (Çevrimiçi) (05/02/2021), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/Austria_CC_1974_am122019_de.pdf.

¹⁹⁹ **Art 491:** (1) El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior. (2) Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas. Bkz. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Codigo Penal", (Çevrimiçi) (03/02/2021), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>.

²⁰⁰ **Medical Malpractice - Article 181:**(1) A doctor of medicine, doctor of dental medicine or other health care worker who in rendering health care services applies an obviously inadequate means or method of medical treatment or in some other way obviously fails to follow the rules of the health care profession or obviously acts carelessly, thereby causing the deterioration of an illness or the impairment of the health of another person shall be punished by imprisonment not exceeding one year. (2) If as a result of the criminal offence referred to in paragraph 1 of this Article another person suffers a serious bodily injury or the existing illness is considerably deteriorated, the perpetrator shall be punished by imprisonment not exceeding three years. (3) If as a result of the criminal offence referred to in paragraph 1 of this Article another person suffers an particularly serious bodily injury or a person's pregnancy is terminated, the perpetrator shall be punished by imprisonment from six months and five years. Bkz. Legislationline, "Criminal Code", (Çevrimiçi) (26/10/2011), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.legislationline.org/download/id/7896/file/Croatia_Criminal_Code_2011_en.pdf.

²⁰¹ Fransa'da bu tarihler arasında her 10.000 hekimden birisi, bir ceza yargılamasında şüpheli ya da sanık sıfatıyla yer almıştır. Bu kapsamda verilen mahkûmiyet kararlarının çoğunun kadın hastalıkları ve doğum, anestezi, pratisyen hekimlik, ortopedik cerrah ve psikiyatri alanlarında çalışan hekimler hakkında verildiği, ve doğrudan kast dışında manevi unsurla öldürme suçları ya da hukuka aykırı yoldan kar elde etmek gibi suçları ilgilendirdiği saptanmıştır. Bkz. Maxime Faisant *et al.*, "Twenty-Five Years of French Jurisprudence in Criminal Medical Liability", **Medicine, Science and the Law**, C. LVIII, No: 1, 2018, s. 45.

²⁰² Landro, "Criminal Law as a Response to Medical Malpractice: Pluses and Minuses – Comparing Italian and U.S. Experiences", s. 222; Tushar Kumar Biswas, "Fallibility of God! Revisiting The Criminal Liability of the Medical Professionals for Negligence in India", **Medicine and Law**, C. XXXI, No: 3, 2012, s. 408 vd; Yasushi Tsukamoto, "Criminal Prosecution Arising from Medical Mishaps: A Japanese Perspective", **Medicine and Law**, C. XXIV, No: 4, 2005, s. 673-681; Pyng Jing Lin,

çoğunluğunda hekimlere özgü ve hatalı tıbbi müdahaleyi konu alan suç normunun olmadığı ve Avrupa Birliğinin de bu şekilde bir suç normunun kıta genelinde benimsenmesi noktasında planının bulunmadığı ifade edilmelidir²⁰³.

Çalışmamızın ilerleyen bölümüne geçmeden evvel, savunmacı tıp kavramının doğduğu ülke olan ABD’de hekimin cezai sorumluluğu noktasında mevcut hukuk normlarının incelenmesi uygun görülmüştür.

B. ABD Sisteminde Hekimin Cezai Sorumluluğu

Konuya Atlantik Okyanusunun ötesine, hekimlerin savunmacı davranışları üstünde ilk çalışmaların yürütüldüğü Kuzey Amerika’ya geçilerek bakıldığında ABD’deki çeşitli eyaletlerin ceza hukuku sistemlerinde hekimlerin cezai sorumluluğu hakkında önemli kararlara rastlanmaktadır. Fakat söz konusu kararlar izah edilmeden evvel hatırlatılmalıdır ki günümüz ceza hukuku bakımından vazgeçilmez ilke olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), *common law* sisteminin uygulandığı söz konusu eyaletlerde, ülkemizdeki anlayıştan farklı şekilde anlaşılmaktadır. Keza bu eyaletlerde, kökenini Roma hukukundaki *culpa* ve *dolus* ayrimından alan taksir ve kast kavramları değil; taksire benzetilebilecek *negligence*, bilinçli taksiri ve olası kastı ihtiva eden *recklessness* ve kasta karşılık gelebilecek *intent* gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır²⁰⁴. Söz konusu kavramlar Türkçeye çevrilirken

“Criminal Judgments to Medical Malpractice in Taiwan”, **Legal Medicine**, C. XI, Ek No: 1, 2009, s. 376-378.

²⁰³ Bkz. Official Journal of the European Union, **2013/C 151 E/01**, Volume: 36, 10/05/2013, s. 28; European Council Recommendation, **2009/C 151/01**, Date of Document: 09/06/2009; European Council Directive, **2011/24/EU**, Date of Document: 09/03/2011.

²⁰⁴ Ali Emrah Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 281 vd. Yazar *recklessness* kavramını Türkçeye “kayıtsızlık, aldırma” olarak çevirmektedir. Çalışmada kavramın bu çevirisi tercih edilmekle birlikte, Kıta Avrupası ve *common law* memleketlerindeki ceza hukuku kavramlarının çift yönlü, sorunsuz ve aynen çevrilmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmelidir. Nitekim Venedik Komisyonu, Türk hukukundaki anlamıyla taksir ifadesini İngilizceye aktarırken *recklessness* ifadesini tercih etmiştir. Bununla beraber, çalışmamızda incelenen taksir kurumunun İngilizceye çevirisinde olası kast kavramına da işaret edebildiği düşüncesinden hareketle *reckless injury* ifadesi değil, *negligent injury* kavramı tercih edilmiştir. Bkz. The European Commission for Democracy through Law, **CDL-REF(2016)011**, Opinion No 831/2015, 15/02/2016. ABD eyaletleri arasında ceza hukuku normlarının uyumlulaştırılması uğruna yapılan çalışmaların meyvesi olan “model ceza kanunu” bünyesinde ise kastın çeşitleri olarak *knowledge* ve *purpose* dışında ayrıca *negligence* ve *recklessness* mefhumlarının öngörüldüğü müşahade edilmektedir. Bkz. Sanford H. Kadish/Stephen J. Schulhofer/Rachel E. Barkow, **Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials**, 10. Baskı, New York, Wolters Kluwer, 2017, s. 157; The American Law Institute, “Model Penal Code”, (Çevrimiçi) (24/05/1962), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>.

en uygun olduğu değerlendirilen karşılıklar kullanılmış olsa da İngilizce terimler de parantez içinde gösterilerek anlam bakımından yanlışlıklara mahal verilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Öğretide *Verbrugge davası* adıyla anılan ve 2000’li yılların başında verilmiş bir mahkûmiyet hükmüne kadar ABD’de hekimlere dönük ceza soruşturmalarının sıra dışı nitelikte telakki edildiği aktarılmaktadır²⁰⁵. Karara konu olayda sekiz yaşındaki çocuk, aslında ufak çaplı bir kulak ameliyatına alınmışsa da operasyon esnasında ateşinin yükselmesi gibi göstergeler fark edilememiş ve çocuk kalp krizi geçirerek vefat etmiştir²⁰⁶. Bu göstergelerin fark edilmemesinin nedeni ise bunları takip etmekle sorumlu olan anestezi uzmanı hekim Verbrugge’un ameliyat esnasında uyumasıdır. Verbrugge’un uyuduğu süreç boyunca anestezi cihazı ayarlanmamış, küçüğün durumunu kaydeden göstergeler takip edilmemiş ve ameliyat esnasında gelişen komplikasyona karşı yapılması gereken müdahale yapılmamıştır. Ceza yargılamasında savcılık, Verbrugge’un ihmali hareketi nedeniyle kayıtsızlıkla öldürme (*reckless manslaughter*) ve taksirle öldürme (*criminally negligent homicide*) suçlarından cezalandırılmasını istemişse de jüri, olayda yalnızca meslek kurallarına aykırı tıbbi müdahale gerçekleştirmek fiilini ifade eden ve daha az ceza gerektiren taksirle öldürme suçunun unsurlarının oluştuğunda oybirliği sağlayabilmiş ve mahkeme de hekim aleyhinde bu yönde mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Söz konusu karar, dava zamanaşımının geçtiği gerekçesiyle ve 1999 yılında temyiz merciinde bozulmuşsa da Colorado eyaletinde hastasının ölümü üzerine bir hekim hakkında cezai sorumluluğa hükmolunan ilk karar olması sebebiyle önem taşımaktadır²⁰⁷.

Kaliforniya eyaletinde ise bir hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle kasten öldürme suçundan (*second-degree murder*) mahkûm edildiği ilk karar²⁰⁸, Milos

²⁰⁵ Landro, “Criminal Law as a Response to Medical Malpractice: Pluses and Minuses – Comparing Italian and U.S. Experiences”, s. 240; The New York Times, “Anesthesiologist Found Negligent In Boy’s Death”, (Çevrimiçi) (24/10/1996), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/1996/10/24/us/anesthesiologist-found-negligent-in-boy-s-death.html>.

²⁰⁶ Bu ve izleyen paragrafta izah edilen karar için bkz: Colorado Court of Appeals, *People v. Joseph J. Verbrugge*, Docket No: 98CA0262, Case Date: 24/06/1999.

²⁰⁷ A.y.

²⁰⁸ Paul R. Van Grunsven, “Medical Malpractice or Criminal Mistake? - An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Clinical Mistakes and Fatal Errors”, **Depaul Journal of Health Care Law**, C. II, No: 1, 1997, s. 8-10.

Klvana aleyhinde 1992 yılında kesinleşmiştir²⁰⁹. Klvana'nın kovuşturulduğu pek çok hatalı tıbbi müdahale arasından en önemlileri, 1982 ve 1983 yıllarında yönettiği hamilelik süreçlerinde ölü doğum yapan üç kadını ilgilendirmektedir. İlk olayda (*the Johnson death*) Klvana, normal doğum yapmak isteyen ve daha önce iki kez sezaryen doğum yapmış hastasına, normal doğum açısından mevcut riskleri bildirmemiş; doğum esnasında EFM sonuçlarını ve ceninin kalp ritmi ile kan basıncını takip etmemiş; hastaya verdiği Pitocin isimli ilacın dozaj ayarlamasını yapmamış ve endikasyonun gerektirmesine rağmen infüzyon pompası kullanmamıştır. Doğum sonrasında ise bebeğin dünyaya sorunlu şekilde gelmesine rağmen aileye hastaneye gitmelerinin gerekmediğini ifade ederek bebeğe sadece şekerli su verilmesinin yeterli olacağını söylemiştir. Bebek, ertesi gün solunum güçlüğü sendromu (*respiratory distress syndrome*) ve akciğer zarı hastalığı (*hyaline membrane disease*) sebepleriyle vefat etmiştir.

Klvana, bundan bir yıl sonra meydana gelen ikinci olayda (*the Fava death*), amniyon kesesi açılmış halde muayenehanesine gelen ve sezaryen ile doğum yapılmasını isteyen hastayı “*ameliyathanenin hazırlanması için uzun süre gerekeceğini*” ifade ederek normal doğuma ikna etmiştir. Böylece normal doğuma hazırlanması için hastasına damar içinden ilaç verilmiş, fakat bu süreçte ceninin kalp atışları Klvana tarafından değil, onun yardımcısı tarafından dinlenmiştir. Yardımcısı ceninin kalp atışlarının zayıfladığını Klvana'ya haber verse de hekim aileyi hastaneye göndermemiş ve cenin çok geçmeden vefat etmiştir.

Son olayda (*the James death*) ise kendisine normal doğum için başvuran hastasına Pitocin isimli ilacı veren Klvana, anne adayını evine göndermiş ve kasılmaların belli bir sıklığa ulaştığı zaman kendisini aramasını söylemiştir. Denileni yapan hastası, kasılmalarının beş, dört ve üç dakikalık aralıklara düştüğü aşamaların her birinde hekimi haberdar etmiştir. Kasılmaların üç dakikalık aralıklarla meydana geldiği aşamada hastanın yanına gelen Klvana bir yandan stetoskopla ceninin kalp atışlarını dinlerken bir diğer yandan baba adayıyla beraber anne adayının karnına

²⁰⁹ Bu ve izleyen paragrafta izah edilen karar için bkz: California Court of Appeals, *People v. Milos Klvana*, Docket No: B048085, Case Date: 11/30/1992; Utah'ta vuku bulan benzer bir olay için bkz. Utah Supreme Court, *State v. David R. Warden*, Docket No: 900087, Case Date: 04/05/1991.

bastırmış ve bebek bu suretle doğmuştur. Fakat bebeği kucağına alır almaz ve anneyi ağır kanama halinde bırakarak evdeki küvete götüren Klvana, geri geldiğinde aileye bebeğin ölüm haberini vermiştir. Hekim, otopsi talep eden aileyi bu isteklerinden vazgeçirmeye çalışmış; hatta bebeği arka bahçelerine gömmelerini, olaydan kimseye bahsetmemelerini ve *Hawaii'ye tatile gitmelerini* önermiştir. Otopsi sonucunda bebeğin doğum esnasında yeterli oksijeni alamadığı için vefat ettiği ve Klvana'nın aileye söylediği ölüm sebebinin doğruyu yansıtmadığı anlaşılmıştır

Klvana'nın yargılamasında kadın hastalıkları ve doğum alanlarında uzman hekimlerden alınan bilirkişi raporlarında, Pitocin isimli ilacın EFM uygulaması ve infüzyon pompası ile gerçekleştirilmediği, ceninlerin yeterli şekilde izlenmediği, ceninin durumunun kötüye gittiğini gösteren bulguların dikkate alınmadığı, yeni-doğan canlandırmasının (*neonatal resuscitation*) uygun şekilde icra edilmediği, hastaneye sevk edilmesi gereken bebeklerin ve anne adaylarının sevklerinin yapılmadığı hususları *lex artis* kıstasına aykırı bulunmuştur. Söz konusu raporlarda Klvana'nın uzmanlık öğrencisi olarak çalıştığı süreler, çalıştığı hastanelerde geçirdiği soruşturmalar ve gerek olaylar esnasında gerek meslek hayatı boyunca meslektaşları tarafından dikkatsizliği açısından kendisine yapılan uyarılar hesaba katılarak hekimin söz konusu olaylarda mevcut risklerin bilincinde olmamasının mümkün olamayacağı da ifade edilmiştir.

Temyiz merciinde de onanmış olan ilk derece mahkemesi kararında Klvana'nın gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hastaları açısından hayati tehlike arz ettiğinin farkında olmasına rağmen söz konusu riskleri bilinçli ve istemli olarak (*consciously and deliberately*) göz ardı ettiği tespit edilmiş ve mahkûmiyet kararı verilmiştir. Temyiz mahkemesi kararının gerekçesine göre Klvana davranışlarının başka bir insanın hayatı açısından oluşturduğu riski fark etmiştir; bu nedenle somut olayda taksirle öldürme suçunun değil (*involuntary manslaughter based on criminal negligence*), olası kastla öldürme suçunun (*second degree murder based on implied malice*²¹⁰) olduğu düşünülmelidir. Nitekim mahkemeye göre somut olayda doğrudan

²¹⁰ California hukukunda *malice* kavramı, başka bir insanı üzme, rahatsız etmek veya yaralamak gibi bir *temenni*yi veya haksız fiil olduğu kanıtlanan ya da bu yönde karine bulunan bir haksız fiili işleme *kastını* ifade etmektedir: “The words “malice” and “maliciously” import a wish to vex, annoy, or injure another person, or an intent to do a wrongful act, established either by proof or presumption of law.”

kast bulunmamaktaysa da Klvana, hastalarının hayatını riske attığının bilincindedir ve buna rağmen söz konusu riskleri kayıtsızca hiçe saymıştır.

Maryland sınırlarında gerçekleşmiş bir başka önemli yargılama²¹¹; göğüs, kalp ve damar cerrahı bir askeri hekim olan Donal Billig'in hatalı tıbbi müdahalesinin mevzubahis olduğu olayları ilgilendirmektedir. Bu olayların ilkinde Billig, koroner kalp hastalığı ve aort darlığı olan bir hastanın aort kapağının değiştirileceği ve hastaya iki adet koroner arter baypas greftinin takılacağı ameliyata, gözetmen hekim olarak katılmıştır. Bu ameliyatın ilk müdahalelerinden birisi toplardamarın atardamar zannedilmesi nedeniyle ciddi bir kanamaya yol açmış, kanamanın durdurulması için yapılan müdahale kalbin sol karıncığında hasara yol açılmış ve bölgeye dikiş atılırken ise kalp dokuları zedelenmiştir. Billig, durumu düzeltmek için giriştiği müdahaleler esnasında hastanın kalbini baypas makinesine bağlamaksızın yukarı kaldırmıştır. Bu hareket kan basıncını düşürmüş ve kalp kasını zedeleyerek şişmesine neden olmuştur. Bu şişlik yüzünden hastanın göğüs kafesi kapatılamadığından, hastanın vücudu ameliyat sonunda özel bir kumaşla örtülmüş ve hasta yoğun bakıma yatırılmıştır. Bir buçuk saat kadar sonra hastada tekrar ciddi bir kanama başlaması üzerine Billig'in çağrı cihazına, ev ve ofis telefonuna ileti gönderilse de hekimden cevap alınamamıştır. Billig olaydan ancak kırk beş dakika sonra hastanın yanına gelerek, gerekli bölgelere dikiş atmaya başlamış fakat bu esnada hastanın kalbi durduğundan ölüm hadisesi vuku bulmuştur.

Billig, ilk derece mahkemesi önündeki yargılamada, daha az riskli alternatif yöntemler de olmasına rağmen kontrol edilemez nitelikte bir kanamaya yol açma riski

Bkz. California Legislative Information, "Penal Code: Preliminary Provisions", (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&heading2=PRELIMINARY%20PROVISIONS. *Malice* mefhumunu Türkçeye "ızzar kastı" olarak aktaran görüş için bkz. Necmeddin M. Berkin, "İngiltere'de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. XXXIX, No: 1-4, 1974, s. 193. Öte yandan *implied malice* mefhumu ise alkol alındıktan sonra araç kullanırken yaşanan kaza olaylarına ilişkin yargı kararlarıyla ortaya konan bir kavramdır. Buna göre kişinin başkasını üzme, rahatsız etmek veya yaralamak gibi temennisi ya da haksız fiil işleme yönünde bir kastı bulunmasa dahi, davranışının başkaları açısından bu yönde bir risk vücuda getirdiğinin bilincinde olmasına rağmen söz konusu riski kayıtsızca hiçe sayması halinde *implied malice* kavramı gündeme gelecektir. Bkz. Supreme Court of California, *People v. Robert Lee Watson*, Docket No: 21674, Case Date: 30/11/1981, § 7.

²¹¹ Bu ve izleyen paragrafta izah edilen karar için bkz: United States Navy-Marine Corps Court of Military Review, *United States v. Donal M. Billig*, (NMCM 86 2829), Case Date: 13/04/1988.

yüksek olan bir müdahaleye girişilmesi; bacadan alınan damarın kalpteki atardamar yerine ana toplardamara bağlanması ve ameliyat esnasında kalp dokusunun yeterli şekilde korunmaması hususları nedeniyle taksirle öldürme (*involuntary manslaughter*) suçundan mahkûm edilmiştir. Bununla beraber söz konusu karar, askeri temyiz merciinde doyurucu bir hukuki gerekçeyle bozulmuştur. Temyiz merciine göre Billig'in somut olayda verdiği kararlar, hekimin olay anındaki koşulları değerlendirmesi sonucunda en uygun olduğunu düşündüğü fiilleri ifade etmekle takdir marjının içinde kalmakta ve dolayısıyla somut olayda tıbbi kurallara ve standartlara aykırılık bulunmamaktadır²¹². Bozma kararına göre ilk derece mahkemesi ve savcılık, somut olaydaki müdahalenin doğası gereği riskli olan ve sadece otuz yıldır uygulanagelen bir ameliyat olduğunu, hastaların zaten hâlihazırda çok kötü durumda oldukları için bu ameliyata alındıklarını ve ameliyat başarılı geçse bile komplikasyonlar nedeniyle ölüm riskinin az olmadığını gözden kaçırmıştır. Bu kararı yazan hâkimler, hekimlerin samimi hatalar nedeniyle cezai yaptırımla karşılaşması olgusunu “tatsız” bir durum olarak nitelemektedirler²¹³. Hâkimler, hekimin somut olayda aldığı tıbbi kararlar üstünde *ex post* bir değerlendirme yapmayı açıkça reddetmiş, bu kapsamdaki değerlendirmelerin *ex ante* perspektiften yapılması gereğini vurgulamıştır²¹⁴.

Karar metninde dikkat çekici olarak New Jersey temyiz merciinin ceza hukuku ve özel hukuk arasındaki farka değindiği bir karara atıf yapılmıştır. Söz konusu kararda, özel hukuk anlamıyla kusurun ve nedensellik bağının değerlendirildiği kıstasların ceza hukuku sorumluluğundaki değerlendirmelere kıyasen daha yumuşak olduğu, tazminat müeyyidesiyle cezai yaptırımın birbirinden çok farklı sonuçları olduğu vurgulanmaktadır. Bu bağlamda cezai sorumluluğun şartı olan taksir (*criminal negligence*) ile özel hukuk anlamında bir kusur türü olan ihmalin (*civil negligence*) tespit edileceği kıstaslar da birbirinden farklı olmalıdır. Öyleyse ceza hukuku

²¹² *United States v. Donal M. Billig*, s. 752.

²¹³ *United States v. Donal M. Billig*, s. 761.

²¹⁴ *United States v. Donal M. Billig*, s. 761, dn. 10: “Our refusal to second guess reasonable medical decisions made by physicians in the course of surgery is closely analogous to our refusal to question judgment calls made by attorneys during the course of providing legal representation. We will not evaluate strategic professional choices from hindsight, but from the perspective of the professional at the time such choices are made, with the presumption that the conduct was reasonable.”

bakımından “en yüksek karakterdeki insanın yapabileceği şeyin yapılıp yapılmaması” kıstasının değil, “ölüm neticesinin meydana gelme ihtimalinin düşük olmadığı şartlar altında ve başkalarının güvenliğine karşı ciddi bir kayıtsızlık içinde gerçekleşip gerçekleşmemesi” ölçütünün kullanılması gerekmektedir²¹⁵.



²¹⁵ Supreme Court of New Jersey, *State v. Albert L. Weiner*, Citation: 41 N.J. 21, Case Date: 21/10/1963, s. 26; Ayrıca bkz. The New York Times, “Charges Dismissed Against Osteopath in Hepatitis Deaths”, (Çevrimiçi) (19/12/1964), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/1964/12/19/archives/charges-dismissed-against-osteopath-in-hepatitis-deaths.html>.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLE YARALAMA SUÇUNUN SAVUNMACI HEKİM DAVRANIŞLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Güçlü bir kamu yaptırımı olan ceza, bireyler üzerinde pek çok sakıncalı etki uyandırabilmekte ve dolayısıyla ceza hukuku normlarının amacı, uygulanması ve yorumlanması noktasında temel teşkil eden ilkelere sadık kalınmasında büyük önem bulunmaktadır¹. Bu noktada gündeme gelen hukuki değer kavramı², hem kanun koyucunun söz konusu ilkeler ile sınırlandırılması noktasında hem de ceza hâkiminin mevcut bir suç normu açısından tipiklik, hukuka aykırılık veya kusur gibi değerlendirmelerde yapacağı yorum faaliyetinde başvurması *gereken* bir kavramdır³.

¹ Hans-Heinrich Jescheck, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, Çev. Ayhan Önder, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. XLVIII, No: 1-4, 1983, s. 484 vd.

² Her ne kadar *kurumsal* veya *kavramsal* gibi birtakım kelimeler Güncel Türkçe Sözlüğüne girerek Türkçeleşmişse de esasen Türkçede “-sal” şeklinde isimden isim yapan bir yapım eki bulunmaması ve aitlik ifade eden “-î” ekinin bu bağlamda kullanılmasının daha uygun olduğu değerlendirildiğinden eldeki çalışmamız kapsamında “hukukî değer” ifadesi tercih edilmiştir. Ali Akbaş, “Türkçedeki Sal/Sel Sorunu”, **Türk Dili**, Yıl: 68, No: 795, 2018, s. 36. Bu ceza hukuku teriminin tam olarak neyi ifade ettiği ve kapsamının ne olduğu gibi hususlar oldukça tartışmalıdır. Nitekim öğretide kavramın adlandırılmasında dahi bir karmaşanın bulunduğu söylenebilmektedir. Gerçekten de çalışmamızda hukuki değer olarak andığımız bu kavram, Türk ceza hukuku uygulamasında ve öğretisinde “hukuksal yarar”, “hukuki yarar”, “korunan değer” veya “hukuksal konu” gibi farklı isimler ile de anılmaktadır. Bkz. Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 49 vd; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 776; Mustafa Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 502; Yargıtay 7. CD., E. 2014/30269, K. 2016/8429, T. 16/06/2016; Yargıtay 20. CD., E. 2016/2588, K. 2017/3204, T. 22/05/2017.

³ Özek’e göre suçun tipiklik unsurunu vücuda getirmeye kabil sayılacak hareketin, korunan hukuki değer ihlal edilmesine elverişli olması gerekmektedir. Keza İçel’e göre de hukuki değer ihlalinin belli bir ağırlığa ulaşacak *yeterlilik sınırını* aşması icap etmektedir. Bkz. Çetin Özek, “‘Silahlı Çete – Amaç Suç’ İlişkisinde İştirak Sorunları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. XLIX, No: 3-4, 1994, s. 375; Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 26 (Aktaran: Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, s. 170).

Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 705, 846 ve 909-925. Bu yönde fikir ileri süren pek çok yazardan birisi olan *Roxin*’e göre, posta memuruna pahada ufak bir hediye vermekten ibaret hareket Alman ceza kanunundaki “izin almadan şans oyunu düzenleme” veya “yarar kabul etme” suçlarını oluşturmaya kabil değildir; zira bu hareket, söz konusu normlarla yasaklanmış ihlali meydana getirmemektedir. Bkz. Özkan, “Ceza Hukukunda Önemsizlik”, s. 175.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değer, mağdurun fiziki (*somatik*) veya ruhi (*psikolojik*) sağlığını ve vücut bütünlüğünü içeren vücut dokunulmazlığı hakkıdır⁴.

Vücut dokunulmazlığı hakkı bakımından anayasa düzeyinde zikredilecek ilk norm; herkesin maddi/manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ilan ederek kişilerin rızası olmaksızın vücut bütünlüklerine dokunulamayacağını düzenleyen Anayasamızın 17'nci maddesidir. Bununla beraber, taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değerın savunmacı hekim davranışları bağlamında sağlıklı şekilde değerlendirilebilmesi ve vücut dokunulmazlığı hakkının yorumlanabilmesi için; gerek ulusalüstü veya uluslararası hukuk düzleminde gerekse ulusal hukukta mevcut normların dikkate alınması icap etmektedir. Bu doğrultuda görülen odur ki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkına ulusalüstü insan hakları hukuku açısından yaklaşıldığında taksirle yaralama suçu açısından sıkça gündeme gelmektedir⁵.

⁴ Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 715; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1242; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 292, 246; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 39-42.

⁵ İnsan haklarının bakış açısından, hekimin savunmacı davranışlarıyla taksirle yaralama suçunu işleyerek ihlal ettiği pek çok farklı haktan söz edilmesi mümkündür. Bu bağlamda vücut dokunulmazlığı hakkı gibi geleneksel olarak birinci kuşak olduğu kabul edilen haklar kadar, sağlık hakkı gibi ikinci kuşak haklar da gündeme gelebilir. Kanımızca, taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değerin sağlık hakkı olduğunun şerhsiz olarak savunulmasında isabet bulunmamaktadır; zira sağlık hakkı mahiyeti itibarıyla oldukça geniş ve sınırları belirsiz bir alanı ifade etmektedir. Bkz. Eduardo Arenas Catalán, **The Human Right to Health**. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021. Öte yandan, sağlık hakkının Anayasamızın 56'ncı maddesinde ancak dolaylı olarak ve kısmen korunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bkz. Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 266-268. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin denetim organları arasında sağlık hakkı bakımından en gelişkin içtihatları üreten Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Ame.İHM) bu husustaki önemli kararları için bkz. Ame.İHM, *Hernández/Argentina*, No. 395, T. 22/11/2019; Ame.İHM, *Albán-Cornejo et al./Ecuador*, No. 171, T. 22/11/2007; Ame.İHM, *the Xákmok Kásek Indigenous Community/Paraguay*, No 214, T. 24/08/2014; Ame.İHM, *Gonzales Lluy et al./Ecuador*, No. 298, T. 01/09/2015. Bölgesel insan hakları sistemlerine bakıldığında da vücut dokunulmazlığı hakkı ile bağlantılı olarak gündeme gelebilecek birçok normun varlığından bahsedilebilmektedir. Bu bakımdan mevcut temeller hakkında fikir sahibi olunabilmesi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3 ve 8 numaralı maddeleri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 5'inci ve 11'inci maddeleri, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinin 5 numaralı maddesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 4'üncü ve 5'inci maddeleri önem arz etmektedir. Öte yandan BM düzlemindeki insan hakları sistemi açısından ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 5'inci ve 12'nci maddeleri ile Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 4 ve 17 numaralı maddeleri vücut dokunulmazlığı hakkı bakımından temel düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'nin uluslararası hukuk düzleminde uymakla yükümlü olduğu pek çok farklı tematik sözleşme olduğunun bu noktada hatırlatılmasında fayda vardır. Nitekim Türkiye'nin de imzacısı olduğu Kadınlara Karşı Her

II. SUÇ UNSURLARI

Taksirle yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nın 89'uncu maddesinin ilk fıkrası suçun kanuni unsurlarını düzenlerken bu maddeyi izleyen fıkralarda suç sebebiyle verilecek cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haller ile kovuşturmayla ilişkin şartlar düzenlenmiştir⁶.

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Suç unsurlarını meydana getiren gerçek kişiye suçun faili denir⁷. Bu açıdan ceza hukukunda esas kural, suçun faili bakımından failde belirli bir özellik aranmaması ve aksi belirtilmediği sürece herkesin suçun tipikliğini meydana getirebileceğinin kabul edilmesidir⁸. Taksirle yaralama suçu da bu kuralın istisnasını teşkil etmemekte ve bu suçun faili olabilmek için kural olarak özel bir statüde bulunmak gerekmemektedir. Neticede bu suçun fail bakımından özellik göstermediği ve herkes tarafından işlenebileceği söylenmelidir.

Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin denetim organı olan komitenin yaralama suçuna ilişkin yapılan ceza yargılamalarına ilişkin kararları bulunmaktadır. Bkz. **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Karar**. Karar No. 2004/7024, Kabul Tarihi: 16/03/2004. (Resmî Gazete: 14/10/1985 – Sayı: 18898); Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira/Brazil*, No. 17/2008, 27/09/2011, (CEDAW/C/49/D/17/2008); **İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün tasdiki hakkında Kanun**. Kanun No: 6366, Kabul Tarihi: 10/03/1954. (Resmî Gazete: 19/03/1954 – Sayı: 8662); **Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Karar**. Karar No. 2003/5851, Kabul Tarihi: 07/07/2003. (Resmî Gazete: 2/07/2003 – Sayı: 25175).

⁶ (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, birinci fıkra göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle 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 kadının çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, birinci fıkra göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. (4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (5) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/5 md.) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.

⁷ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 105.

⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 205

Hekimlerin savunmacı davranışlarının işlendiği çalışmamız bakımından önem arz eden bir husus vardır ki o da hekimlerin ihmali hareketleri açısından gündeme gelecek olan garantörlük sıfatıdır. Bilhassa savunmacı kaçınma davranışları kapsamında tıbbi müdahaleden imtina edildiği olaylarda, taksirle yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi veya bir görünüşte ihmali suç olan⁹ *kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi* suçunun¹⁰ gündeme gelmesi de mümkündür. İhmali hareket nedeniyle gündeme gelecek suçun failinin herkes olamayacağı; bu suçların ancak belli başlı nitelikleri taşıyan kişilerce işlenebilir olmakla *özgü suç* niteliğini taşıyacağı ifade edilmelidir¹¹. İşte suçun faili olabilecek bu kişiler, somut olayda *garantör* sıfatını taşıyan kişilerdir.

Türk kanun koyucusu, garantör sıfatının kaynağının ne olduğu sorusunun cevabını, kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun düzenlendiği 83'üncü madde çerçevesinde vermiştir¹². Buna göre, bir kimsenin garantör olduğunun kabul edilebilmesi için bu kişinin bir icrai davranışı gerçekleştirmek yönünde (1) kanuni düzenlemelerden veya (2) sözleşmeden *kaynaklanan* bir yükümlülüğünün olması ya da (3) önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekmektedir¹³.

Mesleklerini mevzuatta belirlenmiş görevler çerçevesinde yerine getiren ve kamu görevlisi olan hekimlerin kanuni düzenleme nedeniyle garantör sıfatı olduğu ifade edilmelidir¹⁴. Keza kamu görevlisi olmayan hekimlerin de *acil durumlarda* 1933

⁹ Görünüşte ihmali suç kavramına ilişkin kıymetli terminolojik tespitler için bkz: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 8-17. Bu bağlamda *görünüşte* ibaresinin isabetsiz olduğunu savunan karşıt görüş için bkz. Bkz: Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 26.

¹⁰ TCK m. 88: “*Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.*”

¹¹ Fatih Yurtlu, “İhmali Suçlar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020, s. 174; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 111.

¹² Öğretide, kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu bakımından kabul edilen garantörlük kaynaklarının 83'üncü maddedeki suç kapsamında düzenlenmesi eleştirilmektedir: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 318-321.

¹³ Buradaki *kanuni düzenleme* ifadesindeki kanun ibaresinin yalnızca yasama organından sadır olan normları ifade edecek şekilde dar anlamda olduğu ve ceza kanunlarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Bkz. Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 323-339.

¹⁴ Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 392. Bu kapsamda 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12'nci maddesi ile 2219 sayılı Hususi Hastaneler

tarik ve 2419 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32'nci maddesi uyarınca kanuni düzenlemeden kaynaklı garantörlük sıfatları mevcuttur¹⁵. Öğretide, hekimin *kanuni düzenlemeden* kaynaklı garantörlüğünün dayanağı olarak ceza kanunu maddelerinin veya idarenin düzenleyici işlemlerinin gösterildiği aktarılmakta; Yargıtay kararlarında ise hekimin kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantörlüğünün hangi kanun maddelerinden veya mevzuat hükümlerinden dayanak aldığı hususunda değerlendirme yapılmadığı ifade edilmektedir¹⁶.

Mesleklerini sağlık hizmeti sunucuları ile veyahut hastaları ile akdettikleri sözleşme uyarınca icra eden hekimlerin ise sözleşme ilişkisi kaynaklı garantörlük sıfatı bulunmaktadır. Bu ilişki, çoğu zaman vekâlet sözleşmesi veya eser sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmekteyse de somut olayın koşullarına göre *sui generis* bir sözleşme ilişkisinden de bahsedilebilmektedir. Neticede, söz konusu sözleşmelerle beraber hekim, hastanın yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü bakımından hem koruma hem de gözetim yükümlülüğü altına girerek garantör sıfatını kazanmaktadır¹⁷.

Son olarak, somut olayın koşullarına bağlı olacak şekilde hekimlerin önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareket nedeniyle de garantör sıfatının bulunabileceği ifade edilebilir.

2. Mağdur ve Konu

Suçun kanuni tanımında suçun mağdurunu ve konusunu nitelemek üzere tercih edilmiş sözcük tamlaması, *başkasının vücudu* ibaresini havidir. Dolayısıyla taksirle yaralama suçunun mağduru canlı bir insanken konusu ise bu insanın vücududur. O halde, acaba canlı bir insandan alınan *gen*, *embriyo*, laboratuvar ortamında döllendirilmiş *yumurta* ya da *cenin* bu suçun konusu veya mağduru olabilecek midir?¹⁸ Bu sorular çalışmamız açısından bilhassa önem arz etmektedir; zira hatırlanacağı üzere savunmacı tıbbi müdahalelere en sık rastlanan tıp alanlarının başında kadın hastalıkları

Kanunu'nun 32'nci maddesi zikredilmektedir. Bkz. Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 629.

¹⁵ Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 392.

¹⁶ Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 393-397.

¹⁷ Erbaş, **"Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük"**, s. 429.

¹⁸ Faruk Özalp/Tuba Özalp, **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 109.

ve doğum gelmektedir. Dolayısıyla okuyucu, ilk olarak taksirle yaralama fiilinin hamile kadın ile birlikte cenine de yönelmesi halinde veya bu fiilin doğum anında gerçekleştirilmesi durumunda ceninin ya da doğmak üzere olan bebeğin taksirle yaralama suçunun mağduru olup olmayacağını sorgulamalıdır. Bu soruların cevaplanabilmesi için Türk ceza hukukuna göre hayatın başlangıç anının ne olduğunun ve kişinin ne zaman “ölü” kabul edileceğinin belirlenmesi icap etmektedir.

Meseleye *sondan* başlamak gerekirse ölüm anının ne zaman tespit edileceği hususunun normatif düzlemde düzenlendiğinin belirtilmesi gerekir. Nitekim Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 11’inci maddesine göre tıbbi ölüm, “*biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanı*” olan iki hekimin oy birliği ile alacakları kararla tespit edilmektedir.¹⁹ Bu maddenin uygulanması noktasında çıkarılan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin Ek-1 maddesine bakıldığında ise söz konusu kararın beyin ölümü tanısının konması ile mümkün olacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzleminde ölüm anının tespiti noktasında *de lege lata* düzleminde herhangi bir tereddüdün bulunmadığı görülmektedir. Fakat anlaşıldığı kadarıyla kanun koyucu, hayatın “başlangıç anının” belirlenmesi noktasında bu açıdan mevcut felsefi ve sosyolojik tartışmalardan daha çok etkilenmiştir. Zira her ne kadar *ölüm anının* tespiti için normatif düzlemde usuli ve tıbbi kıstaslar bulunmaktaysa da kişinin ölümüyle sonlanacak sergüzeştinin başlangıcı olan *yaşamın başlangıç anının* tespiti açısından net bir hukuki düzenleme ceza hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır.

İnsanlar için hayatın başlangıç anının ne olduğu, yani, taksirle yaralama suçu bakımından mağdur ve konu mefhumlarından ne zaman bahsedilmeye başlanabileceği sorusunun cevaplanabilmesi için yapılacak yorum faaliyetlerinde yararlanılabilecek ilk birincil kaynak, özel hukuk kapsamındadır. Bu bağlamda Medeni Kanunumuzun 28’inci maddesi *kişiliğin* başlangıç anını “sağ olarak tamamıyla” doğma anı olarak; hak ehliyetinin kazanıldığı anı ise “ana rahmine düşme anı” olarak tespit etmektedir. Türk ceza hukuku öğretisinde ise bu konuda çok farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Söz gelimi bir görüş, taksirle yaralama suçunun oluşabilmesi için normal

¹⁹ **Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun.** Kanun No: 2238, Kabul Tarihi: 29/05/1979. (Resmî Gazete: 03/06/1979 – Sayı: 16655).

doğumda *sancıların başladığı anı*, sezaryen doğumda ise *ana rahminin açıldığı anı* milat olarak kabul etmekte iken bir diğer görüş, ceninin anne karnından (kısmen de olsa) çıkmış olmasını hayatın başladığının kabul edilmesi için şart koşturmaktadır²⁰. Konu hakkındaki Yargıtay kararlarında ise istikrar bulunmamaktadır. Nitekim bazı kararlarda Medeni Kanun açısından kişiliğin başladığı anın ceza hukuku açısından da kabul edildiği ve bu doğrultuda bebeğin taksirle yaralama suçunun mağduru olabilmesi için canlı ve tamamen doğması şartının arandığı görülmektedir²¹ bazı kararlarında ise aynı neticeye varılmadığı tespit edilmektedir²².

Görüşümüzü beyan etmeden evvel yaşamın başlangıç anının cezai yaptırımların belirlenmesi açısından tartışmalı olduğu tek Avrupa ülkesinin Türkiye olmadığı ifade edilmelidir. Bu konuda AİHM nezdindeki *Vo* kararının²³ izah edilmesinde fayda bulunmaktadır. Başvuruya konu olan olay şu şekilde özetlenebilir: Hamileliğinin altıncı ayında olan Vietnam kökenli ve Fransızca bilmeyen *Thi-Nho Vo* ismindeki başvuru kadını, rutin kontrolü için *Lyons General Hospital* isimli hastaneye gelir ve bekleme odasında sırasını beklemeye başlar. Bir süre sonra hekim G'nin "Bayan Vo" şeklinde seslenmesi üzerine ayağa kalkan başvuru muayene odasına girer. Fakat hekim G'nin muayene odasına çağırdığı kişi, hastaneye rutin kontrole gelmiş başvuru *Thi-Nho Vo* değil, daha önce rahmine yerleştirilen gebelik önleyici spirali çıkarttırmaya gelmiş *Thi Thanh Van Vo* ismindeki kadındır. Dolayısıyla başvuru, muayene odasına girdiğinde hekimin kendisine rutin kontrol yapacağı düşüncesindeyken hekim ise müdahalesini hastasının rahmine yerleştirilmiş spirali çıkartmak üzere planlamış durumdadır.

²⁰ Hamide Zafer, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk", **II. Ulusal Sağlık Hukuku 'Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları' Sempozyumu**, Editör: Aysun Altunkaş/İpek Seveda Söğüt/Hamide Bağçeci, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 137-149.

²¹ Yargıtay 9. CD., E. 2008/16443, K. 2008/14064, T. 24/12/2008; Yargıtay 2. CD., E. 1994/738, K. 1994/2971, T. 08/04/1994.

²² Otuz beş haftalık hamile bir kadının müteveffa olduğu trafik kazasına ilişkin yeni tarihli bir kararında Yargıtay, kazadan hemen sonra sezaryen doğum ile anne karnından çıkartılan bebeğin kazayı takip eden 13'üncü gün vefat etmesine ilişkin kurduğu ilamda, bebeğin taksirle yaralama suçunun mağduru olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, fiilin icra edildiği an bebeğin Medeni Kanun açısından kişiliği bulunmadığı için söz konusu suçun mağduru olamayacağı gerekçesiyle söz konusu ilama karşı CMK'nın 308'inci maddesi uyarınca itiraz etmişse de ilgili ceza dairesi itirazı reddetmiştir. Eldeki eserin hazırlandığı tarihte, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun olaya ilişkin kararı henüz yayımlanmamıştır. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2018/2222, K. 2020/411, T. 13/01/2020; Yargıtay 12. CD., E. 2020/776, K. 2021/601, T. 25/01/2021.

²³ AİHM, *Vo/France*, B. 53924/00, T. 08/07/2004.

Hekim G, başvurucunun sözlü iletişime yeter Fransızca bilgisi olmadığını fark ettikten sonra herhangi bir ön muayene yapmaksızın aslında *Thi Thanh Van Vo*'ya ait tıbbi kayıtlara göz atar ve başvurucunun rahminde bulunmayan spirali çıkartmak üzere rahim içinde girişimsel tıbbi müdahaleye başlar. Fakat bu esnada başvurucunun amniyotik kesesini deler ve başvuru böylece yüksek miktarda amniyon sıvısı yitirir. Hekim, rahmin anormal şekilde genişlediğini gördüğünde başvuru için bir görüntüleme tetkiki talep etmeye karar verir ve bu anda ortadaki yanlışlığı fark eder. Başvuru böylelikle sadece rutin kontrolü için geldiği hastaneye yaralı statüsünde kabul edilir ve kaybettiği amniyotik sıvısı nedeniyle hamileliğine son verilmek durumunda kalır.

Olayı müteakip hekim G hakkında fetüsün ölümü ve başvurucunun yaralanması olayları nedeniyle öldürme ve yaralama suçlarının işlendiğinden bahisle ceza davası açılmıştır. Yargılamada alınan bilirkişi raporlarında fetüsün 20 ilâ 21 haftalık olduğu ile 375 gram ağırlığında ve 28 santimetre uzunluğunda olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi, 20 ilâ 21 haftalık bir fetüsün Fransız hukukunda insan statüsünde²⁴ olup olmadığını değerlendirerek Fransız hukukunda bu konuda bir düzenleme olmadığını tespit etmiş ve Fransız parlamentosunda bu konuda yaşanan fikir ayrılığına dikkat çekmiştir. Bununla birlikte, mevcut bilimsel çalışmalara göre fetüsün ancak altıncı ayından sonra “canlılığını sürdürebilecek veya canlı olacak gelişkinliğe erişebilecek yeteneği”²⁵ kazanabildiği ifade edilmiştir. Mahkeme başlangıcını bu şekilde ördüğü gerekçesinin sonunda kanun koyucunun henüz düzenleme yapmadığı bir hususta karar vermekten çekinmiş ve bilimsel verilere itibar edilmesi gerektiğini belirterek 20 ilâ 21 haftalık bir fetüsün Fransız ceza hukukuna göre mağdur statüsünün olmadığına karar vermiştir. Karar istinaf aşamasında kaldırılmışsa da Fransız Yargıtayı ceza hukuku normlarının dar yoruma tabi olduğunu vurgulayarak suçun kanuni tanımındaki ibarenin fetüsü kapsayacak şekilde yorumlanamayacağından bahisle bozma kararı vermiştir. Başvuru bunun üzerine yaşam hakkının (AİHS m. 2) ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur.

²⁴ “une personne humaine”.

²⁵ “la viabilité”.

Büyük Daire, “insan” kavramının tanımı açısından sözleşmecî devletler nezdinde hukukî, tıbbî, felsefî, etik ve dinî boyutlarda çok farklı yaklaşımlar olduğunu hatırlatmış ve AİHS’in mevcut koşulların ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge²⁶ olduğu gerçeği gözetildiğinde dahi *hayatın başlama anı* açısından yapılacak düzenlemelerin devletlerin takdir marjı dâhilinde kaldığına hükmetmiştir²⁷. Mahkemeye göre, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde genetik mühendislik, yardımcı üreme teknikleri ve insan üzerinde yapılan deneyler bakımından mevcut koruyucu normlar açısından benzerlikler bulunmaktaysa da “*embriyo veya fetüsün doğasının ve hukukî statüsünün ne olması gerektiğine ilişkin*” konularda oydaşım bulunmamakta; sözleşmecî taraflar arasındaki tek uzlaşma odağı ise embriyo ve fetüsün insan ırkına ait olduğu noktasındadır²⁸. Bu sebeplerle Büyük Daire, doğmamış çocuğun AİHS’in 2’nci maddesi anlamında *kişi* statüsünde kabul edilip edilmeyeceği şeklindeki soyut soruya cevap vermenin ne arzu edilebilir ne de mümkün olduğu kanısına varıldığını belirtmiştir²⁹. Somut olayda ise yaşam hakkı açısından inceleme yapmaya gerek olmadığını zira Fransa’da mevcut mevzuatın ve uygulamanın embriyo veya fetüsün hukukî statüsünün tanınmaması halinde dahi yaşam hakkının gereklerine uygun olduğunu belirterek somut olayda yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir³⁰. Neticede, *Vo* kararına göre, Fransız Yargıtayı’nın ceza kanunlarının dar yorumlanması gerektiği gerekçesiyle somut olaydaki fetüsün, kanuni tarifteki “başkası” ibaresi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmesi, tek başına yaşam hakkının ihlali anlamına gelmemektedir.

Kanımızca, TCK’nın suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 2’nci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki “*suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” hükmü uyarınca taksirle yaralama suçunun kanuni tarifindeki “başkası” ibaresi, henüz doğmamış çocukları kapsayacak derecede *genişletici* yoruma tabi tutulmamalıdır. Zira hamile kadının çocuğunu düşürmesi

²⁶ AİHM, *Tyrer/the United Kingdom*, B. 5856/72, T. 25/04/1978, § 31.

²⁷ *Vo/France*, § 82. Avrupa’da hayatın başlangıcının nasıl tanımlanması gerektiği hususuna ilişkin bir oydaşım olmaması, Büyük Daire’nin bu vargısına ulaşmasında etkili olmuştur.

²⁸ *Vo/France*, § 84.

²⁹ *Vo/France*, § 85: “*it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person*”.

³⁰ *Vo/France*, §§ 85, 86 ve 95.

neticesinin taksirle yaralama suçunun nitelikli hallerinden birisi olarak sayılması ve ceza kanunumuzun 99 ilâ 101’inci maddelerinin yumurtanın döllemesi anından başlayıp doğum anına kadarki aşamalarda embriyo veya zigotu da dolaylı olarak koruyan özel suç düzenlemeleri içerdiği düşünüldüğünde, taksirle yaralama suçunun kanuni tarifindeki “başkası” ibaresinin doğmamış çocuğu da kapsadığı şeklindeki genişletici yorumun kıyasa yol açtığı ifade edilebilir. Çocuğun anne karnından *kısmen de olsa ve herhangi bir görünümle* canlı olarak çıkması anından itibaren taksirle yaralama suçunun gündeme gelebileceği söylenmelidir.

3. Fiil

Başkasının *vücuduna acı vermek* veya bir kişinin *sağlığını* ya da *algılama yeteneğini bozmak* şeklinde neticelere yol açan herhangi bir hareket, taksirle yaralama suçunun fiil unsurunu oluşturabilecektir. Dolayısıyla, taksirle yaralama suçunun serbest hareketli bir suç olduğu söylenmelidir. Suçun netice unsurunu oluşturmaya kabil hareketlerin ani bir hüviyet taşıması mevzubahis olabileceği gibi sürece yayılarak devamlı nitelik arz etmesi de mümkün olduğundan suçun ani veya mütemadi hareketle işlenebileceği tespiti yapılmalıdır.

Hekimin taksirle yaralama suçunu teşkil edecek savunmacı güvence ve kaçınma davranışları, ihmali veya icrai hareket şeklinde tezahür edebilir³¹. İhmali hareketin izahı açısından zikredilebilecek bir Yargıtay kararına³² konu olayda yerel mahkeme, sanık hekimin;

“hastaneye giderek muayene sonrası izlenecek tedavi yöntemini belirlemek yerine telefonla hastanın yatışının yapılması konusunda talimat vermekle yetindiği, ertesi gün de hafta sonu tatili olması sebebiyle hastaneye uğramadığı

³¹ TBMM, Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu. Esas Numarası: 1/593, Sıra Sayısı: 664, Geliş Tarihi: 12/05/2003, Kabul Tarihi: 26/09/2004, s. 424; Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, s. 247. Görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olduğunun kabulü halinde aksi yönde neticeye ulaşılabilmektedir. Bkz. Aras Türay, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, No: 3, 2020, s. 146. Erbaş, TCK kapsamında kasten öldürmenin ve kasten yaralamanın ihmali davranışla gerçekleştirilmesi bakımından özel suç düzenlemeleri bulunmasına rağmen, taksirle öldürme ve yaralama suçlarının ihmali davranışla işlendiği durumlar açısından ayrı kanun maddelerinin bulunmayışının mesele teşkil ettiğini belirtmektedir. Erbaş **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 70.

³² Yargıtay 12. CD., E. 2014/11394, K. 2014/17481, T. 10/09/2014. (Aktaran: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 394). Bu karar, suçun manevi unsuruna veya somut olayda ihlal edilen yükümlülüğün niteliğinin ne olduğuna ilişkin değerlendirme içermemesi nedeniyle eleştiriye açıktır.

ve ölenin tedavi sürecini takip etmediği, takip eden mesai gününde ölenin genel durumunun kötü olması ve tedaviye yanıt alınamamış olmasına rağmen sanığın, ölenin ileri tetkik ve tedavi için başka bir hastaneye sevkini gerçekleştirmediği”

şeklindeki davranışlarının kasten öldürme suçunun ihmali davranışla vücuda getirilmesi anlamını taşıdığı yönünde hüküm kurmuştur. Mahkeme söz konusu hükümde Adli Tıp Kurumunca tanzim edilmiş raporda yer alan;

“yüksek ateş, kalp hızında artış, hipotansiyonu olan hastanın enfeksiyon hastalıkları uzmanı tarafından muayene edilerek ayırıcı tanısının yapılması gerektiğinin, sepsise neden olabilecek menenjit, ansefalit, pnömoni, üro sepsis vb. enfeksiyon odaklarının tespit için idrar, kan kültürü BOS tetkiklerinin alınması, kan biyokimyasına bakılması, bunların bulgularına göre uygun antibiyotik ve sıvı tedavisinin başlanması gerektiğinin, eğer bunlar bu hastanede sağlanamıyorsa damar yolu açılarak ampirik geniş spektrumlu antibiyotik başlanarak bir üst merkeze sevkinin gerektiğinin, hastanın servise yatırıldığında enfeksiyon hastalıkları uzmanı tarafından muayene edilerek tetkiklerinin yapılarak tedavisinin düzenlenmesi gerektiğinin, bunların yapılmamış olmasının eksiklik olduğu”

şeklindeki tespitlere dayanmıştır.

Benzer şekilde, hekimin taksirle yaralama suçunu savunmacı kaçınma davranışı ve ihmali hareket ile işlemesi de mümkündür. Söz gelimi, Yargıtay’ın bozma kararı verdiği bir olayda³³ hastanın sarılık belirtisi gösterdiğine işaret eden tahlil sonuçlarını telefon ile bildirdiği hekim, “ertesi gün çalışmadığını” söyleyerek hastaya başka hekimlere gitmesini önermiştir. Bu nedenle *biliyer atrezi* tanısının konması geciken hastaya, bir süre sonra gittiği hastanede yapılan tıbbi müdahaleler yetersiz kalmış ve hasta karaciğerini yitirmiştir. Bahsi geçen olayda hekimin tıbbi gereklilikler hilafına davranarak garantörlükten kaynaklanan yükümlülüklerini taksirli şekilde ihmal ettiği şeklinde bir düşüncenin benimsenmesi mümkün görünmektedir. Dolayısıyla hekimin taksirli savunmacı davranışı, ihmali veya icrai şekilde zuhur edebilir.

³³ Yargıtay 12. CD., E. 2017/11123, K. 2019/4718, T. 08/04/2019: “*sanığın eylemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı ancak bu gecikmenin hastalığın ilerlemesine katkısının olmadığına belirtilmesi karşısında; hastaya erken tanı koymakta ihmal göstermek suretiyle atılı suçu işlediği dosya kapsamından anlaşılan sanık hakkında, TCK’nın 257/2. maddesi gereğince mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde beraat hükmü kurulması”*

Vücuda acı vermek neticesini oluşturan hareket, objektif bir gözlemcinin bakış açısına göre mağdurun vücut dokunulmazlığını bozduğu düşünülecek icrai veya ihmali tüm davranışları kapsayan şekilde anlaşılmalıdır³⁴. Bu doğrultuda hekimin dikiş atmak, iğne veya aşı yapmak, kan almak veya refleks hareketlerinin ölçülmesi bakımından diz bölgesine vurmak şeklinde tezahür eden icrai hareketlerinin veya acil tıbbi müdahale ve ilaç uygulaması ile ağrısı giderilebilecek hastaya uzun süre bu müdahalelerde bulunmamak gibi ihmali davranışların, bu suçun fiil unsurunu vücuda getirmesi mümkündür.

Hastada önceden var olmayan somatik veya psikolojik bir soruna yol açmış veyahut var olanların şiddetinin artmasına sebebiyet vermiş her hekim davranışı, hastanın sağlığının bozulmasına neden olan fiil olarak kabul edilmeye müsaittir. Dikkat buyurulacağı üzere bu davranışlar ile hastaya acı verilmesi gerekmediği gibi bir hastalığa yol açmak da gerekmemektedir. Hasta bünyesinin olağan şartlar altında işlediği düzene olumsuz etkide bulunmuş her ihmali veya icrai davranış, fiil unsurunu oluşturabilecektir³⁵.

Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, ceza hukukunda *önemsizlik* mefhumunun hareket unsuru bakımından ifade ettiği anlama ilişkindir. Hekimin hastasının vücuduna acı veren veya onun sağlığını ya da algılama yeteneğini bozan bir

³⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 249-250. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2018/7837, K. 2020/1366, T. 11/02/2020: “2.5 yaşındaki katılanın ailesi tarafından **burnuna pil kaçması** nedeniyle götürüldüğü hastanede muayenesinin yapıldığı, muayene sonucu **sanığın pili görmemesi** nedeniyle katılanın ailesini akıntı olursa tekrar gelmelerini söyleyerek gönderdiği, **iki gün sonra** bir başka hastanede direkt grafi çektilerilerek **burunda yabancı cisim saptandığı** ve genel anestezi altında yabancı cisim çıkarılması operasyonu uygulandığı olayda”. Yargıtay bu kararıyla sanık hekimin grafi çekirtmeyi ihmal etmesini tıbbi gerekliliklere aykırı bulmasına rağmen, küçüğün burnunda kalmış pilin “komplikasyona neden olmaması” nedeniyle hekimin kusurlu olmadığı neticesine varmıştır. Söz konusu yaklaşım; kusurluluk ve objektif dikkat ve özen yükümlülüğü mefhumları ile suçun netice ve fiil unsurları arasındaki ayrımı bulandırması hasebiyle eleştiriye oldukça açıktır. Nitekim, taksirle yaralama suçunun kanuni tarifinde “komplikasyona neden olmak” şeklinde bir netice unsuruna yer verilmemesi ve sağlığın/algılama yeteneğinin bozulmasının ya da vücuda acı verilmesinin suçun netice unsurunun teşkili bakımından yeterli olduğu hususları gözetildiğinde, “komplikasyonun oluşmaması” şeklindeki gerekçenin kusurluluğun oluşmadığı yönünde alınan karar bakımından pek de anlamlı olmadığı savunulabilir haldedir. Keza, kanserojen maddeler içeren pilin bebeğin burnundan çıkarılmamasından ibaret fiilin, bebeğin sağlığına zararlı olduğu ya da bebeğin vücuduna acı verilmesi anlamına geldiği savunulabilir haldedir. Öte yandan, “komplikasyona neden olunmaması” olgusu, ne objektif ne de sübjektif kusur teorisinde failin kusurluluğu değerlendirmesinde belirleyici rol oynamaktadır.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 250.

davranışının taksirle yaralama suçunun hareket unsurunu teşkil etmediği istisnai haller gündeme gelebilecek midir? Kanımızca bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Hiç şüphesiz, ceza normlarını uygulamak durumunda ve konumunda olan ceza hâkimi, bu görevini yerine getirirken ilgili kanun maddesinin ne anlama geldiğini belirlemek suretiyle yorum faaliyetine girmek durumundadır. Nitekim en yalın ifadesiyle yorum, “*bir metnin anlamının belirlenmesi faaliyetidir*”³⁶. Bu kapsamda bir görüşe göre ceza hâkimi suçun tipikliğini tarif eden kanun maddesini; fiilin *sınırlandırıcı* olma işlevi, *ultima ratio* ilkesi, korunan hukuki değer ve hareket teorileri ışığında yorumlayarak somut olaydaki davranışın ceza hukuku bakımından *önemsiz* olduğu neticesine ulaşırsa tipikliğin fiil unsurunun oluşmadığına dahi kanaat getirebilir³⁷.

Örneğin, iş çıkış saatlerinde kalabalık toplu taşıma araçları ile evine dönen kimselerin içinde oldukları toplulukta birbirlerine hafifçe temas etmelerinin taksirle yaralama suçunun hareket unsurunu teşkil etmediği aktarılmaktadır³⁸. Tıbbi müdahaleler kapsamında bir değerlendirme yapıldığında; büyük cerrahi operasyonlar (Örn. organ nakli) kapsamında hasta vücudunda gözle görülmesi güç nitelikte ve ufak bir çizige yol açmış veyahut hastanın birkaç kere öksürmesine neden olmuş davranışların taksirle yaralama suçunun fiil unsurunu teşkil edecek nitelikte olmadığı yönünde ileri sürülen düşüncelerde isabet bulunduğu söylenebilir³⁹. Nitekim meseleye karşılaştırmalı bir zaviyeden bakıldığında, Alman ceza hukukunda muayene olmaya gelen hastaya bu kapsamda iğne batırmaktan ibaret davranışın, *önemsiz* olmasından ötürü, yaralama suçunu vücuda getirmediğinin kabul edildiği aktarılmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla, tıbbi kurallara ve standartlara göre yapılmasına lüzum bulunmamasına rağmen savunmacı güvence davranışı kapsamında icra edilmekle beraber hastanın

³⁶ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2013, s. 84.

³⁷ Bkz. Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, s. 58; Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 61. Yargıtay’ımızın 2005 yılından evvelki ceza kanunumuz döneminden kalma bir kararında somut olaydaki para miktarının önemsiz miktarda olmasından dolayı fiilin kumar suçunu teşkil etmediği tespit edilmiştir. Bkz. Yargıtay 2. CD., E. 1981/8132, K. 1981/8403, T. 30/12/1981. (Aktaran: Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, Beta Yayınevi, 1991, s. 117.)

³⁸ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 76.

³⁹ Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, s. 220; Baba, “Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”, s. 92 vd.

⁴⁰ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 59.

vücut bütünlüğünü önemli ölçüde bozmayan tıbbi müdahalelerin bu kapsamda düşünülmesi mümkündür.

4. Netice

Failin dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice adı verilmektedir⁴¹. Taksirle yaralama suçu da neticeli bir suç olup başkasının *vücuduna acı verilmesi* veya *sağlığının* ya da *algılama yeteneğinin* bozulması bu suçun netice unsurunu oluşturmaktadır⁴².

Tıbbi müdahalelerin hemen hemen hepsinin, arz olunan bu neticelere vücut verdiği izahtan varestedir. Örneğin, bacağındaki derin kesik sebebiyle acil servise getirilmiş kişinin yara bölgesine uyuşturucu iğne yapıldığı anda hastaya fizikî eza verilmekte ve böylece kanuni tarifte zikredilen ilk netice meydana getirilmektedir⁴³. Daha önce de değinildiği üzere buradaki *acı vermek* ifadesi sübjektif değil, objektif niteliktedir. Dolayısıyla, objektif gözlemcinin başkasının vücuduna acı verici nitelikte gördüğü davranışlar suçun acı vermek şeklindeki neticesini oluşturmaya kabildir. Söz gelimi vücudun bir bölgesine kesi yapmaktan ibaret fiil, ağrı veya acı duyma yeteneğini tamamen yitirmiş nöropati (*neuropathy*) hastalarına yöneltilmiş olsa dahi acı vermek neticesinin oluştuğu kabul edilmelidir.

Taksirle yaralama suçunun neticesi bağlamındaki *sağlık* ifadesinin ne surette ve kapsamda anlaşılması gerekir? BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1946 yılındaki ilk toplantılarında önü açılan sürecin⁴⁴ sonunda kabul edilen DSÖ

⁴¹ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 127.

⁴² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 185.

⁴³ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 249.

⁴⁴ BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Konseyi'nin 23 Ocak 1946 ilâ 18 Şubat 1946 tarihleri arasında Londra'da gerçekleştirdiği ilk toplantıları kapsamında alınan 15 Şubat 1946 tarihli karar uyarınca, daha önce Brezilya ve Çin devletlerinin bir uluslararası sağlık konferansı düzenlenmesi ve bu konferans kapsamında da uluslararası bir sağlık örgütünün kurulması için San Francisco Konferansı'nda yaptığı ve diğer devletlerce de oybirliği ile desteklenen çağrıya olumlu bir karşılık olarak bir teknik hazırlık komitesi (*Technical Preparatory Committee*) kurulmuştur. Bu komite, 18 Mart 1946 ilâ 5 Nisan 1946 tarihleri arasında Paris'te gerçekleştirdikleri toplantılar neticesinde, 22 Temmuz 1946 tarihinde BM Genel Kurulunda Dünya Sağlık Örgütü'nün anayasası olarak kabul edilen taslağa temel oluşturacak olan önerilerini belirlemiş ve 19 Haziran ilâ 22 Temmuz tarihleri arasında New York'ta gerçekleşen Uluslararası Sağlık Konferansında sunmuştur. Bkz. United Nations Journal of the Economic and Social Council, **E/RES/1(I)**, Date of Document: 10/04/1946; Brezilya ve Çin'in, yine 1946 yılında ilk adımı atılan ve 10 Aralık 1948 yılında BM Genel Kurulunda kabul edilecek olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin hazırlık çalışmalarında da (*travaux préparatoires*) müstakil bir sağlık hakkının bildirir

anayasasına göre sağlık, “*beden, fikir ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olup, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğundan ibaret değildir.*”⁴⁵ Sağlığın bu tanımına, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun’un 2’nci maddesinde de “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” olarak rastlanmaktadır. Görüldüğü üzere sağlık kelimesi hakkında yapılan tarifler, kişinin gözle görülür fiziki iyilik halini aşacak şekilde onun psikolojik ve sosyolojik açılarından durumunu da kapsayan geniş bir kapsama denk düşmektedir⁴⁶.

Hiç şüphesiz, bir kimsenin daha önce mustarip olmadığı hastalığa yakalanmasına sebebiyet vermek sağlığın bozulması şeklindeki neticeyi vücuda getirir. Fakat *sağlığın bozulması* neticesinin varlığından söz edilmesi için mutlaka bir *hastalığa* yol açılması da gerekmemektedir⁴⁷. Bu bakımdan Twaddle’ın insan sağlığında maraz halleri (*human ailment*) açısından önerdiği sınıflandırmanın aktarılması aydınlatıcı olacaktır. Yazara göre insan sağlığı açısından sorun ifade eden haller üç başlık altında incelenebilir. Bunlar hastalık (*disease*), rahatsızlık (*illness*) ve keyifsizlik (*sickness*) olarak sıralanmaktadır. *Hastalık*, insanın beklenen yaşam süresini kısaltan ve/veya fiziki kapasitesini azaltan ya da en azından azaltma olasılığı taşıyan fizyolojik işlev bozukluklarından müteşekkil bir sağlık sorunudur ve objektif olarak ölçülebilir⁴⁸. Öte yandan *rahatsızlık*, kişinin sübjektif şekilde ve kendi sağlığı

metninde yer alması için faaliyet yürüten devletler arasında olduğu görülmektedir. Bkz. Johannes Morsink, **The Universal Declaration of Human Rights**, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, s. 192.

⁴⁵ New-York’ta Toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında Kabul ve İmza Edilen Belgelerin Onanmasına Dair Kanun. Kanun No: 5092, Kabul Tarihi: 09/06/1947. (Resmî Gazete: 17/06/1947 – Sayı: 6634).

⁴⁶ Morsink, **The Universal Declaration of Human Rights**, s. 192 vd. Sağlığın tanımı bu şekilde kabul edildiğinde, hasta kelimesinin “iyilik halinde olmayan kimseleri” ifade ettiği bir totoloji olarak ileri sürülebilir. Nitekim bu totoloji, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4’üncü maddesinde *sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse* şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu totolojinin aşılması bakımından faydalı ve Almanca literatürde ileri sürülmüş bir tanım, öğretilde Türkçeye şu şekilde çevrilmiştir: “*Hastalık, ilgilinin kendi çevresindeki fonksiyon kabiliyetini zedeleyen, tedaviye muhtaç olarak nitelendirilen sübjektif ya da objektif bedensel ve/veya psikolojik durumu ifade eder.*” Bkz. Zukunft Medizin Schweiz, **Ziele und Aufgaben der Medizin zu Beginn des 21. Jahrhunderts**, s. 16. (Aktaran: Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, s. 92.)

⁴⁷ Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 717.

⁴⁸ Andrew Twaddle, “Disease, Illness and Sickness Revisited”, **Disease, Illness and Sickness: Three Central Concepts in the Theory of Health**, Editör: Andrew Twaddle/Lennart Nordenfelt, Linköping, Studies on Health and Society 18, 1994, s. 8-9: “*disease is a health problem that consist of a*

bakımından istenmeyen hal olarak nitelediği ağrı duymak gibi hisler veya beden işlevlerinde yetersizlik olduğu yönündeki algılar içeren semptomlara karşılık gelmektedir⁴⁹. Son olarak *keyifsizlik* ise daha çok sosyal kimliğe ilişkindir ve bir kimsenin toplum içindeki rolünü üstlenemediği (işe gitmeme gibi) ya da sosyal etkinliklere katılamadığı zamanlarda toplumun bu kişinin sağlık sorunlarına verdiği addır⁵⁰.

Sağlık kavramı açısından farklı disiplinlerde kabul edilmiş bu tanımlar ceza hukuku açısından da kabul edilmeli midir? Kanımızca hukuk dışındaki disiplinlerde sağlık kavramı üzerinde yapılan tanımlar incelemeye konu suç bakımından aynen uygulanmamalı ve sağlığın bozulması neticesi, ancak mağdurda önceden var olmayan somatik veya psikiyatrik bir sorunun vuku bulması veyahut var olanların şiddetinin artırılması durumlarını içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Bu kapsamda geçici veya kalıcı olup olmadığına bakılmaksızın hastanın uyku düzeninde bozulmaya, sinir krizi geçirmesine veya travma yaşamasına neden olmak; hastada davranış bozukluklarına, çarpıntıya, hematoma, ekimoza veya kontüzyona sebep olmak; kulak çınlamasına, uykusuzluğa, ellerde titremeye veya vücut reflekslerinde zayıflamaya yol açmak; hastaya insan bağışıklık yetmezliği virüsü (*human immunodeficiency virus - HIV*) gibi zararlı mikro organizmalar bulaştırmak gibi pek çok durum, bu suçun *sağlığın bozulması* neticesini teşkil etmeye kabildir⁵¹.

Taksirle yaralama suçunun neticeleri arasında son olarak değinilecek olan durum, mağdurun *algılama yeteneğinin* bozulmasıdır. Söz gelimi, mağdurun çevresinde olup bitenler ve meydana gelen gelişmeler üzerinde gözlem yapma yeteneğinin bir şekilde azaltıldığı her durum, algılama yeteneğinde bozulmaya işaret etmektedir⁵². Hekimlerin mesleki faaliyetleri kapsamında hastalara morfin verilmesi

physiological malfunction that results in an actual or potential reduction in physical capacities and/or reduced life expectancy.”)

⁴⁹ Twaddle, “Disease, Illness and Sickness Revisited”, s. 10: “illness is a subjectively interpreted undesirable state of health it consists of subjective feeling states (eg pain weakness), perceptions of the adequacy of their bodily functioning and/or feelings of competence”

⁵⁰ Twaddle, “Disease, Illness and Sickness Revisited”, s. 11: “sickness is a social identity. It is poor health or the health problems of an individual defined by others with reference to the social activity of that individual”.

⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 251; Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 717; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1246.

⁵² Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 252.

veya sınırlı uyuşturma uygulanması gibi pek çok durumda hastanın *algılama yeteneğinde bozulma* meydana gelmekte ve söz konusu netice vuku bulmaktadır.

5. Nedensellik Bağı

Suçun maddi unsurlarının tamamlandığının kabul edilmesi için varlığı aranan bir diğer unsur, dış dünyada meydana gelen değişiklik ile failin fiili arasında bulunacak *doğal* ve objektif bağı ifade eden nedensellik bağıdır⁵³.

Hekimlerin cezai sorumluluğuna ilişkin Yargıtay uygulamasına bakıldığında, özellikle taksirle yaralama ve öldürme suçları bakımından sanık hekimler hakkında verilen kararlarda *uygun illiyet bağı*⁵⁴ mefhumunun büyük önem taşıdığı müşahade edilmektedir. Bu doğrultuda “*sanığın kendisine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmesi durumunda dahi aynı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği*”,⁵⁵ “*zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği*”,⁵⁶ “*uygun tedavisi yapılması durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı*”⁵⁷, “*zamanında tespit edilip tedaviye başlanmış olması halinde de hastanın kurtulmasının kesin olmadığı*”⁵⁸, veya “*doktorun tetkik yaptırmamasının katkısının bilinemeyeceğinin belirtilmesine göre ölümün takip ve tedavi kusurundan kaynaklandığının kesin olarak saptanamadığı*”⁵⁹ şeklindeki argümanlar pek çok kararın ana omurgasını teşkil etmektedir.

⁵³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 185. Yargıtay 12. CD., E. 2016/9896, K. 2018/4780, T. 24/04/2015: “katılanda meydana gelen her iki gözdeki tam görme kaybının ‘hekimin hatalı uygulaması sonucu her iki göze aynı anda ameliyat yapılması nedeni ile mi; ameliyat koşullarının steril olmamasından mı; taburcu edildiği süreçte dış koşullardan mı meydana geldiği...”

⁵⁴ Yargıtay tarafından hala benimsenen ve *uygun illiyet bağı teorisi* olarak adlandırılan bu görüşün taraftarlarına göre, nedensellik bağı doğal ve objektif bir nitelik taşımamakta ve fiil ile netice arasındaki bağı *normatif* düzlemde açıklanmaktadır. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 187.

⁵⁵ Yargıtay 4. CD., E. 2006/10373, K. 2006/13795, T. 12/07/2006; Yargıtay 4. CD., E. 2004/1065, K. 2004/2055, T. 11/02/2004. (Aktaran: Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 665, dn. 111 ve 113).

⁵⁶ Yargıtay 4. CD., E. 2005/15073, K. 2005/1363, T. 23/02/2005. Ameliyat için verilen anestezinin etkisi ile meydana geldiği iddia olunan ölüm olayına ilişkin bir kararda, hekimin tetkikleri iyi değerlendiremediği için tehlikeyi fark edemediği fakat fark etse dahi ameliyatın acil surette yapılması gerektiğinden bahisle hekime kusur atfedilemeyeceği neticesine varılmıştır. Bkz. Yargıtay 4. CD., E. 2015/14353, K. 2016/11954, T. 17/10/2016. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. CD., E. 2006/52, K. 2006/12500, T. 14/06/2006.

⁵⁷ Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.

⁵⁸ Yargıtay 12. CD., E. 2014/18242, K. 2015/8218, T. 14/05/2015.

⁵⁹ Yargıtay 12. CD., E. 2014/19404, K. 2015/5398, T. 30/03/2015.

Uygun illiyet bağı teorisi ışığında yapılan bu irdelemelerde, ceza hukuku dogmatğinde kusur veya teşebbüs gibi başlıklar altında icra edilen normatif değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu bağlamda ceza hâkimlerince ve normatif alanda yapılması gereken kusura ilişkin değerlendirmeler ile hekimlerce yapılacak ve doğa bilimleri alanını ilgilendiren nedensellik bağı irdelemeleri birbirine karıştırılmaktadır. Söz konusu yaklaşımın, TCK'nın üstüne bina edildiği fikri altyapıya uygun düşmediği ifade edilmelidir. Öğretide hâkim düşünceye göre de failin belli bir neticeye sebep olduğunun tespit edilmesi için, öncelikle fiil ile netice arasında doğa bilimlerinin bakış açısından bir nedensellik bağı olup olmadığı değerlendirilmekte, sonra ise neticenin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği açısından ayrıca normatif bir irdeleme⁶⁰ yapılmaktadır.

Arz olunan yaklaşım, AİHM kararlarında da eleştirilmektedir. AİHS'in 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmedilen *Aydoğdu* kararında mahkeme, kamu görevlisi hekimler aleyhinde açılan ön incelemede alınmış bilirkişi raporunda, hekimlere “herhangi ihmalin, eksikliğin, kusurun ya da tedbirsizliğin atfedilemeyeceği”⁶¹ yönünde tespitler yapılmasına rağmen, ulaşılan bu sonuçları destekleyecek bilimsel verilere rapor kapsamında yer verilmemesini eleştiri konusu yapmıştır. Mahkeme, bilirkişi heyetinin, sanık hekimlerin kusursuz olduğu yönündeki görüşlerini gerekçelendirirken “kuvöz tedavisi sağlanması halinde bile çocuğun hayatta kalacağının kesin olmadığı” ve “çocuğun yoğun bakım ünitesine hemen alınmasının ve mekanik ventilasyon desteği verilmesinin hayatta kalma şansını pek de artırmadığı” gibi ifadelerle başvurusunun ikna edici olmadığını⁶²; zira raporda “uygulanabilecek veya uygulanması gereken tedavi protokolleri” hakkında hiçbir değerlendirme bulunmadığını vurgulamıştır⁶³.

⁶⁰ Hans Kelsen, “Nedensellik ve İsnadiyet”, Çev. Zeki Hafızogulları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXV, No: 1, 1978, s. 222. İngiltere, Kanada, Avustralya ve İrlanda’da hatalı tıbbi müdahale iddialarıyla açılmış tazminat davalarındaki nedensellik bağlantısı bahsinde “but-for” testinin kullanıldığına dair bkz. Gilbert Kodilinye, “Causation Issues in Medical Negligence Suits in England, Ireland, Canada and Australia”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 261-272.

⁶¹ *Aydoğdu/Turkey*, § 91.

⁶² *Aydoğdu/Turkey*, § 92

⁶³ *Aydoğdu/Turkey*, § 94. Krş. AİHM, *Altuğ and Others/Turkey*, B. 32086/07, T. 30/06/2015, §§ 81-83: “dosyada hekimlerin müteveffanın alerjisi olduğuna dair haberdar edildiğini kanıtlayan herhangi bir belgenin bulunmadığı belirtilmekte, ancak hekimlerin hastaya sağlık geçmişini sorup-sormadıkları,

Kanımızca AİHM'in bu kararı, yalnızca bilirkişilerin normatif değerlendirme yapmasındaki sakıncalara işaret etmemekte; ayrıca nedensellik bağı incelemesinin normatif değerlendirmelerden ari şekilde ve sadece doğa bilimleri bakımından yürütülmesinin önemini de göstermektedir. Zira nedensellik bağına doğa bilimlerine göre belirleyecek olan mahkemeler, bu değerlendirmeyi yapabilmek adına yalnızca tıp biliminin kurallarının izah edildiği ve normatif değerlendirmelere girilmeyen bilirkişi raporları talep etmek durumundadır. Bu ihtimalde, anılan olaydaki bilirkişi raporunu tebliğ alan mahkemenin, "bilirkişi raporunun yalnızca doğa bilimlerine göre tespitler içerebileceği" gerekçesiyle mevcut raporu dikkate almaması ve yeni bir bilirkişi raporu alınması yönünde ara karar kurması söz konusu olacaktır. Bu halde ise alınan bilirkişi raporunda yalnızca tıbbi kurallara ve standartlara odaklanması söz konusu olacağından, hem mahkemenin nedensellik bağına salt doğa bilimlerine göre değerlendirmesi imkânı doğacaktır hem de mahkeme gerekçesinin hukuki açıdan daha doyurucu olması mümkün kılınacaktır. Dolayısıyla bize göre AİHM'in bu kararı, normatif değerlendirmelerin yalnızca ceza hâkimince yapılmasının ve bilirkişilerin sadece doğa bilimleri açısından teknik bilgileri açıklamasının önemini gösterdiği gibi, normatif değerlendirmeler ile doğa bilimlerine ilişkin tespitlerin birbirinden kesin olarak ayrılması meselesinin AİHM nezdindeki önemini de açıkça gözler önüne sermektedir.

hekimlerin hastaya olası riskler hakkında bilgi verip-vermedikleri ve hastanın rızasını alıp-almadıkları hususları incelenmemektedir. Bilirkişilerin, böylelikle, sağlık ekibinin yükümlülüklerine riayet ettiğini belirten herhangi bir belge bulunmaması hususuna önem vermedikleri anlaşılmaktadır. Bilirkişiler, aynı zamanda, ispat yükünü başvuranlara yüklemeyi tercih etmişlerdir. Bu unsurlar ışığında, mahkemelerin, kararlarını sağlık ekibi tarafından düzenlemeye uyulup uyulmadığına açıklık getirmeyen tıbbi raporlara dayandırdıkları anlaşılmaktadır. Mahkemeler, bizzat, başvuranların bu yöndeki pek çok talebine karşın ve davanın çözüme kavuşması için en azından çok önemli ya da belirleyici olan ve dolayısıyla mahkemelerin kendine özgü ve kesin bir cevap vermesini gerektiren bir argümanın söz konusu olmasına rağmen, bu sorunu daha fazla ele almamışlardır. Her ne kadar yukarıda belirtilen sorunun incelenmesi halinde söz konusu davaların nasıl sonuçlanacağı ve sağlık ekibinin olası sorumluluğu hakkında yorum yapmak Mahkeme'nin görevi olmasa da, bu davaların, söz konusu sağlık personellerinin sorumluluğu altında bulunan hastaların yaşam hakkını korumak için öngörülen yasal ve düzenleyici çerçevenin yeterli düzeyde uygulanmasını sağlamak amacıyla somut olayda gerektiği gibi etkin şekilde yürütülmediği bir gerçektir. Zira bu davalar, söz konusu çerçeveye uyulup uyulmadığının incelenmesine ve olası bir uyulmama durumunun cezalandırılmasına olanak sağlamamıştır."

Taksirle yaralama suçunun fiil unsurunun icra değil, ihmali hareket şeklinde vuku bulduğu hallerde nedensellik bağı nasıl tespit edilecektir?⁶⁴ İfade edilmelidir ki günümüzde baskın görüş, hiçten hiç çıkacağından (*ex nihilo nihil fit*) bahisle bu hallerde nedensellik bağının bulunmayacağı yönünde değil, failin ihmali hareketi ile suçun tipik neticesi arasında normatif manada nedensellik bağı olacağı yönündedir⁶⁵. Bir başka deyişle ihmali hareket açısından yapılacak nedensellik bağı tespiti doğal bir fenomen olarak değil normatif bir husus olarak anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, bir hareketin ihmal edilmesinin yaralanma *tehlikesini arttırdığı* veya ihmal edilmemesinin yaralama *riskini azalttığı* şeklindeki soyut ve basit ihtimaller, somut olayda nedensellik bağının kurulmasına yetmeyecektir⁶⁶: İhmali hareket ile yaralanma neticesi arasında nedensellik bağının kurulabilmesi, ancak ihmali davranışın neticenin meydana gelmesi noktasında *kesine yakın* (kesinlik sınırında bir olasılık) şekilde etkili olduğunun ispat edilebilmesi halinde mümkün olacaktır⁶⁷.

Örneğin, belli bir hastalıktan mustarip kimselerin yalnızca çok ufak bir kısmında olumlu etki yapabildiği bilinen ilacı hastasına reçete etmeyi ihmal eden hekim örneğinde, ilacın kullanılması halinde dahi olumlu sonuç alınacağı kesine yakın olmayacağından hastanın zarar görmesi durumunda hekimin ihmali ile zarar neticesi arasında nedensellik bağının kurulmadığı söylenebilecektir⁶⁸. Yukarıda Yargıtay uygulamasında sıkça karşılaşıldığı aktarılan “*uygun tedavisi yapılması durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı*”⁶⁹ gibi ifadelerin ihmali hareket özelinde düşünüldüğünde bu düşünce doğrultusunda anlaşılması mümkündür.

⁶⁴ İhmali hareketin nedenselliği üzerindeki tartışmalar “ceza hukuku biliminin şimdiye kadar tartıştığı en akim meselesi” olarak ifade edilmekte ve bunların “sonuçsuz bir tartışma olduğu” belirtilmektedir. Bkz. Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 223 dn. 117.

⁶⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 233; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 402.

⁶⁶ Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 121.

⁶⁷ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, s. 121; Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 228, 230 dn. 151. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2014/9296, K. 2015/5790, T. 02/04/2015: “*sağın, kusma ve 10-15 kez ishal nedeniyle 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 olmadığı*”

⁶⁸ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 232.

⁶⁹ Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.

6. Objektif İsnadiyet

Fiil ile netice arasında varlığı tespit edilmiş nedensellik bağı, suçun maddi unsurlarının tamamının oluştuğunun kabulü için tek başına yeterli olmamakta; ayrıca somut neticenin faile yüklenip yüklenemeyeceğinin her bir somut olay bakımından normatif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁰. İşte netice ile fiil arasında doğa bilimlerine göre varlığı tespit edilen nedensellik bağının yanında aranacak bu normatif unsur, objektif isnadiyet olarak adlandırılır⁷¹.

Bu kapsamda savunmacı hekim davranışının; (1) yaralanma neticesi bakımından önemli bir risk ifade etmediği, (2) zaten vuku bulacak bir yaralanmanın ertelenmesi veya ciddiyetinin azaltılması anlamına geldiği, (3) izin verilen risk alanı içinde kaldığı, (4) somut olaydaki yaralanma neticesine sebebiyet vermiş risk alanını bizzat teşkil etmediği, (5) taksirle yaralama suçunun koruma alanına giren bir neticeye yol açmadığı ve (6) somut olayda hukuka uygun bir alternatif davranışın bulunduğu hususlarının kabul edildiği durumlarda objektif isnadiyetin varlığından söz edilemeyecektir⁷².

Hekimin savunmacı davranışları bu bağlamda düşünüldüğünde, özellikle komplikasyon bahsinin önem arz edeceği ifade edilebilir⁷³. Nitekim vücudun sadece

⁷⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 190 vd.

⁷¹ Ceza hukukunda objektif isnadiyet, belli bir neticenin failin ürünü olup olmadığı ve dış dünyada meydana getirilmiş değişikliğin failin eseri olarak nitelenip nitelenemeyeceği gibi soruları konu alan bir teoridir. Özellikle 20'nci yüzyıldaki gelişmelerin bir meyvesi olan ve Richard Hönl tarafından geliştirildiği belirtilen teori temeline şart teorisini almaktadır. Bkz. Richard Hönl, "Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair", Çev. Yavuz Abadan, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. II, 1936, s. 413-426; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, s. 120. Teorinin temellerini Kant, Aristo, Hegel ve Pufendorf'un düşüncelerinden aldığına dair bkz. Murat V. Dülger/Merve Bakdur/Onur Özkan, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. XV, No: 44, 2020, s. 751.

⁷² Sözüter, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 20 vd; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 446. Ayrıca bkz. Koca/İlhan Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 137 vd; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, s. 113 vd; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 331 vd; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 233 vd; Dülger/Bakdur/Özkan, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", s. 753; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, s. 120.

⁷³ Hastanın gözündeki kitlenin tüm müdahalelere rağmen küçülmemesi nedeniyle yapılan enjeksiyon sonucu oluşan komplikasyon nedeniyle hastanın görme yetisini yitirdiği olayda bilirkişinin somut olayda "öngörülemeyen bir komplikasyon" bulunduğunu tespit etmesi üzerine verilen beraat hükmü için bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2015/14829, K. 2016/1437, T. 08/02/2016. Benzer yönde bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2016/5581, K. 2018/1517, T. 14/02/2016; Yargıtay 12. CD., E. 2015/10711, K. 2016/8015, T. 05/05/2016

ufak bir parçasında dahi milyonlarca farklı biyolojik faaliyetin birbirine bağımlı olarak gerçekleştiği düşünüldüğünde, insanın günlük yaşamında fizikî veya psikolojik açıdan meydana gelen en ufak değişikliklerin bile insan bünyesinde büyük etkileri olabileceği ifade edilmektedir⁷⁴. Hekim savunmacı davranışa girişmiş olmakla beraber, bu durumun tıbbi gerekliliklere aykırılık olarak nitelenememesi fakat hastanın tıbbi müdahale sonunda komplikasyonlar kapsamında zarar görmesi durumlarında *izin verilen risk* kavramının gündeme gelmesi mümkün olabilecektir. Tekrara düşme pahasına hatırlatılmalıdır ki komplikasyon ile izin verilen risk kavramları birbirlerinden farklı terimlerdir. Nitekim hekimin savunmacı davranışı bağlamında izin verilen riskten bahsedilebilmesi için tıbbi kuralların ve standartların ihlal edilmemesi icap etmektedir. Tıbbi gerekliliklerin ihlal edilmesi ise yalnızca izin verilen risk alanından çıkılmasına değil, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline de işaret edecektir⁷⁵.

Bu noktada atfa değer bir karara konu olayda yedi yaşındaki küçüğe yapılan enjeksiyon, küçükte sinir hasarı oluşmasına neden olmuştur⁷⁶. Yerel mahkemede olaya ilişkin alınan bilirkişi raporunda;

“ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği”

şeklinde tespitler yapılması üzerine yerel mahkeme hekim hakkında beraat hükmü vermiş ve bu hüküm, Yargıtay 12’nci Ceza Dairesi’ndeki çoğunluk görüşçe hukuka uygun görülerek onanmıştır. Bununla beraber, karşı oy yazısı sahibi hâkim;

“katılanın beyanına göre iğne yapılır yapılmaz mağdurun yere yığıldığı, ancak iğnenin yapıldığı yerle ilgili olarak herhangi bir MR çekilmediği dikkate alındığında, enjekte edilen ilacın doku içinde yayılım hızı araştırılmadan ve MR çekilmeden ... “enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği” şeklindeki raporuna

⁷⁴ Bkz. Birinci bölümde yukarıda 125 numaralı dipnot ve ilgili metin.

⁷⁵ Dülger/Bakdur/Özkan, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, s. 753; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 758-759.

⁷⁶ Yargıtay 12. CD., E. 2015/7443, K. 2016/7748, T. 03/05/2016.

dayanılarak eksik incelemeyle verilen beraat kararının onanması yönündeki sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.”

şeklindeki gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır. Bu azınlık görüşü ile aynı yönde olarak hekimin savunmacı davranışının *lex artis* kıstasına aykırı hüviyette cereyan etmesi halinde, ortada bir komplikasyonun bulunduğu halde dahi, izin verilen risk nedeniyle objektif isnadiyetin ortadan kalktığı yönündeki argümanın savunulamaz olduğu pekâlâ ifade edilebilir.

Bu konuda bir başka Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) kararı, hekimin savunmacı kaçınma davranışları bakımından atfa değerdir⁷⁷. Yargılamaya konu olayda trafik kazasında yaralanarak eğitim ve araştırma hastanesine kaldırılan ve burada tedavi gören kişi, hayati tehlike bulunmadığı tespiti yapıldıktan ve 6-7 saat hastanede tutulduktan sonra taburcu edilmesine rağmen akciğer embolisi nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Yerel mahkemede taksirle öldürme suçu yönünden yapılan yargılamada, hekimin hastayı en az 24 saat müşahede etmesi gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmesi hususunun tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olduğu tespiti yapılsa da ölümün beden travması sonunda oluşan engellenemez ve öngörülemez nitelikteki akciğer embolisi nedeniyle ve komplikasyondan kaynaklandığı yönündeki ATK raporuna dayanılmış ve beraat hükmü verilmiştir. Söz konusu karar, somut olayda taksirle yaralama suçunun değil görevi ihmal suçunun tartışılması gerektiği gerekçesiyle bozulmuşsa da yerel mahkeme kararında direnmiş⁷⁸ ve mesele böylece CGK’nın önüne gelmiştir.

Oy çokluğu ile alınan CGK kararında, sanığın “öleni 24 saat gözlem altında tutması gerekmesine rağmen 6-7 saat müşahede ettikten sonra taburcu etmesinin” tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olduğu tespit edilmesine rağmen ölüm neticesine

⁷⁷ Yargıtay CGK., E. 2014/103, K. 2014/552, T. 09/12/2014; Ayrıca bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2019/4586, K. 2019/8136, T. 04/07/2019.

⁷⁸ Yargıtay CGK., E. 2014/103, K. 2014/552, T. 09/12/2014: “Adli Tıp Kurumu raporuna göre sanıkların kusuru sonucu müteveffa olmamış emboli sonucu ölmüştür. Hastanede müşahade altına alınmış olsa dahi aynı ölümün kaçınılmaz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle her ölüm olayından ölüye şu veya bu şekilde müdahale eden bir hekimi sorumlu kılmak meslek ve sanatın yapılmasını sekteye uğratar. Bu alanda çalışanların şevki kırılır, sonuç doğurucu ve hayata döndürücü girişimlere yönelmelerini engeller.” Yerel mahkemenin söz konusu gerekçesine paralel bir gerekçe, 1985 yılında Birleşik Krallıkta görülen bir dosyada da kurulmuştur. Bkz. House of Lords, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital and the Maudesley Hospital Health Authority and Others*, (1 All ER 643), T. 21/02/1985.

akciğer embolisinden ibaret komplikasyonun yol açtığı, dolayısıyla hekimin taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması imkânı yoksa da görevi ihmal suçunun tartışılması gerektiğine hükmedilmiştir. Buna karşın CGK başkanının ve bir kısım üyelerin azınlık görüşüne göre, yerel mahkemenin, hastanın tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olarak 6-7 saat değil, 24 saat gözlem altında tutulması halinde “*emboli gelişmesinin önüne geçilip geçilemeyeceği veya emboliden sonra derhal teşhis ve müdahale edilerek ölüme engel olunup olunamayacağı*” sorusunu çözmek amacıyla bilirkişi raporu almaması, bozma sebebi teşkil etmektedir. Öte yandan görevi ihmal suçunun ise hekimin bu yönde kastın bulunmaması nedeniyle tartışılma imkanı yoktur. CGK’daki azınlık görüşünün isabetli tespitleri, ihmali davranışlar bakımından nedensellik bağı değerlendirmesinin önemine işaret ettiği kadar; zararlı neticenin tıbben komplikasyon olarak nitelenebildiği hallerde dahi ceza hukuku sorumluluğunun gündeme gelebileceği yönündeki düşünceleri de desteklemektedir.

Doğrusu, başarısızlıkla neticelenen tıbbi müdahalenin mevzubahis olduğu hemen hemen hiçbir olayda cehalet, art niyet, tembellik veya hırs gibi mefhumlardan söz edilmesi mümkün olmamakta ve söz konusu netice, pek çok farklı taksirli davranışın beraberce rol oynadığı nedensel süreçlerin sonunda vuku bulabilmektedir⁷⁹. O halde, yaralanma neticesinin oluşmasında birden fazla hekimin veya hekim dışında kimselerin taksirli davranışlarının da nedensel olması durumunda cezai sorumluluk nasıl belirlenecektir? İlk belirtilmelidir ki bu gibi durumlarda *nedensellik bağının kesilmesi* veya *ortadan kalkması* söz konusu değildir⁸⁰. Birden fazla taksirli davranışın bir arada bulunduğu ve neticenin bu şekilde vuku bulduğu olaylarda; neticenin hekimin husule getirdiği (veya arttırdığı) risk alanından farklı risk alanlarında vuku bulup bulmadığı sorusuna verilecek cevaba göre hareket edilmelidir⁸¹. Öte yandan, gerçekleşeceğini hiç kimsenin öngörmesi objektif olarak mümkün olmayan tesadüfler

⁷⁹ Bu konuda İsviçre peyniri modeli (*Swiss cheese model*) adı ile bilinen hipoteze değinilmelidir. Buna göre, ceza hukukunun konusunu da teşkil eden bir neticenin husule gelmesi sürecinde pek çok icrai veya ihmali insan davranışı rol oynamakta ve bu durum sağlık hizmetlerinin sunulmasında da önem arz etmektedir. Bkz. Patricia Hinton-Walker *et al.*, "The Intersection of Patient Safety and Nursing Research", *Annual Review of Nursing Research*, C. XXIV, No: 1, 2006, s. 3-15.

⁸⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 281. Aksi yönde beyan edilen düşünceler için bkz: Gökcan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, s. 687; Nebahat Kayaer, "Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2012, s. 118.

⁸¹ Dülger/Bakdur/Özkan, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", s. 766-775.

sonucu vücut bulmuş *atipik* bir netice, savunmacı davranış sergilemiş hekime objektif olarak isnat edilemeyecektir. Bir sonraki başlıkta da değinildiği üzere söz konusu öngörülebilirlik, aynı zamanda taksirin varlığı için de aranan bir koşuldur. Gerçekten de hiç kimse tarafından öngörülemeyecek netice, ancak bir kaza veya tesadüf olarak adlandırılabilir⁸².

Savunmacı hekim davranışı açısından gündeme gelecek bir diğer mesele, yaralama neticesi bakımından hasta davranışının rol oynadığı durumlardır. Hastasının veya hasta yakınlarının fiziki veya psikolojik baskısı altında kalarak endikasyon dışı olmasına rağmen gereksiz bir tıbbi müdahaleye girişen ve bunun sonucunda hastayı yaralayan hekim örneğinde zararlı netice hekime isnat edilebilecek midir? Kanımızca bu gibi örneklerde kişisel sorumluluk ilkesi (*Prinzip der gleichrangigen Eigenverantwortlichkeit*)⁸³ uygulama alanı bulamayacak ve hastanın yaralanma neticesini oluşturan riski en azından hekim kadar arttırdığı kabul edilemeyecektir. Zira yaralanma riskinin boyutlarının somut olguda ne olduğu bakımından hekim uhdesindeki bilgi ile hastanın bu açıdan farkındalığı arasında ciddi bir asimetri vardır. Bu bağlamda hekim, yaralanma neticesi bakımından risksiz bir tıbbi müdahalenin varlığına rağmen yüksek riskli başka bir müdahaleyi, salt hastasının kendisine ilerde dava açabileceği endişesi nedeniyle icra ederse ve bu hal tıbbi gerekliliklere aykırılık teşkil ediyorsa, zararlı netice bakımından hekimin oluşturduğu veya arttırdığı risk hastaya göre çok daha fazla alacak ve netice hekime objektif olarak isnat edilebilecektir. Dolayısıyla ve kanımızca hastadan gelebilecek hukuki, fiziki veya mesleki tehditler nedeniyle icra edilmiş ve tıbbi gerekliliklere aykırı tıbbi müdahaleler sonucu meydana gelen yaralanma neticesi bakımından hastanın riske olan katkısı, neticenin hekime objektif olarak isnat edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Nitekim taksirin taksirle takası da mümkün değildir; herkes yine kendi taksirinden ve kusuru dolayısıyla sorumlu olmaya devam edecektir⁸⁴.

⁸² Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 139; Fatih Selami Mahmutoğlu, “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Editör: Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoglu/Adem Sözüer/Faruk Turhan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 398.

⁸³ Roxin'den aktaran: Dülger/Bakdur/Özkan, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, s. 768.

⁸⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282.

Tıp mesleği, basit cerrahi operasyonlardan kapsamlı ameliyatlara, poliklinik muayenelerinden acil tıbbi müdahalelere kadar ekip halinde yürütülmek zorunda olan pek çok farklı faaliyeti kapsamaktadır. Ameliyatlar, aralarında hemşirelerin, teknisyenlerin ve anestezi uzmanlarının da olduğu pek çok farklı sağlık mesleği mensubunun ekip halinde sarf ettiği çabalarla icra edilmektedir. Söz gelimi, ilaç reçete edecek bir dahiliye alanı uzmanının, hastasının antibiyotik kullanmasında sakınca olup olmadığı hakkında enfeksiyon hastalıkları uzmanından konsültasyon istemesi gerekebilmektedir. En nihayetinde tıbbi müdahaleler, çoğu zaman, pek çok farklı sağlık mesleği mensubunun ortaklaşa yürüttüğü bir organizasyon kapsamında icra edilmektedir⁸⁵. Dolayısıyla bu başlık altında son olarak değinilmesi gereken mesele, hukuka uygun davranan kimsenin, ilişki içinde olduğu diğer kimselerin de hukuka uygun davranacağı kabulü ile hareket edebileceği anlamına gelen güven ilkesidir⁸⁶.

Güven ilkesi gereği, kendisi tıbbi kurallara ve standartlara uygun davranan hekim, kural olarak beraber çalıştığı diğer sağlık mesleği mensuplarının da aynı şekilde davranacağına güvenerek hareket edebilir. Bu ilke, yaralanma neticesinin meydana geldiği bir olayda uygulanacağı zaman; müdahaleyi icra kişiler arasındaki iletişime, meri mevzuata, somut olaydaki müdahale bakımından mutlak uygulamanın ne olduğuna ve ilgili uzmanlık alanında rutin olarak uygulanagelen işlemlerin ne olduğu gibi değişkenlere göre sağlık mesleği mensuplarının yetki alanları belirlenmektedir⁸⁷. İşte bu noktada “yatay iş birliği” ve “dikey iş birliği” kavramları ile karşılaşılmaktadır⁸⁸.

Tıp mesleği bağlamında yatay iş birliği, hekimler veya sağlık mesleği mensupları arasında alt-üst ilişkisinin veya talimat verme pozisyonunun bulunmadığı

⁸⁵ Bkz. Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m. 13: “*Servis hizmetleri uzman, uzmanlık eğitimi görenler, hemşire ile eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, psikolog gibi branşla ilgili diğer meslek mensupları tarafından birlikte yürütülen bir ekip çalışması olup, hastaya en iyi koşullarda, güvenilir araçlarla isabetli teşhisi koyarak, bakımının ve en kısa zamanda tedavisinin sağlanmasını, eğitim hastanelerinde ayrıca servis içi hasta başı eğitimlerini de gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu ekibe kimlerin dâhil edileceği dalın özelliğine göre ilgili şef veya uzmanın teklifi, baştabibin tasvibiyle saptanır.*”

⁸⁶ Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 92; Dülger/Bakdur/Özkan, “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, s. 779.

⁸⁷ Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, s. 126, 127.

⁸⁸ Ali Kemal Yıldız, “Tıp Hukukunda Güven İlkesi”, **VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 260.

ekip çalışmasını ifade etmektedir. Örneğin, her biri kendi alanında uzman hekimlerce yürütülen tıbbi müdahaleler veya bir uzmanın diğerinden konsültasyon istemesi gibi faaliyetler yatay iş birliği kapsamında kalmaktadır. Buna karşın dikey iş birliği söz konusu olduğunda, ilgili sağlık mesleği mensupları arasında alt-üst ilişkisi mevcuttur ve içlerinden birinin diğerine talimat vermesi mevzubahistir. Bu noktada uzman hekim ile bu hekim altında çalışan uzmanlık öğrencisi asistan hekim akla gelebilir⁸⁹.

Hekim, dikey iş birliğinin söz konusu olduğu hallerde talimat verdiği sağlık mesleği mensubunu seçmek ve denetlemek zorunda olup tıbbi gerekliliklere aykırı davranışlar tespit etmesi halinde ise gerekli uyarılarda ve itirazlarda bulunup aykırılığın düzeltilmesi yönünde çaba göstermek durumundadır⁹⁰. Yatay iş birliği çerçevesinde icra edilen tıbbi müdahalelerde kural olarak hekimlerin birbirini denetleme ve kontrol etme yükümlülüğü bulunmasa da hasta dosyasında çelişki tespit edilmesi veya yanlış teşhis konmuş olabileceğinin değerlendirilmesi gibi durumlarda ilgili tıbbi müdahalelerin yenilenmesi icap edecektir⁹¹.

TCK'nın 22'nci maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca taksirli bir suç birden fazla kişi tarafından işlenebilmekte ve bu halde her fail, kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Hal böyleyken, taksirli suçlara iştirak da mümkün olmadığından, yaralanma neticesine taksirli davranışı ile neden olan ve bu netice kendisine objektif olarak isnat edilebilen her hekimin ya da sağlık mesleği mensubunun, incelemeye konu suç nedeniyle ayrı ayrı kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulması icap edecektir.

⁸⁹ Yakup Korkmaz, "Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 140, 2019, s. 244-247. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2019/10051, K. 2021/5532, T. 06/07/2021: "*Stajyer öğrencilerin, hastalara tedavi uygulamaları sırasında hemşirelerin gözetiminde ve birlikte uygulama yapılması gerektiği, ilaçların hazırlanması sırasında bir hastanın tüm ilaçlarının üzerine tek etiket değil, ayrı etiketlerin yapıştırılarak, hasta adı, oda ve yatak no, uygulama yolu ile ilacın adını yazılması ve öğrencilerin bu hususta bilgilendirilmesi gerektiği*".

⁹⁰ Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 101. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2020/1236, K. 2020/6759, T. 07/12/2020: "*kişinin operasyon bölgesinde gazlı bez unutulması olayında gazlı bez sayımını düzgün yapmayan ameliyat hemşiresinin uygulamalarının tıp kurallarına uygun olmadığı, Kadın Doğum Uzmanı Op. Dr. ...'ın ise ameliyat sahasını kapatmadan önce yeterli kontrolü yapmamasının eksik eylem olarak nitelendirildiği*".

⁹¹ Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 102.

B. Manevi Unsur

1. Taksir

Fail ile gerçekleştirdiği fiil arasındaki manevi bağ, tipikliğin sübjektif unsurunu oluşturmakta ve manevi unsur olarak adlandırılmaktadır. Taksirle yaralama suçunun manevi unsuru, TCK'nın 22'nci maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkralarında tanımlandığı üzere taksir veya bilinçli taksirdir⁹². Taksirli suçun faili, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması dolayısıyla suçun *tipik unsurlarının* vücuda geleceğini öngörememekte ve yaralama neticesini bu surette meydana getirmektedir⁹³.

Hekimin savunmacı davranışı ile taksirle yaralama suçunun manevi unsurunun⁹⁴ oluştuğundan söz edilebilmesi için (1) somut olayın koşullarında suçun tipikliğinin meydana gelebileceğinin objektif olarak öngörülebilir olması, (2) hekimin savunmacı davranışıyla objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ve (3) bu sebeple tipikliği vücuda getirdiğini kişisel olarak öngörmemesi gerekmektedir. Aşağıda izah edildiği üzere tipikliğin oluşacağının öngörülmesi halinde ise bilinçli taksir gündeme gelmektedir. Zikredilen şartların ilki olan öngörülebilirlik ise taksir

⁹² (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

⁹³ TBMM, **Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, s. 424-428: "Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanunî tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır. Fakat bu öngörmemenin, "gerekli dikkat ve özen" yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla ortaya çıkması gerekir. Çünkü, gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceği öngörülmemiştir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. 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."

⁹⁴ İfade edilmelidir ki taksir mefhumunun ceza hukuku bakımından ifade ettiği mana üzerinde hala pek çok tartışma yürütülmekle beraber Türk ceza hukuku öğretisinde hâkim görüşe göre taksir suçun manevi unsurunu teşkil etmektedir. Bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 186, 196-107.

kavramının adeta kilit taşıdır. Nitekim *hiç kimsenin* öngöremeyeceği bir neticeden ötürü ancak *hiç kimse* kınanabilir.

Hekimin savunmacı davranışı nedeniyle ve taksirle yaralama suçundan ötürü cezalandırılmasının dayanağı, tıbbi müdahalenin başarısızlıkla neticelenmesi değil, hekimin hukuk düzeninde meri bir yasak normunu, yani, güncel tıbbi kuralların ve standartların ışığında belirlenecek objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranma yasağını ihlal etmesidir. Eldeki çalışma çerçevesinde taksirle yaralama suçunun manevi unsuru bakımından yapılacak tartışmalar da hekimin somut olayda tıbbi gerekliliklere uygun davranıp davranmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu tespit ise *olay anında mevcut* tıbbi kurallara ve standartlara aykırı bir davranışının bulunup bulunmamasına bağlı olarak yapılacaktır⁹⁵.

Taksirin varlığı araştırılırken ilk olarak tipikliğin meydana gelebileceği noktasında *öngörülebilirlik*, ikinci olarak hukuk düzeninin somut olayda hekimden göstermesini beklediği dikkat ve özen yükümlülüğünün gerekleri, üçüncü olarak hekimin bu gerekliliğe uygun davranıp davranmadığı ve son olarak da hekimin yaralama neticesinin meydana geleceğini öngörüp öngörmediği hususları normatif bir ölçme ve karşılaştırma faaliyetiyle denetlenecektir.

Olay anının koşullarında yapılacak bu değerlendirmede, somut olaydaki tıbbi müdahaleyi icra/ihmal eden hekim ile *aynı uzmanlık alanındaki hukuk düzenine saygılı, ağır başlı, akli başında, anlayışlı ve özenli bir hekimin*, söz konusu davranış nedeniyle yaralama neticesinin meydana gelebileceği yönünde bir risk öngörebileceği kabul edildiği takdirde, objektif öngörülebilirlik koşulunun sağlandığı kabul edilecektir⁹⁶. Hiç tereddütsüz, somut olaydaki hekimin, mevzubahis tıbbi müdahale

⁹⁵ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 195. Gerçekten de bilimsel yöntemin kullanıldığı diğer tüm alanlar gibi tıp mesleğinde de zaman ilerledikçe ve yeni teknolojik usuller bulundukça kural ve standartlar değişerek gelişmektedir. Bu açıdan ağır başlı, akli başında ve sorumluluk sahibi hekimlerin, 20'nci yüzyılın başında uygulanagelen tedavi yöntemlerinin günümüzde ne kadar ilkel görüldüğünün bilincinde olmaları ve güncel tıbbi literatürü düzenli şekilde takip etmelerinin bekleneceği ifade edilebilir.

⁹⁶ Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 194; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 441; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, s. 75. Ayrıca bkz: Yargıtay CGK., E. 2017/12-271, K. 2017/278, T. 16/05/2017. Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatigi**, s. 75, 89-90. Yazar aynı mesleğin erbabı olan kişiler açısından farklı özellikte model kişilerin belirlenebileceğini vurgulamakta ve önemli cerrahi müdahaleler açısından seçilecek model kişinin pratisyen hekim olmayacağını ifade etmektedir. Yargıtay 12. CD., E. 2015/10554, K. 2016/10323, T. 16/06/2016: “*bu durum yüksek riskli bir durum olup takibinin bir ekip tarafından yapılması ve ayrıca adı geçen hastanın*

açısından sahip olduğu özel bilgi ve tecrübeler de bu değerlendirmede hesaba katılacaktır⁹⁷.

Arz edildiği üzere hekimin savunmacı davranışı ile icra veya ihmal ettiği tıbbi müdahalenin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun kabul edilebilmesi için, somut olayda tıbbi gerekliliklere riayet edilmiş olması gerekmektedir. Bu hususun tespiti bakımından başvurulacak ilk normatif kaynaklar, Türk tıp hukuku mevzuatının temel normları kadar uluslararası hukuk normlarını da kapsamaktadır⁹⁸. Gerçekten de hekimlerin mesleklerini icra ederken uymakla yükümlü olduğu temel kuralları tespit eden ve başta Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi veya Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi olmak üzere uluslararası nitelikte pek çok belge bulunmaktadır. Örneğin, Biyotıp Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesine göre hekimlerin meslekî yükümlülükler ve standartlar dışına çıkmaması icap etmektedir.

Ulusal hukuk bağlamındaki değerlendirmelerde başvurulması gereken pek çok temel norm arasında Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi, Hasta Hakları Yönetmeliği,

o çünkü nöbetçi ekip tarafından sürekli monitorize edilmesinin gerektiği, bu imkan yoksa 15-20 dakikada bir kontraksiyon sonrasında ÇKS (çocuk kalp sesi) nin düzenli olarak dinlenmesi ve not edilmesinin gerektiği, hemşire gözlem formunda mevcut verilere göre 10:15' de ÇKS: (+) iken 11:15' de ÇKS:(-) olarak izlendiği, bu süreçte ÇKS takibine dair herhangi bir kayıt bulunmadığı, ÇKS de bozulma olduğunda hastanın sezaryene alınmasının gerektiği, bu durumla ilgili herhangi bir bilgi ve belgenin dosyada mevcut olmadığı, hastanın takibinin ebe, hemşire ve doktorun içinde bulunduğu bir ekip tarafından sık aralıklarla yapılmasının gerektiği, bu takip düzenli yapılmadığından öncesinde çocuk kalp sesleri alınmasına rağmen sıkıntıya girmesi halinde doğumun doğal yolla ya da sezeryan ile yapılmasıyla ilgili doktorun karar vermediği, böyle bir durumun önüne geçmek için doktorun hasta ile ilgilenen personeli yönlendirmesi, takipleri konusunda gereken telkinlerde bulunması ve hastasının her durumundan bilgisinin olması gerekirken bu hususlarda yetersiz kaldığı, dolayısıyla Dr. ...'nun kendi branşı için ortalama bir hekimin göstermesi gereken özen ve dikkati göstermediği..." Ayrıca bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2015/10554, K. 2016/10323, T. 16/06/2016.

⁹⁷ Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 70. Öngörülebilirliğin tespitinde subjektif esastan hareket edilmesi gerektiği düşüncesini paylaşan yazarlara göre, seçilecek olan model ajan fail ile aynı sosyal statüde herhangi bir kimse değil; "*failin bütün kişisel niteliklerini üzerinde toplamış kişi*" olmalıdır. Bkz. İçel, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, s. 109 ve 142; aynı yönde Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 1214; Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 652; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 221; Kayaer, "Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu", s. 288.

⁹⁸ Söz gelimi, özellikle çalışmamız bağlamında anlam ifade eden bir AİHM kararında, hekimlerin mesleklerini icra ederken hastalarının en yüksek yararı ne gerektiriyorsa o yönde hareket etmek zorunda olduğuna dikkat çekilmektedir. Ame.İHM de bir kararında toplumun hekimlerden yüksek beklentilerinin bulunduğuna, hem bireylerin hem de toplumun temel değerlerinin korunması bakımından hekimlere görev düştüğüne, bu bakımdan hekimlerin *uluslararası belgelerle* de tespit edilen etik ve hukuki nitelikte özel yükümlülüklerinin bulunduğuna hükmetmiştir. Bkz. *Arskaya/Ukraine*, § 69; Ame.İHM, *Albán-Cornejo et al./Ecuador*, No. 171, T. 22/11/2007, § 133.

Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Tababet Uzmanlık Tüzüğü, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun gibi farklı hukuki düzenlemeler yer almaktadır. Söz gelimi Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine göre hekimin ilk görevi insanın sağlığına, hayatına ve kişiliğine ihtimam göstermek ile hürmet etmektir. Bu açıdan hekimler, icra edecekleri tıbbi müdahalelerde azami dikkat ve ihtimam göstermek yükümlülüğü altındadır.

Kanımızca hekimin savunmacı davranışları bağlamında tıbbi gereklilikler bahsinde gündeme gelen en önemli problemler, hekimin; acil tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan kimselere müdahalede bulunmayı kaçınma davranışı ile ihmal ettiği, güvence davranışı ile tıbbi gerekliliklere aykırı olmasına rağmen hastaya zarar verebilecek gereksiz tıbbi müdahalelere girişerek “önce zarar verme!” (*primum non nocere*) kuralını ihlal ettiği ve uygulanması mevzubahis tıbbi müdahale hakkında gerekli bilgilendirmeyi yapmayarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal ettiği olaylarda gündeme gelebilecektir.

Arz edildiği üzere savunmacı davranışlarının esas sebebi, hekimin hastasından kendisine gelebilecek muhtemel tehlikelerden korunma isteğidir. Mesele bu yönüyle mütalaa edildiğinde, savunmacı davranışların, özellikle hekimin hastası ile kuracağı iletişim noktasında sorunlara yol açtığı ifade edilebilir. Bu bağlamda hasta ile doğrudan iletişime girmekten kaçınan hekimin gereği gibi anamnez alamayacağı, hastayı görmeksizin tanı koyacağı veya icra edilecek tıbbi müdahale açısından hastasını gereği gibi bilgilendiremeyeceği düşünülebilir. Bu gibi hallerde, hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davrandığının ifade edilmesi mümkün olmayacaktır. Bir diğer deyişle, hukuki veya fiziki boyutta hastasından kendisine gelebilecek tehlikelerden çekinen hekimin, hastası ile fiziki temas kurmak istememesi nedeniyle hastasına fiziki muayene yapmaksızın ve onunla doğrudan iletişime geçmeksizin bir tıbbi müdahalede bulunması; bu çerçevede hastayı tıbbi kurallara ve

standartlara aykırı şekilde sevk etmesi ya da etmemesi nedeniyle tıbbi müdahaleyi geciktirmesi; hasta veya hasta yakınlarının maddi veya manevi baskısı (*vis compulsiva*) nedeniyle endikasyon ile tıbbi kurallara ve standartlara aykırı tedavi yöntemi izlemesi ya da ölçüsüzce davranması gibi hallerde de taksirle yaralama suçunun manevi unsurunun vücuda gelmesi mümkün olabilecektir⁹⁹.

Yargıtay'ın değişik kararlarında tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olduğu tespit edilen haller arasında; tam olarak iyileşmediği görülen hastanın taburcu edilmesi¹⁰⁰, acilde yer olmaması gerekçe gösterilerek hastanın kabul edilmemesi¹⁰¹, semptomların sağ tarafta inmemiş testise işaret etmesine rağmen müdahalenin sehven sağlıklı olan sol testise yapılması¹⁰², hastaya verilen antibiyotik dozunun yetersizliği¹⁰³, astım hastalığından mustarip olduğu bilinen mağdura astım krizini tetikleyebilecek nitelikte ağrı kesici verilmesi¹⁰⁴, hastanın geçmişte geçirdiği operasyonlar nedeniyle hâlihazırda hasta bakımından risk ifade ettiği bilinen bir müdahalenin daha az riskli alternatifler de bulunmasına rağmen icra edilmesi¹⁰⁵, anamnezin ayrıntılı şekilde alınmaması¹⁰⁶, seçilen anestezi yönteminin somut olaydaki müdahale bakımından uygun olmaması¹⁰⁷, gelişen komplikasyonun zamanında tespit

⁹⁹ Belirtilmelidir ki örnekleri verilen bu haller, öğretide de hatalı tıbbi müdahale örnekleri arasında da sayılmaktadır. Bkz. Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, s. 33 ve 35. Hatalı tıbbi müdahale kavramının, hekimin şahsi cezai sorumluluğunun bulunduğu durumları tek başına ifade edemeyecek denli geniş çapta bir mefhum olduğuna önceki bölümlerde değinilmişti. Fakat öğretide hatalı tıbbi müdahale türleri olarak sınıflandırılan bu ve benzeri olgularda müdavi hekimin tıbbi kurallara ve standartlara aykırı davrandığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 917-1048. Hakeri, hatalı tıbbi müdahaleleri teşhis hatası, tedavi hatası, komplikasyon yönetimi, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru, üstlenme kusuru ve hemşirelerin yaptığı hatalar olarak sıralamaktadır. Yazara göre teşhis hataları arasında öne çıkan haller eksik muayene; yetersiz anamnez alma ve eksik tahlil yapma iken tedavi hataları açısından ise müdahalenin yapılmaması; hasta vücudunda madde unutulması; yanlış tedavi yöntemi; gerekli test, tetkik veya tahlil yapılmaması; ilaç tedavisindeki hatalar; hasta karıştırma ve yanlış taraf cerrahisi; ölçüsüz müdahale; komplikasyon yönetimindeki sorunlar ve fark edememe; hatalı teknik; teknik alet kullanımında hata; sevk yapılmaması; konsültasyon alınmaması ve uzman hekime danışılmaması; enfeksiyon açısından hijyen kurallarına uyulmaması; üçüncü kişileri uyarmama; önceki kayıtları, testleri ve tahlilleri incelemeden müdahale; müşahade altında tutmama ve başarısız kısırlaştırma şeklindeki olgulardır.

¹⁰⁰ Yargıtay 12. CD., E. 2015/9740, K. 2016/8619, T. 23/05/2015.

¹⁰¹ Yargıtay 12. CD., E. 2014/17016, K. 2016/9501, T. 02/06/2015.

¹⁰² Yargıtay 12. CD., E. 2019/4649, K. 2019/12106, T. 23/12/2019.

¹⁰³ Yargıtay 12. CD., E. 2014/10391, K. 2015/9571, T. 02/06/2015.

¹⁰⁴ Yargıtay 12. CD., E. 2014/20518, K. 2015/9235, T. 28/05/2015.

¹⁰⁵ Yargıtay 12. CD., E. 2014/11303, K. 2015/5312, T. 27/03/2015.

¹⁰⁶ Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.

¹⁰⁷ Yargıtay 12. CD., E. 2015/9754, K. 2016/5912, T. 07/04/2016.

edilememesi¹⁰⁸, tıbbi kurallara ve standartlara göre alınması icap eden konsültasyonun alınmaması¹⁰⁹ ve üst derece sağlık kuruluşuna sevk edilmesi gerektiği bilinen hastanın sadece takip altında tutulması¹¹⁰ gibi örnekler bulunmaktadır. Benzer şekilde, hekimin, solunum borusuna tablet sıkışmış bebeği baş aşağı tutarak solunum masajı ve suni solunum uygulaması; uzman hekime ihtiyaç duyulmasına rağmen uzman hekim olmadan tıbbi müdahaleye girişilmesi; travmalı hastanın yeterli süre gözlem altında tutulmadan taburcu edilmesi; hasta fiziken görülmeden teşhis ve tedavi uygulanması ve teşhise yönelik tetkik yapılmadan reçete yazılması gibi olaylara ilişkin alınmış bilirkişi raporlarında objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık tespit edildiği aktarılmaktadır¹¹¹.

Uygulamada, tıbbi gereklilikler değerlendirmesinde sıklıkla ATK raporları ile beraber uzman görüşlerine dayanıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda bir Yargıtay kararında, yerel mahkemenin sanık hekim aleyhinde de bir bilirkişi raporu bulunmasına rağmen yalnızca hekimin lehindeki ATK raporuna dayanarak verdiği beraat hükmü, çelişkilerin giderilememesi nedeniyle bozulmuştur¹¹². ATK raporuna muhalif olan ve uzman hekimlerden müteşekkil bu bilirkişi heyetinin raporunda; gebe kadına suni sancı uygulanmasının yüksek risk ifade ettiği ve tıbbi kurallar ile standartlara göre bu kadının ebe, hemşire ve hekimden müteşekkil ekip tarafından sıkça takip edilmesi gerekirken bu gereğin yerine getirilmediği hususu tespit edilmiştir.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün tıbbi müdahaleler bağlamında bilirkişi raporları vasıtasıyla tespit edilmesi meselesinde, Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında oy çokluğu ile kabul edilebilir olmadığına hükmettiği bir başvurudaki karşı oy yazısı dikkat çekicidir¹¹³. Söz konusu başvuruya konu olayda, başvuruçuların şikâyet ve bildirimlerine temel teşkil eden iddiaları arasında tıbbi müdahalenin mahiyetinin olduğundan daha basit ve risksiz olduğu hususunda yapılan telkinlerle

¹⁰⁸ Yargıtay 12. CD., E. 2016/1134, K. 2016/4487, T. 18/03/2016.

¹⁰⁹ Yargıtay 12. CD., E. 2014/21442, K. 2015/12522, T. 02/09/2015.

¹¹⁰ Yargıtay 12. CD., E. 2015/4095, K. 2016/3322, T. 01/03/2016.

¹¹¹ Ahmet Toker, "Yargı Kararlarında Hekimlerin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu", **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 307-318.

¹¹² Yargıtay 12. CD., E. 2015/10554, K. 2016/10323, T. 16/06/2016. Ayrıca bkz. AYM, *Adem Aydın ve Zübeyda Aydın*, B. 2018/1156, T. 18/05/2021.

¹¹³ AYM, *Nafia Sevin Ergün Sefada ve Diğerleri* [Genel Kurul], B. 2014/14844, T. 01/12/2016.

ameliyata ikna edildikleri, ameliyatın genel anestezi altında yapılacağı noktasında bilgilendirilmelerine rağmen kendilerinden bu konuda rıza alınmadan *spinal* anestezi yönteminin uygulandığı, müteveffanın *spinal* anestezi yönteminin uygulanması sebebiyle fenalaşarak yoğun bakıma alındığı, yoğun bakım servisindeki müteveffaya tıbbi kurallara ve standartlara aykırı dozda morfin verildiği ve tıbbi uygulama hatası niteliğindeki hususları ispatlayıcı nitelikteki evrakın belgede sahtecilik suçu işlenmek suretiyle bozulduğu iddiaları bulunmaktadır. Buna karşın ilgili Cumhuriyet savcılığı, şüpheli sağlık mesleği mensupları aleyhindeki tanık delili ve üniversitelerden alınmış uzman mütalaaları karşısında, şüpheliler lehindeki bilirkişi raporuna itimat ederek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir.

Söz konusu olayda Anayasa Mahkememiz’in çoğunluk görüşü, “ölümün tıbbi hatayı aşan veya kasıtlı bir tutumdan kaynaklandığını gösteren herhangi bir bulgu olmadığı gibi olayın meydana geldiği koşulların da bu bağlamda herhangi bir şüphe uyandırmadığı” tespitini yapsa da kararın karşı oy yazısında; kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen karara dayanak teşkil eden ATK raporunu tanzim etmiş heyette olaya ilişkin uzmanlığı olan kardiyolog ve nörolog bulunmadığı, uygulamada sırf resmi statüsü olduğu için ATK’nin tanzim ettiği raporlara “anormal” şekilde üstünlük tanınageldiği ve bu durumun “keyfilik ve tesadüflere göre sonuç alınması” manası taşıdığı vurgulanmıştır¹¹⁴.

Ceza hâkiminin, tıbbi kurallar ve standartlar ışığındaki değerlendirmesinde somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığına kanaat getirmesi halinde yapacağı son değerlendirme, hekimin yaralanma neticesini öngörüp öngörmediği noktasında olacaktır. Bu kapsamda hekimin yaralanma neticesini öngörmemesi halinde taksir gündeme gelecek iken, hekimin savunmacı davranışı nedeniyle hastasının yaralanabileceğini *öngörmesine rağmen* tıbbi kurallara ve standartlara aykırı nitelikte savunmacı güvence davranışı icra etmesi veya harekete geçme yükümlülüğünü ihlal ederek kaçınma davranışı sergilemesi durumunda bilinçli

¹¹⁴ Nafia Sevin Ergün Sefada ve Diğerleri, Hâkim Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı oy yazısı. Eski AİHM hâkimi Paulo Pinto de Albuquerque’nin benzer yöndeki karşı oy yazısı için bkz. İkinci bölümde yukarıda 178 numaralı dipnot ve ilgili metin.

taksir veya olası kast kavramları gündeme gelecektir¹¹⁵. Dikkat buyrulacağı üzere her iki durumda da zararlı neticenin öngörülmesi söz konusu olmasına karşın söz konusu kavramlar mahiyetleri itibariyle birbirlerinden oldukça farklı anlamlara karşılık gelmektedir. Bununla beraber olası kast ve bilinçli taksir ayırımına değinilmesinde isabet bulunmaktadır; zira ceza hukuku mevzuatımıza sırasıyla 2003 ve 2005 yıllarında giren bu kavramların hekimler nezdinde tedirginliğe yol açtığı aktarılmaktadır¹¹⁶.

2. Bilinçli Taksir ve Olası Kast Ayırımına Dair

Arz olunduğu üzere taksir ve kast kavramları, mahiyetleri itibariyle birbirlerinden farklı iki ayrı ceza hukuku terimidir. Bu bakımdan somut olayda mağdurun gördüğü zararın boyutu veya failin kusurunun miktarı açısından daha önemsiz olaylarda bilinçli taksirin, daha ciddi meselelerde ise olası kastın gündeme geleceği ve bu iki kavram arasında adeta bir sıra düzeni olduğu yanlışlığının hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Bilinçli taksir, TCK'nın 22'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ortaya konduğu üzere *kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi* durumlarında gündeme gelmektedir. Bir diğer deyişle, bilinçli taksirin bulunduğu olaylarda fail zararlı neticenin meydana gelme riski olduğunu öngörmekle beraber, bu neticenin meydana gelmeyeceğine güvenerek hareket etmektedir.

İzah edilmeye gayret edildiği üzere tıp mesleği, önceden ve kesin şekilde tahmin edilmesi mümkün olmayan neticelere yol açma olasılığı taşıdığı zaten bilinen tıbbi müdahalelerin icra edildiği faaliyetleri kapsamaktadır. Hekimler, gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerin ne gibi sonuçlara yol açabileceği noktasında tıbbi kurallar ve standartlar dairesinde tahminler yürütmekte ve müdahalelerini bu tahminler ışığında icra etmektedir. Söz konusu tahminler arasında, hastaların tamamıyla şifa bularak sıhhatlendikleri neticeler kadar, önceden *öngörülebilir* olmakla

¹¹⁵ Bilinçli taksir ve olası kast arasındaki ayırma benzer mahiyette olan *recklessness* ve *negligence* mefhumları arasındaki farka ilişkin ABD hukuk öğretisinde sürdürülen tartışma hakkında bkz. James B. Brady, "Conscious Negligence", **American Philosophical Quarterly**, C. XXXIII, No: 3, 1996, s. 325.

¹¹⁶ Gürçan Altun/Abdullah Coşkun Yorulmaz, "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis", **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, C. XXVII, No: 1, s. 7-12.

beraber meydana çıkması kesin olarak engellenemeyen başarısız sonuçlar ve komplikasyonlar da vardır. Dolayısıyla başarıyla neticelenmeyerek hastanın yaralanmasına neden olmuş tıbbi müdahalelerin birçoğunda, hekimlerin *öngördükleri neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi* şartının sağlanacağı düşünülebilir.

Başarısızlıkla neticelenerek hastanın yaralanmasına neden olmuş her tıbbi müdahale bakımından hekimin bilinçli taksirle yaralama suçundan mı sorumlu tutulması gerekecektir? Hekimin taksirden ötürü cezai sorumluluğunun kaynağı, girişilen tıbbi müdahalenin başarısız olması veya zaten kimse tarafından engellenmesi imkânı bulunmayan risklerin husule gelmesi değil; bir *yasak* normunun (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranma!) ihlal edilmesidir. Dolayısıyla tıbbi kurallara ve standartlara uygun şekilde davranan ve objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmeyen hekime yaralama neticesinin isnat edilememesi veya taksirinin oluşmaması nedeniyle ceza sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bilinçli taksirin, ancak objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün tıbbi kurallara ve standartlara aykırı davranış nedeniyle ihlal edilmesi nedeniyle vuku bulmuş yaralanma neticesinin hekime objektif olarak isnat edilebildiği hallerde tartışılabileceği unutulmamalıdır.

Öte yandan olası kast ise TCK'nın 21'inci maddenin ikinci fıkrasına göre, failin *suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi* hallerinde gündeme gelmektedir. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere olası kastın bulunduğu olaylarda fail suç unsurlarının husule gelmesini kabullenmektedir. Olası kast mefhumunun savunmacı hekim davranışları bağlamında ifade ettiği anlam nedir? Kanımızca, özellikle savunmacı kaçınma davranışları bağlamında olası kastla yaralama suçunun gündeme gelme ihtimalinin yadsınmaması gerekmektedir. Söz gelimi, acil tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan hastaya garantörlük sıfatı gereği tıbbi müdahalede bulunması icap eden hekimin, bu hastanın kendisine dava açabileceğinden veya hasta yakınlarından şiddet görebileceğinden çekinerek tıbbi kuralların ve standartların yapılmasını gerektirdiği müdahaleleri yapmayı ihmal etmesi ve neticede hastanın yaralanması halinde, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun tartışılması gerekebilecektir.

Hekimin tıbbi gerekliliklere aykırı bir davranışı, bu davranış nedeniyle hastasının yaralanabileceğini öngörmesine rağmen gerçekleştirmesi durumlarında bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiğinin ayrımı nasıl yapılacaktır? Buraya kadar anlatılanlar ışığında, hastanın belli bir davranış nedeniyle yaralanabileceği yönünde öngörü sahibi olan hekimin, söz konusu davranış zararlı neticenin meydana gelmeyeceğine güvenerek (*vertrauen*) veya bunu ümit ederek (*hoffen*) ve “umarım olmaz” düşüncesiyle gerçekleştirmesi halinde bilinçli taksirin, neticenin meydana gelmesini kabullenerek ve adeta “olursa olsun” düşüncesiyle gerçekleştirmesi halinde ise olası kastın gündeme gelebileceği düşünülebilir¹¹⁷.

Söz konusu normatif değerlendirmelerde, hekimin olay esnasında aklından geçen düşüncelere bağlı saptamalarda bulunmaktaysa da hekimin olay anında kendi iç dünyasında vuku bulan gelişmelerin, onun dışında hiç kimse tarafından tam olarak bilinmesi de mümkün değildir. *Roxin* bu düşünceden hareketle, suçun manevi unsurunun esasen failin değil hâkimin zihninde şekillendiğini ifade etmekte, *Welzel* ise olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrımın *ceza hukukunun en çetrefilli ve*

¹¹⁷ Yargıtayımız’ın bilinçli taksir ve olası kast ayrımına ilişkin olaylarda istikrarlı şekilde verdiği kararlara göre: “*Gerek olası kast, gerekse bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilmekte, olası kastta ise bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabullenilmektedir. Olası kastta fail öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere, hatta kendi bilgi veya becerisine güvenerek öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.*” Bkz. Yargıtay CGK., E. 2014/314, K. 2014/389, T. 23/09/2014; Yargıtay CGK., E. 2011/54, K. 2011/120, T. 07/06/2011; Yargıtay CGK., E. 2010/51, K. 2010/162, T. 06/07/2010; Yargıtay CGK., E. 2014/619, K. 2015/80, T. 31/03/2015; Yargıtay CGK., E. 2017/860, K. 2017/454, T. 07/11/2017. (Aktaran: Esmâ Nur Turhan, “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, No: 3, 2020, s. 479.) Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, s. 339 vd: “*Yargıtay’ın bu kriterleri, temelde Alman Federal Yüksek Mahkemesinin takip ettiği razı olma teorisine (Billigungstheorie) ve doktrindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisine (Ernstnahmetheorie) karşılık gelmektedir.*” Alman öğretisindeki ağırlıklı görüş ve uygulama, failin neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmemesi ve işi olurluna bırakması hallerinde dahi neticenin vuku bulmayacağını ümit etmesinin mümkün olduğunu belirtmekte; bu gibi durumlarda da olası kastın oluşacağını ileri sürmektedir. Bir diğer deyişle, fail neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde güven taşıyamamasına ve işi olurluna bırakmasına rağmen, neticenin gerçekleşmeyeceği yönünde ümit taşıyabilir ve bu durumlarda dahi olası kastın varlığı kabul edilmelidir. Fakat Yargıtay kararlarında *güvenmek* ve *ümit etmek* arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın, neticenin vuku bulmayacağını ümit ettiği kanısına varılmış failin bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Turhan, “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı”, s. 480.

münakaşalı meselelerinden birisi olduğunu belirtmektedir¹¹⁸. Gerçekten de olası kast ve bilinçli taksir ayrımının teorik düzlemde yapılması birçok zorluğu ve tartışmayı beraberinde getirmekte ve eldeki çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla beraber ifade edilebilir ki olası kastın varlığı, her bir somut olay bazında ve failin dış dünyaya akseden davranışları ile emareler ışığında belirlenecektir.

Dolayısıyla savunmacı tıp kapsamında kalan tıbbi müdahalelerin ceza hukuku bakımından anlamlandırılması ve hekimlerin bu yönden cezai sorumluluklarının tespiti aşamasında manevi unsurun somutlaştırılabilmesi noktasında somut olaydaki emareler ışığında ve isnad¹¹⁹ bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, (1) hekimin icra veya ihmal ettiği davranışın hastası bakımından barındırdığı tehlikenin ne kadar bilincinde olduğu, (2) bu tehlike karşısında hastanın kendi kendisini koruma imkânının varlığını araştırıp araştırmadığı ve (3) hekimin hastanın yaralanması neticesini kabullenmesi için herhangi bir saikinin bulunup bulunmadığı gibi bazı belirtilerin (*Indikatoren*) yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir¹²⁰. Bu yöndeki değerlendirmelerde, eldeki çalışmanın ikinci bölümünde savunmacı tıp kavramı hakkında yapılan açıklamaların somut olay özelinde dikkate alınması mümkündür. İfade edildiği üzere savunmacı hekim davranışları, hekimin hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak amacını, hastasının tıbbi menfaatine kıyasla önceliği yapması ve bunun somut olayda aldığı kararı bakımından belirleyici olması durumlarında gündeme gelmektedir. Hekim bu çerçevedeki bir davranışı, hastasının yaralanabileceği öngörüsünü taşımasına rağmen ve bu neticeyi kabullenerek icra veya ihmal ettiğinde olası kastın gündeme gelebileceği ifade edilebilecektir. Çelişkili bir kısır döngüye tekabül eden bu durum, hekim için adeta bir bumerang etkisi ifade etmektedir. Zira kendisini hukuki sorumluluktan kurtarmak saikiyle ve tıbbi gerekliliklerden sapmak pahasına hareket eden hekim, tıbbi gerekliliklerden bu saik olmaksızın ayrıldığında ancak taksirden ötürü sorumlu tutulabilecekken, tıbbi gereklilikleri *bilinçli* olarak yok saydığına ise

¹¹⁸ Roxin, C. (2011). Über den “Dolus Eventualis”. In Bertolino, M., Forti, G., Eusebi, L. (Eds.). *Studi in Onore di Mario Romano* 2, 1201-1215. (Aktaran: Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, s. 27 ve 159.)

¹¹⁹ Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, s. 176.

¹²⁰ Roxin'den aktaran: Bozbayındır, **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, s. 156-157.

hekim bakımından bilinçli taksir veya olası kast gibi kavramların tartışılması gerekebilecektir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suçun mevcudiyetinden bahsedilebilmesi için varlığı aranan bir diğer unsur, suçun hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık kavramı, haksızlık teşkil eden fiilin hukuk düzenince caiz görülmediğini ifade etmekte ve fiilin bir vasfı olarak kabul edilmektedir¹²¹. Bir diğer deyişle hukuka aykırı davranış, kül halinde bütün hukuk düzeni ile çelişmektedir¹²².

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarının; (1) mevzuatın hekimi somut olaydaki müdahale bakımından yetkilendirmiş olup olmadığı ile müdahalenin tıbbi gerekliliklere uygun şekilde icra edilip edilmediği ve (2) müdahale rızaya tabi ise geçerli bir rızanın bulunması olduğu çalışmanın birinci bölümünde açıklanmıştı. Bu başlık altında ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları, hekimin savunmacı davranışları açısından önem arz eden yönleri ile ele alınmıştır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, müdavi hekimin hukuka uygunluk koşullarının olduğu bilincine sahip olması gerekli midir? Söz gelimi, hekimin tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olduğunu zannettiği bir müdahaleye girişmesine rağmen, bu müdahalenin tıbbi gerekliliklere aykırı olmadığı durumlarda hukuka uygunluk nedeninin oluşacağı kabul edilecek midir? Kanımızca, hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurlarını ilgilendiren bu soruya taksirle yaralama suçu bağlamında verilmesi icap eden cevap, söz konusu müdahalenin hukuka aykırılık niteliğini uhdesinde taşımaya devam etmekle beraber cezalandırılmaması gerekeceği yönündedir¹²³.

¹²¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 309.

¹²² Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 12.

¹²³ Selman Dursun/Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXIII, No: 1, 2015, s. 82. Aksi yönde Alman mahkeme kararı için bkz. Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, s. 336: “*Karara konu olaya göre, bir hekimin hamile bir kız çocuğuna endikasyona tabi olmayan kürtaj işlemi uygulaması ve kız çocuğunun aşırı kanama neticesinde ölmesi olayında, otopsi sonucunda gebeliğin sona erdirilmesinin tıbbi endikasyonun mevcudiyeti nedeniyle hukuka uygun kılınacak olduğu anlaşılmasına rağmen; hekimin endikasyonu bilmemesi yani onun farkında dahi olmayışı ve bu bağlamda hekimin hukuka aykırı kürtaj işlemini istemiş ve gerçekleştirmiş*

1. Yetkilendirilme ve Tıbbi Gereklilikler

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için gereken ilk şart, mevzuatın somut olayda icra edilmiş müdahale bakımından müdahaleyi gerçekleştiren hekimi yetkilendirmiş olmasıdır. Bu doğrultuda temel norm ve ana kural, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1'inci maddesi olarak kabul edilebilir. Söz konusu düzenlemeye göre “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır [sic]*”. Buradan hareket edildiğinde tıp fakültesinden diploma edinmemiş kimselerin “tababet icra etmesi” veya “hasta tedavi etmesi” hallerinin kural olarak hukuka aykırı olacağı hususunda bir tereddüt yoktur¹²⁴. Dolayısıyla tıp fakültesinin altıncı sınıfında ön hekim (*intern*) sıfatıyla eğitimini sürdüren öğrencilerin tek başlarına gerçekleştirecekleri tıbbi müdahalelerin kural olarak hukuka aykırı olacağı ifade edilmelidir¹²⁵.

Her ne kadar tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartı bakımından ana kural müdahaleyi gerçekleştiren kişinin tıp fakültesi diplomasına sahip olması ise de bu kuralın istisnaları olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Söz gelimi, hekimler dışındaki sağlık mesleği mensupları, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik'in 31'inci maddesinin ilk fıkrasının (ğ) bendinde ve Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in 5'inci maddesinin ilk fıkrasının (h) bendinde acil veya ilk yardım niteliğindeki tıbbi müdahaleleri gerçekleştirmek konusunda yetkilendirilmiştir.

olması nedeniyle kürtaждан dolayı cezalandırılmasına karar verilmiştir.” Ayrıca bkz. Bu bölümde *aşağıda* 192 numaralı dipnot ve ilgili metin.

¹²⁴ Kanımızca *tababet icra edilmesi* ifadesinin gaî yorum yöntemiyle yorumlanmasında ve çalışmamızda tıbbi müdahale olarak adlandırdığımız davranışları kapsayacak şekilde anlaşılandırılmasında isabet bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2019/8200, K. 2021/249, T. 13/01/2021: “*Katılanın olay tarihinde ... Güzellik merkezinde herhangi bir tecrübesi ve bilgisi olmayan ... ‘a lazer epilasyon işlemi yaptırdığı, epilasyon sonrasında karın ve göğüs bölgesinde hassasiyet ve yanıklar meydana geldiği...*”.

¹²⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 273.

Öte yandan mevzuatımız, belli başlı tıbbi müdahaleleri icra edecek hekimler bakımından bazı özel uzmanlık şartları da belirlemiştir¹²⁶. Bu açıdan bir Danıştay kararında, dermatolojinin bir uzmanlık alanı olduğu ve bu nedenle pratisyen hekimlerin bu alanda Tıpta Uzmanlık Tüzüğünde öngörülen usule uygun şekilde uzmanlık belgesi almadıkları takdirde tıbbi müdahalede bulunmalarının hukuka aykırı nitelikte olacağı tespit edilmiştir¹²⁷. Yargıtay’ın bu konuda verdiği bir diğer kararda ise “*kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeniyle*” sınırlandırılmadığı, bu doğrultuda genel cerrahi alanında uzmanlığı bulunan hekimin varis ameliyatı yapmasının da hukuka aykırı olmayacağı fakat özel uzmanlık gerektiren alanlarda tıbbi müdahalede bulunurken bu alana ilişkin bilgiye ve araçlara sahip olunmaması halinde hekimin hukuki sorumluluğunun gündeme gelebileceği belirtilmiştir¹²⁸.

Bu başlıkta değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele, somut olaydaki müdahalenin özelliklerine bağlı olarak gündeme gelecek tıbbi kurallara ve standartlara riayet edilip edilmediği sorusunu ilgilendirmektedir. Suçun manevi unsuru başlığındaki değerlendirmeler kapsamında da karşılaşılan *lex artis* kavramı, böylece tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bahsinde de önem kazanmaktadır. İfade edilmelidir ki bir müdahale açısından önceden ve soyut şekilde tıbbi kılavuzlarda veya protokollerde belirlenmiş usuller, hekimin müdahalenin icrasına başladığı an ve somut koşullarda girişilmesi gereken tedavi yöntemini ve usulünü seçme noktasındaki özgürlüğünü mutlak şekilde sınırlamamaktadır¹²⁹. Bu husus, özellikle ortada bir savunmacı davranış olduğunda önem arz etmektedir; zira hekimin aldığı tıbbi karar, savunmacı tıp kapsamında kalmakla beraber tıbbi kurallara ve standartlara muhalif düşmeyebilir. Burada başvurulması gereken kilit değerlendirme kıstası, hekimin

¹²⁶ 1219 sayılı Kanun’un 8’inci maddesine göre “*her hangi bir şubei tababette müstemirren mütehassıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhiye Vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş ve yahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz*” olmak gerekmektedir.

¹²⁷ Danıştay 10. Dairesi, E. 2005/7831, K. 2008/403, 05/02/2008. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2019/8806, K. 2020/6185, T. 18/11/2020: “*ortodonti uzmanlığı için diş hekimliğinden mezuniyet sonrası 4 yıllık uzmanlık gerektirdiği, kişinin tedavisinin ortodontist hekim tarafından yapılmadığı*”.

¹²⁸ Yargıtay 4. HD., E. 1990/5104, K. 1991/429, T. 06/05/1991.

¹²⁹ Tıbbi kurallara ve standartlara uygunluk denetlemesinin somut olayın özelliklerine ve hastaya göre yapılması gerektiğine dair bkz. Yener Ünver, “Tıbbi Standart”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu**, Editör: Hakan Hakeri/Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 39-42.

somut olayda başvurduğu usul ve yöntemlerin, müdahalenin icra edildiği an itibariyle somut olaydaki muhataba karşı başvurulması hususunun tıp mesleğinde bilinip bilinmemesi ve kabul görüp görmemesi olacaktır¹³⁰.

2. Aydınlatılmış Onam

Bu çalışmada *aydınlatılmış onam* olarak adlandırdığımız terimin öğretide *bilgilendirilmiş rıza* şeklinde de adlandırıldığı görülmektedir¹³¹. Kavramın özellikle tıbbi yazında aydınlatılmış onam adı ile bilinmesi gibi pratik nedenlerden ötürü bu çalışmada *bilgilendirilmiş rıza* kavramının kullanılması tercihe şayan görülmemiştir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirmesinin, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gerekleri doğrultusunda yapılması gerektiği öncelikli olarak ifade edilmelidir. Bu bakımdan, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin¹³²,

¹³⁰ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 147 ve 148; Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 34; Yargıtay 4. HD., E. 1967/2876 , K. 1967/5612, T. 29/06/1967: “*genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı bir surette uygulama yapması*”. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 923, 926: “*Muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz.*”; “*yapılan jejunum-ileal bypass ameliyatının 1970’li yıllarda uygulanmasını takiben yol açtığı komplikasyon oranlarının yüksek olması nedeniyle terk edilmiş bir cerrahi yöntem olması...*”

¹³¹ Kavrama ilişkin terminolojik değerlendirmeler için bkz. Hamide Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010; Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, s. 407. Gerek Güncel Türkçe Sözlük’te “onam” sözcüğünün yer almayışı gerekse *aydınlatılmış onam* ifadesi ile kastedilen mananın, esasen bir ceza hukuku terimi olan *ilgilinin rızası* mefhumuna karşılık gelmesi nedenleriyle bilgilendirilmiş rıza kavramının tercih edilmesinin de isabetsiz olmadığı kanısındayız.

¹³² Hukuk tarihi incelendiğinde, ilgilinin rızası kavramının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi uygulamasının, Roma hukukunun uygulandığı dönemlere kadar götürüldüğü bilinmektedir. Bu bakımdan Demirel, Roma hukuku döneminde Türkçe karşılığı “*zarar verilen kişinin iradesiyle olan şey, haksız değildir*” olan Latince “*volenti non fit iniuria*” deyiminin ilk kez *Ulpian* tarafından ve *Digesta*’nın 27. kitabında kullanıldığını aktarmaktadır. Bkz. Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1472; Bununla beraber, kavramın ceza hukuku dogmatikliğinde ifade ettiği anlam üzerinde tartışmalar bulunmaktadır. Acaba ilgilinin rızası, bir hukuka uygunluk nedeni midir yoksa hukuki değer ihlalini önleyerek tipikliğin oluşumunu mu engellemektedir? Hukuki değerlerin soyut veya somut olup olmadığı ve bu bağlamda hukuk düzeninin bu açıdan sunduğu korumadan vazgeçilip vazgeçilemeyeceği sorununun ilgilendiren bu ikilemde, gerek *de lege lata* gerekse *de lege ferenda* bakış açısı benimsendiğinde rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. (Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, s. 323); Demirel, tarihi hukuk okuluna mensup yazarların, ilgilinin rızasının cezalandırılabilirliğe tesir etmediğini savunduğunu; buna karşın doğal hukuk okuluna mensup ve Hegel etkisinde kalmış yazarlara göre rızanın subjektif haklardan vazgeçmek anlamı taşıdığını; sosyolojik hukuk okulu destekçilerinin ise verilen rıza sebebiyle hak ihlalinden bahsedilemeyeceği yönünde görüş beyan ettiğini aktarmaktadır. Bkz. Demirel, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, s. 1473, dn 7. Ayrıca bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 425, dn. 677.

en azından tıbbi müdahaleler bağlamında, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında anlaşılması icap eder. Bedenine ve sağlığına etki edecek bir tıbbi müdahaleye girişilmesine rıza gösteren kimse, esasen, hukuk düzeninin koruma altına aldığı değerler arasında bir seçim yapmakta; kendisi için daha iyi veya *sağlıklı* olduğu hususunda bir karar almakta, böylece kendi geleceğini kendisi belirlemektedir. Hukuk düzeninin sunduğu bu yetki, bireylere yaşamlarını kendi ideolojilerine, inançlarına, felsefelerine veya yaşam tarzlarına göre şekillendirme imkânı sunarak onlara özerk olmaları yönünde imkân sunmaktadır¹³³. Öyleyse kişinin kişiliğini ve karakterini geliştirebilmesi, kendini gerçekleştirebilmesi ve kendisi için neyin faydalı neyin zararlı olduğuna karar vererek kendi geleceğini belirleme hakkından yararlanabilmesi için vücut dokunulmazlığına hâlel getirecek müdahaleler hakkında bilgi sahibi olması olmazsa olmaz bir şarttır; bundandır ki bilgilendirilme, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun adeta kilit taşıdır.

Hekimlerin yapacakları her tür ameliye açısından muhataplarının rızalarını alması gerektiği hususu, temel olarak 1219 sayılı Kanun'un 70'inci maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bununla beraber hukuk düzeni, tıbbi müdahalenin muhatabının vereceği rızanın geçerli ve muteber olabilmesi için pek çok koşul aramış; müdahalenin muhatabı böylece daha sıkı şekilde korunmak istenmiştir. Hiç şüphesiz, muhatabın tam olarak neyi onayladığını bilmeksizin verdiği beyan ettiği rıza, hukuken muteber olmayacaktır¹³⁴. Benzer şekilde, rızanın

¹³³ Ertem, "Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları", s. 331-332. Öğretide aydınlatılmış onam mefhumuna hasta özerkliğini destekleyici bir perspektiften bakan yaklaşımlar *aydınlatıcı*, *yorumlayıcı* ve *müzakereci* modeller olarak adlandırılmaktadır. *Aydınlatıcı modelde* tıbbi müdahaleye ilişkin her türlü hususun tam olarak verilmesi ve buna karşın müdahalenin muhatabının tercihinin harfiyen yerine getirilmesi icap ederken, *yorumlayıcı modelde* hekim bir rehber gibi rol üstlenmekte ve müdahalenin muhatabı ile adeta işbirliğine gitmektedir. Son olarak *müzakereci modelde* hekim ile müdahalenin muhatabı arasındaki ilişki, gönüllü bir öğretmen-öğrenci ilişkine benzemektedir. Hasta özerkliğini destekleyen görüşlerin zıddı yönde düşünceler barındıran *paternalist modelde* ise hekim, tıbbi müdahalenin muhatabı açısından neyin faydalı veya zararlı olacağını şahsen hesap etmekte ve bu doğrultuda muhatabının iyiliğine olan müdahaleye kendi inisiyatifıyla girişmektedir. Bkz. Tacir, "Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı", s. 103-107.

¹³⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 296. Ayrıca bkz. Maryland Court of Special Appeals Decisions, *Sard v. Hardy*, Docket No: 853, Case Date: 21/12/1976. Söz gelimi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi kapsamındaki benzer düzenlemelere paralel olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) ve (h) bentleri ile aynı yönetmeliğin 15 ve 18 numaralı maddeleri uyarınca, alınacak rızanın geçerli olabilmesi için müdahalenin muhatabının usulüne uygun şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

verileceği zaman ve şekil bakımından da farklı şartların arandığı görülmektedir. Örneğin, 1219 sayılı Kanun'un 70'inci maddesine göre büyük ameliyei cerrahiyeler için verilecek rızanın yazılı olması gerekmektedir. Böylece, tıbbi müdahaleler kapsamında gündeme gelen hastanın kendi geleceğini koruma hakkı ile vücut dokunulmazlığı hakkı gibi hakların korunması açısından usuli güvenceler de getirilmiş olmaktadır¹³⁵.

Hekimin savunmacı davranışlarının, özellikle hastanın aydınlatılmış onamının alınması noktasında mesele teşkil edebileceği ifade edilebilir. Nitekim özellikle savunmacı güvence davranışında gündeme gelecek ve endikasyona aykırı olmasına rağmen girişilen tıbbi müdahaleler açısından hastaların gereken surette bilgilendirilmeyeceği düşünülebilir.

a. Aydınlatmaya İlişkin Şartlar

Mevzuatımızda, hekimlerin girişecekleri tıbbi müdahale hakkında muhataplarını ne şekilde veya hangi prosedürü izleyerek aydınlatacaklarına ilişkin genel bir yöntem öngörülmemiştir¹³⁶. Şu kadar ki aydınlatmanın şekli, somut olayda mevzubahis tıbbi müdahalenin özelliklerine, bu müdahalenin yöneltildiği hastalık veya duruma ve hastanın kişiliği ile eğitimi gibi değişkenlere bağlı olarak özelleştirilmek durumundadır. Örnekleri verilmiş bu gibi değişkenlere bağlı olmak üzere, aydınlatmanın sözlü olarak, broşür vermek veya müdahaleye ilişkin hususların açıklandığı formların verilmesi suretiyle yapılması mümkün olabilecektir¹³⁷.

Bilgilendirmede seçilen şeklin önemi, muhatapın icra edilecek müdahaleyi anlaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan, hekimlerin yıllarca süren eğitim ve mesleki tecrübe sonucunda aşına oldukları Latince terimler ve bu terimlerin birbiriyle ilişkilerini konu alan aydınlatılmış onam formlarının salt hastaya teslim

¹³⁵ Deborah Anne Friedman, "Informed Dissent: A New Corollary to the Informed Consent Doctrine?", **Chicago Kent Law Review**, C. LVII, No: 4, 1981, s. 1119.

¹³⁶ Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 13'üncü maddesinde bu konuya ilişkin hükümler bulunmakla beraber bu hükümler rızanın şartlarına ilişkin olup bilgilendirme açısından anlam ifade etmemektedir.

¹³⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 365. Yazar, ayakta tedavilerde bilgilendirme şartının yazılı şekil ile yapılmasının icap etmediğini, yalnızca önemli olduğu değerlendirilebilecek (ilaçların yan etkileri gibi) hususların hastaya aktarılması gerektiğini ifade etmektedir.

edilmesi, hastanın müdahaleyi anlamasına ve bu bağlamda aydınlatılmasına yeterli olmayabilir¹³⁸.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18'inci maddesinin 5'inci fıkrası, yargı kararları ve öğretide ileri sürülen düşünceler uyarınca, aydınlatma ile müdahale arasında makul bir süre bulunması gerekmektedir¹³⁹. Öğretide bir görüşe göre ameliyatlara bağlamında bilgilendirme, acil durumlar müstesna olmak üzere müdahaleden en azından bir gün önce yapılmalı iken ayakta yapılacak olanlar açısından müdahale ile aynı gün içinde yapılması kâfidir¹⁴⁰.

Hastanın özerkliği ilkesi ışığında düşünüldüğünde, tıbbi müdahalenin muhatabının rıza göstermeye zorlanmış olduğu veya bilgilendirme sürecinin adeta aradan çıkartıldığı anlamına gelecek bir aydınlatmanın geçerliliği oldukça şüpheli olacaktır. Aydınlatmanın, müdahalenin hazırlıklarına zaten çoktan başlandığı bir aşamadan sonra ve hastanın müdahale açısından gerekli ödemeyi yapmasından sonra kısa sürede yapıldığı bir olasılıkta, hastanın baskı altında hissedeceği ve bilgilendirmeyi anlamak veya karar vermek noktasında özgür iradesi ile karar veremeyebileceğinin hatırd tutulması gerekir.

Aydınlatma, mutlaka doğrudan somut olayda müdahaleyi icra edecek hekim tarafından mı yapılmalıdır? Gerek mevzuat hükümleri ve yargı kararları gerekse öğretide ileri sürülen görüşler¹⁴¹, aydınlatmanın kural olarak müdahaleyi icra edecek hekim tarafından yerine getirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla müdavi hekim dışında kalan sağlık mesleği mensuplarınca yapılacak aydınlatma muteber

¹³⁸ Öğretide, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi açısından yapılan öneriler arasında, hekimin muhatabı ile konuşma yolunu tercih ederek *dereceli bir* bilgilendirme usulü izlemesi, bilgilendirmenin tercüman veya psikolog katılımı ile ve vücut hareketleri kullanılarak ya da video izlettirilerek hastanın “ruhi durumuna uygun ve nazik bir ifade ile” icra edilmesi gibi uygulamalar vardır. Dereceli bilgilendirme, tıbbi müdahalenin muhatabına öncelikle yazılı formlar vasıtasıyla temel bilgilerin verilmesini takiben yapılacak sözlü iletişimi ve soru-cevap safhasını ifade etmektedir. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 359; Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 171; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18.

¹³⁹ Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/5; AİHM, *V.C/Slovakia*, B. 18968/07, T. 08/11/2011; AYM, *Onurhan Çakmak ve Diğerleri*, B. 2016/6776, 16/01/2020; Yargıtay 13. HD., E. 2019/7094, K. 2019/3740, T. 21/03/2019; Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 172; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 352.

¹⁴⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 352.

¹⁴¹ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/2; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 349-350; Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 172.

olmadığı gibi, ekip halinde icra edilecek müdahaleler bakımından başta anestezi uzmanları olmak üzere müdahalede görev alacak uzmanların her birisinin ayrı ayrı kendi alanlarına ilişkin hususlarda aydınlatma ödevi bulunmaktadır¹⁴².

Öte tarafta, aydınlatmanın yapılacağı kişi ise kural olarak tıbbi müdahalenin kendisine karşı icra edileceği kimsedir. Bununla beraber, müdahalenin muhatabının bilincinin yerinde olmaması veya bu gibi haller nedeniyle hâlihazırda rıza açıklayabilecek durumda olmaması durumlarında usulüne uygun olarak yetkilendirilen vekil, veli, vasi veya hastanın yakınlarının aydınlatılması mümkün hale gelmektedir¹⁴³.

i. Seçilen Müdahalenin Özellikleri ve Hekim

Meseleye hekimin savunmacı davranışları bağlamında bakıldığında ilk akla gelen husus, gereksiz ve endikasyona aykırı bir tıbbi müdahaleye savunmacı güvence davranışı kapsamında girişilmesi yönünde karar alan hekimin, pek yakında girişeceği müdahalenin mevcut tıbbi kurallara ve standartlara göre gereksiz olduğu hususunda hastasını bilgilendirmeyebileceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Hiç şüphesiz, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının gerçekleştirilmesi açısından gündeme gelen en esaslı şartlarından birisi, hastanın gerçekleştirilecek tıbbi müdahale hakkında gereği gibi bilgilendirilmesidir. Bu kapsamda, tercih edilen müdahalenin girişimsel veya girişimsel olmayan özellik taşıması gibi *seyre* ilişkin bilgiler kadar; müdahalenin tedavi amacına değil, tanı amacına matuf olduğu gibi *amaca* ilişkin bilgilerin de hastaya verilmesi icap etmektedir¹⁴⁴.

Mevzuatımız, hastanın vereceği rıza ve rızanın geçerli olması bakımından detaylı şartlar öngörmektedir¹⁴⁵. İfade edilmelidir ki icra edilecek tıbbi müdahale bağlamında bulgular ve tanı bakımından hastaya detaylı şekilde rapor verilmesi icap

¹⁴² Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 173; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 349.

¹⁴³ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 173; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 348. Yazara göre Organ ve Doku Nakli Kanunu’nun 14’üncü maddesinin işaretiyle hasta yakınları ifadesinin eş, reşit çocuklar, anne veya baba ya da kardeşler olduğu kabul edilebilir.

¹⁴⁴ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 152.

¹⁴⁵ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15’inci ve 31’inci maddeleri ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 26’ncı maddesinde bilgilendirmenin konusuna ve şekline detaylı düzenlemeler bulunmaktadır.

etmemekte; genel hüviyette bir bilgilendirme yeterli olmaktadır¹⁴⁶. Keza bu müdahalede kullanılacak olan tıbbi malzemelerin neler olduğu, bu malzemelerin ne türde olduğu ne kadar süreceği, nerede icra edileceği, vücudun hangi bölgeleri üzerinde uygulanacağı, anesteziye başvurulup başvurulmayacağı ve seçilen anestezi yönteminin türü, müdahalenin icra edileceği usulün genel itibariyle ne surette olacağı ve müdahale ile amaçlananın tam olarak ne olduğu gibi bilgilerin de hastanın anlayacağı şekilde ifade edilmesi gerekmektedir¹⁴⁷.

Hastanın ateşinin ölçülmesinden, büyük çapta ameliyatlara kadar pek çok farklı uygulama tıbbi müdahale kavramına dâhildir; bundandır ki her bir müdahale bakımından aynı kapsamda bilgilendirme yapılması gerektiği ifade edilememektedir. Söz gelimi, seçilen tıbbi müdahalenin başarısız olma ihtimalinin veya hastanın özel yaşamı açısından oldukça büyük etkiler bırakabilecek komplikasyonlara vücut verme riskinin yüksek olduğu hallerde, hastanın müdahale bakımından aydınlatılmasının kapsamı görece daha geniş olacaktır¹⁴⁸. Aydınlatmanın kapsamının genişliği veya darlığı, müdahalenin muhatabının şahsi özelliklerine veya eğitim durumuna bağlı olarak değişebilecektir; nitekim kendisi de mevzubahis müdahaleye ilişkin tıbbi alanda uzman hekim olan hastaya yapılacak aydınlatmanın görece daha dar olabileceği ifade edilebilir. Dolayısıyla aydınlatmanın kapsamı, somut olaydaki hastanın özelliklerine bağlı olduğu kadar; seçili tıbbi müdahalenin risklerine göre de değişecektir¹⁴⁹.

Hekim hastasını yalnızca mevzubahis tıbbi müdahaleye ilişkin meselelerde değil, kendisine ilişkin hususlarda da gerektiği gibi aydınlatmalıdır¹⁵⁰. Söz gelimi,

¹⁴⁶ AIDS veya kanser gibi hasta moralinin iyileşme sürecinde fevkalade önemli olduğu hastalıklar bakımından bilgilendirme sürecinin ne surette olacağı ve hangi ölçüde bilgi verilmesi gerektiği hakkında tartışma bulunmaktadır. Bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 106.

¹⁴⁷ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 153; Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 108.

¹⁴⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 355.

¹⁴⁹ Hastanın seçili tıbbi müdahale bakımından bilgilendirilmesi işleminin, somut olayın özelliklerine göre tanı veya tedavi gibi olgular bakımından yapılması gündeme gelecektir. Tanıya ilişkin yapılacak bilgilendirmede, mevzubahis hastalığın ya da tıbbi durumun özelliklerine ilişkin temel bilgilerin hastaya izah edilmesi gerekmele beraber, tanı nedeniyle hastanın hissetmesi muhtemel manevi baskının durumu fenalaştırabileceği öngörülüyorsa, tanı bakımından hastanın bilgilendirilmemesi de gerekebilecektir. Bkz. Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 311.

¹⁵⁰ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 108; Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 160-161. Bkz. Kate Sievert Cook, “*Albany Urology Clinic, P.C. v. Cleveland: Why You Should Always Ask Your Urologist if He Is a Cocaine Addict*” **Merce Law Review**, C. LII, No: 3, 2001, s. 1159-1170; Supreme Court of Georgia, *Albany Urology Clinic, PC et*

herhangi bir akademik unvanı olmayan hekimin, hastasını profesörlük unvanı olduğu yönünde bilgilendirmesi ve hastanın da belli bir müdahaleye bu bilgiye güvenerek rıza göstermesi durumunda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlal edilebileceğini ifade etmek isabetsiz olmayacaktır. Kanımızca, yüksek riskli tıbbi müdahalelerin söz konusu olduğu olaylarda hekimin fiziksel sağlığının müdahalenin seyrine olumsuz tesir etme ihtimalinin bulunması hallerinde hekimin bu yönde bilgilendirme yapması şarttır. Söz gelimi, hastalığı nedeniyle uzun süre ayakta durmakta güçlük çeken veya elleri titreyen göz hekiminin, katarakt ameliyatından evvel hastasını bu durumdan haberdar etmesi gerektiği ifade edilebilir. Yahut büyük çaplı bir cerrahi operasyonu icra edecek hekimin şahsen HIV veya hepatit virüsü taşıması halinde de müdahalenin muhatabının bu durum hakkında bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilebilir¹⁵¹.

ii. Seçilen Müdahalenin Riskleri ve Faydaları

Kaçınma veya güvence davranışı bağlamında tıbbi kurallara ve standartlara aykırı müdahaleye girişilmesi halinde, özellikle esasında endikasyona aykırılık teşkil eden müdahaleler bakımından düşünüldüğünde, hastanın riskler veya faydalar bakımından gereği gibi aydınlatılmaması mümkün olabilecektir. Gerçekten de kendisini hastasından gelecek tehlikelere karşı korumak amacıyla hareket eden hekim, tıbbi kurallar ve standartlar ışığında değil hastasının kendisine yönelttiği talepler doğrultusunda hareket etmeyi seçebilecektir. Bu gibi hallerde hastanın riskler veya faydalar bakımından bilgilendirilmeksizin verdiği rızanın, aydınlatılma şartının gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle geçersiz olabileceği düşünülebilir.

Burada kullanıldığı anlamıyla risk ifadesinin, müdahale sonunda vuku bulabilecek komplikasyonlar da dahil olmak üzere hem *yoğun* nitelikli hem de *uzak*

al. v. Cleveland et al. Docket No: S99G0600, Case Date: 06/03/2000. Ayrıca bkz. Court of Appeals of Ohio, *Schwaller v. Maquire*, Appeal No: C-020555, 19/12/2003. Öğretide bu açıdan yapılacak bilgilendirmenin, hekimin fiziki ve psikolojik hali kadar meslekte geçirdiği süre ve tecrübesi gibi hususları da kapsayıp kapsamadığının dahi tartışıldığı görülmektedir.

¹⁵¹ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 161. Bkz. Superior Court of New Jersey, *Estate of Behringer v. Medical Center*, Docket No: L88-2550, Case Date: 25/04/1991. Ayrıca bkz: The New York Times, “Infected Doctor Told to Get Patients Consent”, (Çevrimiçi) (19/04/2002), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/2002/04/19/nyregion/infected-doctor-told-to-get-patients-consent.html>.

ihtimalli olasılıkları ve müdahalenin başarısız olma ihtimallerini kapsadığı ifade edilmektedir¹⁵². Komplikasyonlar açısından yapılacak bilgilendirme, komplikasyonun meydana gelmesi ihtimalinde hastanın yaşamında nelerin değişeceğini ve buna karşı ne gibi müdahalelerin yapılabileceğini de kapsamaktadır¹⁵³. Müdahale sonunda hastanın vücut bütünlüğü, özel yaşamı veya yaşam hakkı açısından gündeme gelme ihtimali olan olumsuzlukların kalıcı veya geçici hüviyette olup olmaması bu açıdan önemli değildir¹⁵⁴. Bununla birlikte risklerin detaylı şekilde ve her yönüyle izah edilmesi yönünde genel bir zorunluluk olmadığı gibi hastanın husule gelme olasılığı olan her bir risk açısından da bilgilendirilmesi yönünde bir gereklilik bulunmamaktadır. Bu bakımdan tıbbi müdahalenin muhatabının, “*anlayışlı bir kişinin seçimini etkileyebilecek her türlü etken*”¹⁵⁵ açısından bilgilendirilmesi gerektiği ölçütünün kabul gördüğü anlaşılmaktadır.

Müdahalenin risklerine ilişkin yapılacak bilgilendirmede kullanılacak temel ölçütlerin riskin *içeriği, büyüklüğü, olasılığı ve zamanı* olmak üzere dört adet olduğu aktarılmaktadır¹⁵⁶. Öğretide bir diğer görüşe göre ise risk bilgilendirmesi *risklerin türü ile müdahalenin amacı, gerekliliği ve ağırlığı* gibi ölçütler kullanılarak somut olaydaki hastanın kişiliğine uygun şekilde yapılmalıdır¹⁵⁷. Örneğin, yüksek risk ifade eden müdahaleler açısından veya yüksek riskli olmasa dahi müdahalenin hemen ardından

¹⁵² Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 109; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 313. Risk ifadesi açısından uzak, yakın, büyük veya küçük gibi nitelermelerin söz konusu olamayacağı yönündeki görüş için bkz. Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 157.

¹⁵³ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 355; Yargıtay 12. CD., E. 2015/810, K. 2015/16523, T. 02/11/2015: “*katılanın aydınlatılmış rızasını almadan iç muayeneye devam edip spekulum aletiyle muayene edip katılanın kızlık zarının yırtılmasına neden olmasında, muayenenin muhtemel sonuçlarının risklerini katılana bildirmeksizin...*” Benzer bir başka karar için bkz. Yargıtay 4. HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 07/03/1977. (Aktaran: Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, s. 30.)

¹⁵⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 317.

¹⁵⁵ Alman uygulamasında %0,05 olasılık ile mevcut risk açısından hastaya bilgilendirilme yapılması gerektiği yönünde verilen karar hakkında açıklamalar için bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 112. Ayrıca bkz. Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 156.

¹⁵⁶ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 154.

¹⁵⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 320; Yargıtay 12. CD., E. 2015/15465, K. 2017/630, T. 31/01/2017: “*cerrahi müdahale öncesi matbu olarak hazırlanan “muvaafakat belgesi” ile genel anestezinin sonuçları hakkında yine matbu olarak hazırlanan “hasta bilgilendirme formuna” ilişkin belgenin, katılan hasta tarafından imzalandığı, söz konusu belgelerde sanığın yapacağı ameliyatın riskleri ve sonuçları hakkında bir bilgi bulunmadığı, ameliyatı yapan doktor sanığın, hasta anamnezinde katılanın ikinci defa meme estetik ameliyatı olacağını bilmesine rağmen, önceki ameliyata dair bilgileri getirtmediği ve söz konusu meme ameliyatının riskli olduğunu bildiği halde, bu konuda hastayı bilgilendirdiğine ve onayını aldığına dair imzalı bir belge alması gerekir iken...*”

vuku bulma ihtimali mevcut ihtimaller bakımından risk bilgilendirmesinin kapsamının daha fazla olduğu ifade edilebilecektir. Aynı şekilde icra edilecek tıbbi müdahale ne kadar alışılmadık bir usul ile gerçekleştirilecekse, muhatabın da aynı oranda geniş kapsamlı şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Keza tanı veya tedavi amacına yönelmeyen estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde de risklere ilişkin bilgilendirmenin geniş kapsamlı yapılması gerektiği kabul edilmelidir¹⁵⁸.

Müdahalenin hasta bakımından ifade ettiği riskler kadar, faydalar da aydınlatılmış onam kapsamındadır. Bu bakımdan, mevzubahis operasyona girişilmemesi halinde ortaya çıkacak gelişmeler açısından hastaya bilgi verilmesi önem arz etmektedir¹⁵⁹. Müdahaleden beklenen faydaların hastaya açıklanması durumu, bilhassa tedaviye ilişkin girişimler açısından gündeme gelecektir; zira tedavi gören hastanın sürecin sonunda iyileşmeme riskinin de bulunması gibi hususlar, hastanın vereceği rıza açısından mühim olabilmektedir.

iii. Alternatif Müdahaleler

Tıpkı müdahalenin riskleri ve faydaları açısından olduğu gibi, savunmacı davranışlara girişen hekimlerin, hastanın kendisinden talep ettiği müdahaleye alternatif müdahaleler bakımından hastasını bilgilendirmemesi halinde de rızanın hukuki açıdan muteber olamayabileceği ifade edilebilir. Hiç tereddütsüz, hastanın kendi geleceğini yönlendirmesinin mümkün olabilmesi için, yakındığı sağlık sorununa çözüm olabilecek seçenek yöntemleri bilmesi ve bunlar arasında özgür iradesiyle seçim yapabilmesi gerekir. Öyleyse, hekimin özellikle riskli tıbbi müdahalelere girişmek istememesi nedeniyle ve savunmacı kaçınma davranışları kapsamında alternatif tıbbi müdahale yöntemleri açısından hastayı bilgilendirmemesi hususu ciddi bir sorun teşkil edecektir.

Söz gelimi, ağızdan ilaç kullanımı yoluyla da tedavisi mümkün bir hastalıktan mustarip kimsenin cerrahi operasyonla da şifa bulabileceği hallerde veyahut bölgesel anestezi ile de amaca erişilebilmesine rağmen genel anestezi uygulanmasının da tıbbi gerekliliklere uygun olduğu durumlarda hastanın alternatifler açısından

¹⁵⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 321.

¹⁵⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 316.

bilgilendirilmesi ve rızanın bu doğrultuda şekillenmesi icap etmektedir. İfade edilmelidir ki hiçbir hasta, “makul veya anlaşılır” hareket etmek durumunda değildir¹⁶⁰. Hekim nezdinde akılcı olmayan veya tercihe şayan görünmeyen ya da ideolojik açıdan kabul edilemez bir tıbbi müdahale seçeneği, hasta gözündeki yegâne seçenek olabilir.

b. Rıza Açıklamasına İlişkin Şartlar

Hekimin savunmacı davranışlarının, hukuka uygun olması için muhatabın rızası aranmayan müdahaleleri ilgilendiren vakalarda veya varsayılan rıza teriminin tartışma alanı bulması muhtemel olaylarda daha az gündeme geleceği düşünülebilir¹⁶¹. Dolayısıyla bu başlık altında yalnızca rıza açıklamasına ilişkin şartlar izah edilmiştir.

¹⁶⁰ Tacir, “Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 158. Ayrıca bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2019/9648, K. 2020/4502, T. 14/09/2020: “bu tür hastalarda akupunktur tedavisinin denenebileceği, hastanın hastalığı ile ilgili tüm süreç yönünden aydınlatılması sonrası onay vermesi durumunda kortikosteroid grubu Prednisolon etken maddeli medikal tedavinin başlanması uygun olmakla birlikte, tedavi seçenekleri yönünden bilgilendirilmiş olur/aydınlatılmış onam sonrası kararın hasta ve hasta velisi tarafından verilmesinin günümüz tıbbında tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından öncelikli şartlardan olduğu”.

¹⁶¹ Varsayılan rıza adı altında bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilip bahsedilemeyeceği hususunun öğretide tartışmalı olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, hastanın rızasının alınması imkanı bulunmayan durumlarda icra edilmesi icap eden tıbbi müdahaleler açısından zorunluluk hali nedeniyle kusursuzluktan bahsedilmesi gerekirken diğer görüşe göre ise bu durumlarda varsayılan rıza nedeniyle hukuka uygunluk bulunur. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 386; Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287. Aksi yönde bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 139 vd; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 490 vd. Varsayılan rızanın sakıncalarına dikkat çekerek izin verilen risk kavramını ileri süren düşünce için bkz. Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 212 vd. Varsayılan rıza düşüncesinin sakıncalı yönleri açısından bkz. Yargıtay 12. CD., E. 2014/2198, K. 2015/1180, T. 26/01/2015: “katılanın sezeryan ile doğuma alındığı, katılanın doğuştan tek böbrekli olması ve böbreğinin normalde olması gereken yerden farklı bir yerde olması nedeniyle sezeryan sırasında sanığın böbreğin rahime yapışık bir kist olduğunu, batin içi açıldığından hastanın ikinci kez ameliyat olmaması için kist olduğunu düşündüğü kitleyi ameliyat sırasında keserek aldığı, operasyondan sonrasında kesilen kısmın böbrek olduğunun fark edildiği [sic]”. Hekimin zorunluluk halinde hareket ettiğinin kabul edildiği kararlar için bkz: Yargıtay 12. CD., E. 2016/9381, K. 2018/4204, T. 10/04/2018: “Doktor olan sanığın, mağdurun kulağına ve geniz etine müdahale etmek için ameliyat ettiği sırada, mağdurun anne-babasına haber vermeden, enfekte olduğundan bahisle küçüğün bademciklerini de alması şeklinde gerçekleşen eylemin tıbbi bir zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’nun 20/11/2015 tarihli raporunun sonuç kısmında “Davalı hekimin beyanlarında ameliyat esnasında bademciklerin iltihabı olduğu görüldüğü ve bu nedenle bademciklerinin alındığının ifade edildiği, tablonun böyle olması halinde bademciklerin alınmasının tıbben doğru bir yaklaşım olduğu”; Yargıtay 12. CD., E. 2016/1005, K. 2017/5978, T. 06/07/2017: “doktor tarafından eski sezaryanlı olması sebebi ile sezaryan ameliyatına alındığı, batin açıldığında mesanesinin yırtık olduğunun gözlemlendiği, bebek doğurtulduktan sonra plasentanın beklendiği gibi çıkarılamaması ve kanamanın durdurulamaması üzerine hastanın rahim, tüpler ve yumurtalıklarının alındığı”.

i. Açıklama Bakımından

İlkin ifade edilmelidir ki, rıza açıklamasının hukuken muteber olabilmesi ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılabilmesi için rıza açıklamasını yapan kimsede irade sakatlığı bulunmamalıdır. Bu açıdan hastanın veya müdahalenin muhatabının bir şekilde tehdit altında hissetmesi, korkutulması, zorlanması veya bu kimselere haksız bir yarar vaat edilmesi ya da tıbbi açıdan çok uzak risklerin sanki yakın ve büyük risklermiş gibi gösterilmesi suretiyle baskı uygulanması gibi durumlarda rızanın irade sakatlığı nedeniyle hukuka uygunluk sebebine dayanak olamayacağı ifade edilebilir.

Arz edildiği üzere hekimin savunmacı davranışları bağlamında hastanın gereği gibi bilgilendirilmemesi mümkün olabilmektedir. Bu durumlarda, irade sakatlıklarının gündeme gelebilmesi ve rıza açıklamasının bu yönüyle geçersiz olması gündeme gelebilecektir. Mevzuatımıza ve öğretilerdeki görüşlere göre rızanın, kural olarak müdahaleden makul bir süre önce veya somut olayın özelliklerine bağlı olarak en geç müdahale esnasında açıklanmış olması icap etmekteyken rıza açıklamasının geçerliliği bakımından genel bir şekil şartının koşulmadığı görülmektedir¹⁶².

Bu noktada sorgulanması gereken bir diğer mesele, rıza açıklamasını yapacak *kişinin ehliyetini* ilgilendirmektedir. Hiç şüphesiz, esas kural, rızanın kişi bakımından geçerli olabilmesi için müdahalenin muhatabı tarafından bizzat açıklanmasıdır¹⁶³. Buna karşın, muhatabın bizzat rıza açıklayacak durumda olmayışı veya rıza açıklama ehliyetinin bulunmayışı durumlarında rıza veli veya vasi gibi kanuni temsilciler tarafından açıklanacaktır. Kural olarak tıbbi müdahalenin anlam ve sonuçlarını anlama ile davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olan reşitlerin rıza açıklaması yapmaya ehil olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁴.

¹⁶² Bununla beraber mevzuatımızda; organ ve doku nakli, rahim tahliyesi, sterilizasyon veya deney gibi hususlara ilişkin tıbbi müdahalelerde ayrı şartların düzenlenmiş olduğunun belirtilmesi gerekir. Açıklamalar için bkz. Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 122 vd.

¹⁶³ Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, s. 205.

¹⁶⁴ O halde ayırt etme gücü bulunan sınırlı ehliyetsizlerin hiçbir durumda tek başına tıbbi müdahaleye rıza gösterme yeteneğinin olmadığı mı savunulacaktır? Karşılaştırmalı hukukta, on beş yaşından küçük çocuklar üzerinde icra edilecek tıbbi müdahaleler noktasında ebeveynlerin söz hakkının sınırlarının ne olduğu hususunda hararetli tartışmaların döndüğü görülmektedir. Örnek bir olay için bkz. England and Wales High Court Family Division. *Great Ormond Street Hospital v. Constance Yates et al.*, Case No. FD17P00103, Case Date: 11/04/2017. Türk hukuk öğretisinde genel kabul gören düşünceye göre ayırt etme gücü bulunan her bireyin vereceği rızaya değer tanınması gerekir. Bu doğrultudaki bir düşünceye

Tıbbi müdahalenin muhatabının yaşı ne kadar küçük ve müdahalenin riskleri ne kadar büyükse; rıza açıklamasını yapacak kişinin ehliyeti de bu doğrultuda büyük önem arz edecektir. Biyotıp Sözleşmesinin 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre de küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin görüşü, onun “*yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.*” Türkiye'nin da tarafı olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12'nci maddesi¹⁶⁵ uyarınca “*görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe*” ifade etme hakkı bulunmaktadır ve çocuğun bu kapsamdaki görüşleri, gereken özen gösterilerek “*çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak*” dikkate alınmalıdır¹⁶⁶. Öyleyse, ayırt etme gücü bulunan küçükler bakımından somut olayın özelliklerine, küçüğün olgunluğu ve yaşı gibi değişkenlere ve mevzubahis müdahalenin hususiyetlerine bağlı olarak küçüğün rızasına da geçerlilik tanınması mümkündür¹⁶⁷. Çocuğun rızasına geçerlilik tanınmayacak durumlarda ise kural olarak her iki ebeveynin de rıza açıklamasında bulunması gerekmektedir¹⁶⁸. Aile fertlerinin rıza göstermediği fakat hayati tehlike altındaki

göre 1219 sayılı Kanun'un 70'inci maddesi, ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği ışığında yorumlandığında küçüğün rıza verme yeteneğinin sınırlarının daha geniş anlaşılması gerekir. Bu doğrultuda, on beş yaşını doldurmak şartıyla ayırt etme gücünü haiz küçüklerin *rutin nitelikli* tıbbi müdahaleye tek başına verecekleri rızanın muteber olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 82-84; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 205 vd; Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s. 210.

¹⁶⁵ **Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Karar**. Karar No. 94/6423, Kabul Tarihi: 23/12/1994. (Resmî Gazete: 27/01/1995 – Sayı: 22184).

¹⁶⁶ Committee on the Rights of the Child, **General Comment No 15**, 17/04/2013, (CRC/C/GC/15), §§ 20-22, ve 31. Bu bağlamda Çocuk Hakları Komitesi, *çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkının* sınırlarını açıkladığı 14 numaralı Genel Yorumunda, özellikle birden fazla tedavi alternatifinin bulunduğu veya müdahalenin riskli olduğu hallerde çocuğun görüşlerinin gerekli oranda dikkate alınması gerektiği; çocuğun bu uğurda yeterli ve uygun olarak bilgilendirilmesi ve mümkünse rızasının alınması icap ettiği ortaya konmaktadır. Bkz. Committee on the Rights of the Child, **General Comment No 14**, 29/05/2013, (CRC/C/GC/14), § 7. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/2.

¹⁶⁷ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 87. Bu doğrultuda, örneğin, teşhis veya tedavi amacına yönelmeyen estetik amaçlı operasyonlar gibi tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücü bulunsu dahi reşit olmamış bireylerin tek başlarına açıkladığı rızanın muteber olmadığı, bu bakımdan küçüğün kanuni temsilci ile beraber rıza açıklaması icap ettiği savunulabilir.

¹⁶⁸ Hekimin yapılmasını gerekli gördüğü ve acil hüviyet arz etmeyen bir müdahaleye bir veya her iki ebeveynin de rıza göstermemesi gibi hallerde Medeni Kanun'un 346'ncı maddesi uyarınca hâkim kararı alınması gerekebilecektir. Bkz. Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, s.212. Ailenin tıbbi gereklilikler hilafına çocuk adına rıza açıklamasında bulunmadığı durumlarda ebeveynler bakımından TCK'nın 233'üncü maddesinde düzenlenen suçun tartışılması da gerekebilecektir. Ayrıca bkz: AYM, *Halime Sare Aysal*, 2013/1789, T. 11/11/2015; AYM, *Salih Gökalep*

küçüğe acil müdahale yapılması icap eden durumlarda hekimin *zorunluluk halinde* kaldığı düşünüleceğinden tıbbi müdahalenin aile fertlerinin izni olmaksızın icra edilmesi gerektiği savunulabilir haldedir.

ii. Konu Bakımından

Medeni Kanun'un 23'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca *kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*. Alıntılanan bu kanun maddesine ve öğretide kabul gören düşünceye göre bireyler kendi yaşam hakları ile vücut bütünlükleri ve dokunulmazlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edememektedir¹⁶⁹. O halde, tıbbi müdahaleye verilecek rızanın konu bakımından sınırlı olduğu ilk kertede ifade edilmelidir.

Hekimin, savunmacı güvence davranışı kapsamında, hastanın rıza vermeye ehil olmadığı hususlara ilişkin tıbbi müdahalelerde bulunmasının mesele teşkil edeceği düşünülebilir. Kanımızca, bu bapta gündeme gelebilecek durumlar, hekimin hastasını memnun etmek suretiyle kendi aleyhinde şikâyetle bulunmaması amacıyla girişeceği tıbbi müdahaleleri kapsayabilecektir.

Kişinin özel hayatı bakımından tasarruf yetkisini kısıtlayan *hukuka* veya *ahlaka* mugayir olmama ölçütünün ne surette yorumlanacağı hususunun mesele teşkil edeceği pek çok durum olabilir. Bu noktada *Bülent Ersoy kararlarından*¹⁷⁰ söz edilmesinde isabet vardır. Kararlara konu olayda, yurt dışında icra edilen tıbbi müdahale ile biyolojik cinsiyetini değiştiren ve ülkeye dönüş yapan davacı, ülkedeki nüfus kayıtlarının mevcut duruma göre güncellenmesi için dava açmıştır. Bu dava her ne kadar yerel mahkemede kabul edilse de Yargıtay işletilen kanun yolunda bozma

Sezer, 2014/5629, T. 21/11/2017; *Vavřička and Others/the Czech Republic*; Committee on the Rights of the Child, *M.H/Finland*, No. 23/2017, 16/03/2020, (CRC/C/83/D/23/2017).

¹⁶⁹ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 134. Bu bahiste ötenaziye ilişkin tartışmalar gündeme gelmekle beraber çalışmamızın kapsamı gereği söz konusu hususta değerlendirme yapılmamıştır.

¹⁷⁰ Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1981/232, K. 1981/62, T. 05/06/1981; Yargıtay 2. HD., E. 1981/8911, K. 1982/259 T. 21/01/1982; Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1982/254, K. 1982 420 T. 06/09/1982; Yargıtay 2.HD., E. 1982/9468, K. 1932/10021, T. 30/12/1982. (Aktaran: Micheal R. Will/Bilge Öztan, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu", **Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XLIII, No: 1, 1993, s. 227-268.

kararı vermiş ve bozma kararı doğrultusunda kurulan yeni yerel mahkeme kararı, temyiz merciinde kesinleşmiştir.

Oy çokluğu ile alınan bu karar kapsamında Yargıtay; Almanya, İtalya, Hollanda ve Fransa yüksek mahkemelerinin ve temyiz mercilerinin 2000’li yıllara kadar oybirliği ile alageldiği kararlarla¹⁷¹ aynı doğrultuda olarak bireylerin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırları bakımından keskin bir tutum benimsemiştir. Çoğunluk görüşü, davanın konusunu teşkil eden olayı, davacının “*özgür iradesi ile ve operasyonla erkeklik organlarını yok ettiren, psikolojik yönden kendini kadınlığa intibak ettiren ve sun’i yolla da olsa vücuduna kadınlara özgü bir görünüm getirmesi*” şeklinde niteleyerek; çözümün duygusal düzlemde aranmasının yanlış olacağını, kişinin serbest iradesi ile ve keyfince biyolojik cinsiyetini değiştiremeyeceğini, aksi kabulün kanuna karşı hileye göz yumulması manasını taşıyacağını ve bu yolla haksız menfaat elde etmek isteyen kişiler olabileceğini savunmuştur¹⁷². İki sayfa uzunluğundaki bu görüş, hem on dört sayfa uzunluğundaki azınlık görüşü kapsamında hem de öğretilerdeki yazarlar tarafından yoğun eleştiriye tabi tutulmuştur¹⁷³.

Bülent Ersoy kararları, rızanın konu bakımından muteberliğinin denetlenmesi noktasında “hukuka veya ahlaka aykırı olmama” ölçütünün ne surette yorumlanacağını belirlenmesindeki önemi gözler önüne sermektedir. Özellikle “ahlaka aykırı olmama” ifadesi üstünde pek çok farklı görüşün ileri sürülebilmesi mümkün olduğundan söz konusu ölçütün nesnelleştirilmesinde çok büyük fayda vardır. Öğretilerde, söz konusu ölçütün Alman öğretisinde dar şekilde yorumlandığı¹⁷⁴; mevzubahis müdahalenin, kişinin toplum yaşamına katılmasını engelleyecek nitelik

¹⁷¹ Bkz. Will/Öztan, “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu”, s. 231-232.

¹⁷² Yargıtay 2. HD., E. 1986/651, K. 1986/3256, T. 27/03/1986: “Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyat yüzünden, cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkanları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin, meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. İşte, duygusal zeminde çözüm aramak doğru olamaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş ve fakat kadın da olamamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz.”

¹⁷³ Eruğrul Uzun, “Hukuk Mantığının Sorunları: Yargı Kararlarının Doğruluğu Üzerine”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 177-189.

¹⁷⁴ Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, s. 136.

taşımadığı ve amacının da ahlaka aykırı olmadığı takdirde bu yöndeki rızanın geçerli sayılması gerektiği¹⁷⁵ ifade edilmektedir.

Kanımızca, yalnızca ve müstakilen müdahaleye rıza veren ferdi ilgilendiren, toplumsal yaşama düzenine ne maddi ne de manevi açıdan zarar verdiği söylenebilen tıbbi müdahalelerin ahlaka aykırı olmadığı ifade edilmelidir. Bu değerlendirmede kullanılacak temel kıstas ise rasyonalitedir.

D. Nitelikli Unsurlar

Faile verilecek cezanın suç normunda öncelikle tarif edilmiş temel şekle nazaran arttırılmasına sebebiyet veren unsurlara nitelikli unsur adı verilmektedir¹⁷⁶. Taksirle yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nın 89'uncu maddesi kapsamında da verilecek cezanın ağırlaştırılmasını gerektirecek nitelikli haller düzenlenmiştir¹⁷⁷.

Maddenin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş ve vücuda getirilen neticenin özelliğine göre sınıflandırılmış nitelikli haller seçimlik olup içlerinden herhangi birisinin vuku bulması halinde verilecek olan cezanın yarı oranında arttırılması gerekmektedir. Buna göre, taksirle yaralama suçu nedeniyle *duyu veya organlarının birisinde sürekli işlev zayıflığı, kemik kırılması, konuşmada sürekli zorluk, yüzde sabit iz, yaşamın tehlikeye girmesi veya gebe kadının çocuğunun vaktinden önce doğması* neticelerinin husule gelmesi gibi durumlarda, suçun temel şekline göre tayin edilecek ve üç ay ilâ bir yıl arasında olacak ceza, yarı oranında arttırılacaktır. Öte yandan suçun düzenlendiği maddenin 3'üncü fıkrasında sayılan nitelikli hallere göre ise suç sebebiyle *iyileşemeyecek bir hastalığa ya da bitkisel hayata girme, duyu veya organlarının birisinde işlev kaybolması, konuşma ya da çocuk yapma yeteneğinin yitirilmesi, yüzde sürekli değişiklik veya gebe kadının çocuğunun düşmesi* neticelerinin meydana geldiği olaylarda suçun temel şekline göre tayin edilecek ceza bir kat

¹⁷⁵ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s. 215-223.

¹⁷⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 220. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 140.

¹⁷⁷ Suçun nitelikli unsurlarının, mevzubahis haksızlığın içeriğini azaltması veya arttırması hasebiyle suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinden farklı mahiyette olduğu yönündeki görüş için bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 144.

arttırılacaktır. İfade edilmelidir ki somut olayda bu neticelerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti meselesi, bilirkişi raporu alınmasını gerektirmektedir¹⁷⁸.

III. KUSUR

Taksirle yaralama suçunun tüm unsurlarının oluşmuş olması, hekimin cezalandırılacağı anlamına gelmemekte; cezalandırılabilirlik için ayrıca hekimin özgür iradesi ile husule getirdiği haksızlıktan ötürü kınanabilir olması da aranmaktadır¹⁷⁹. Hekimin taksirle yaralama suçunu işlemekten ötürü kınanabilmesi için, dikkat ve özen yükümlülüğünün gereklerini kişisel olarak öngörebilmesi; bunun gereklerini anlayabilir olması ve bu gereklere uygun davranabilir olması icap etmektedir¹⁸⁰. Böylesine bir ölçme ve tartma faaliyetinin neticesinde hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasının ondan hiç veya kısmen istenemeyeceği durumlarda ise kusursuzluktan veya kusurun azalmasından söz edilecektir¹⁸¹.

Hekimin savunmacı davranışı bağlamında bu hallerin mevzubahis olup olmadığı sorusu, hekimden hukuka riayet etmesinin beklenip beklenemeyeceği

¹⁷⁸ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 218 vd; Yargıtay 1. CD., E. 2015/1652, K. 2016/1585, T. 29/03/2016.

¹⁷⁹ Adem Sözüer, “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C. XXI, No: 1-2, 1995, s. 468; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 390; Koca/Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 311; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, No: 2, 2014, s. 205, dn. 2. Klasik suç teorisini benimsemiş yazarlar karşısında, günümüz Türk ceza hukuku öğretisindeki baskın görüş, kusurluluk ile manevi unsurun aynı veya büyük oranda birbiriyle örtüşen kavramlar olduğu düşüncesini kabul etmemektedir. Bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 390; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 33 vd. Buna karşın, klasik okul düşüncesi doğrultusunda vücut bulmuş psikolojik teoriye göre, özgür iradesi bulunan fail, hukuk düzenine aykırı davranışı gerçekleştirmeyi istediği için *kusurludur* ve bu bağlamda kusur mefhumu, fail ile fiil arasındaki psişik bağı ifade etmektedir. Psikolojik teorinin özellikle taksirli suçlar açısından kusur mefhumu açıklamakta yetersiz kaldığının kabulü üzerine ileri sürülen düşünceler etkisinde ise normatif teori oluşturulmuştur. Buna göre kusur, failin hukuk düzeni bünyesinde üstüne düşenleri yapmama yönünde oluşturduğu iradesi nedeniyle kınanabilir olup olmadığına göre yapılacak normatif değerlendirmeye işaret etmektedir. Bkz. Hasan Karakehya/Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. III, No: 2, 2015, s. 1-24; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 392. Klasik okulun; Beccaria, Hugo de Groot, Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Bentham, Kant ve Hegel gibi yazarların suç ve cezaya ilişkin savundukları farklı görüşlerin Rossi, Ortolan ve Carrara gibi yazarlarca uzlaştırılarak ileri sürülmüş düşünceler ekseninde oluşturulmuş genel teoriye verilen isim olduğu hakkında bkz. Dönmezer/Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, s. 72.

¹⁸⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 401; Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 173.

¹⁸¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 402.

(istenebilirlik) veya *haksızlık bilinci* gibi meselelerde yapılacak değerlendirmeler bağlamında önem arz etmektedir¹⁸². Söz konusu fikrî mesainin sonucunda hekimin kusurunun azaldığı neticesine varılması mümkündür.

Kusur mefhumu, hekimin savunmacı davranışları çerçevesinde düşünüldüğünde gündeme gelmesi en muhtemel durumların; tehdit veya korkutma hali gibi mazeret nedenleri¹⁸³ ile kusurluluğu etkileyen hata halleri olduğu ifade edilebilir. Bilindiği üzere mazeret nedenlerinin failin kusurunu etkilediği kabul edilmekle beraber, bu nedenlerin varlığı halinde ne haksızlık ne de kusur bütünüyle ortadan kalkmaktadır. Bir diğer deyişle, tamamen kusursuz addedilememesine rağmen, hekimin yine de cezalandırılmayacağına veya cezanın azaltılmasına karar verilmesini gerektiren haller, mazeret nedenlerinin bulunduğu hallerdir¹⁸⁴. Nitekim mazeret nedenleri, failden hukuka uygun davranmasının beklenemeyeceği istisnai durumları ifade eder; bu müstesna hallerde hekim açısından mühim bir “motivasyon baskısı” gündeme gelmekte ve hekimin işlediği haksızlığın içeriği böylece azalmaktadır¹⁸⁵.

Çalışmanın ikinci bölümünde etraflıca izaha gayret edildiği üzere, savunmacı davranışlara başvuran hekimlere gerek psikolojik gerekse fiziki boyutta çok farklı şekilde baskı uygulanması mümkün olmakta; bu baskılara maruz kalan hekimler aleyhlerinde hukuki, mesleki veya fiziki düzlemde şiddetli bir tehdit bulunduğunu hissetmektedirler. Öyle ki, bu baskılar nedeniyle yoğun stres altında çalışmak zorunda kalan hekimlerin, hatalı tıbbi müdahale mefhumunun ikincil kurbanları olduğu

¹⁸² Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi” s. 205, dn. 2. Nitekim özellikle taksirli suçlar açısından, kasıtlı suçlarda yapılacak değerlendirmelere ilave olarak failin davranışı yapma kabiliyeti ve özene uygun davranışın ondan istenebilirliği açısından da değerlendirmeler yapılması gerektiği aktarılmaktadır. Bkz. Koca/Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 229.

¹⁸³ Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 42-46. Zorunluluk halini mazeret nedeni olarak kabul etmeyen görüş hakkında açıklamalar için bkz. Murat Önok/Işık Önay, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXVII, No: 2, 2019, s. 873.

¹⁸⁴ Sözüer, “Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasında Sorular ve Cevaplar”, s. 232; Bekar, **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, s. 28; Murat V. Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı bir Deneme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. IX, No: 24, 2016, s. 127.

¹⁸⁵ Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s.205, dn. 2.

savunulmaktadır¹⁸⁶. Aleyhinde bir kere dava açılmış hekim, uzun süren yargılama süreçlerinde sadece maddi ve manevi ıstırap duymamakta ayrıca suçluluk hissi, yılgınlık ve mesleki itibar kaybı gibi kötücül duygularla da mücadele etmektedir.

Savunmacı tıbbi tetikleyen bu gibi baskıların hekimlerde yol açtığı fiziki, psikolojik ve davranışsal etkiler üstünde çalışan *Hurtado-Hoyo*, 1993 yılında yayımladığı çalışmasında hekimlerin klinik yargı sendromu (*el síndrome clínico judicial*) adını verdiği bir hastalık geçirebildiğini tespit etmiştir¹⁸⁷. Buna göre beklemediği bir anda kendisine çağrı kâğıdı tebliğ edilmiş hekimlerde, dava dilekçesinde kullanılan saldırgan dil gibi tetikleyici (*el factor desencadenante*) etkenler nedeniyle sindirim sistemi kanaması, ishal, yüksek tansiyon ve astım gibi fiziki semptomlara ek olarak kaygı bozukluğu, paranoya ve depresyon gibi sorunlar ya da sosyal ilişkilerde gerilemelere yol açan davranışsal bozukluklar gözlemlenebilmektedir¹⁸⁸. Bu gibi fikirlerden yola çıkılan bir eserde, savunmacı davranışlara girişen hekimlerin içgüdüsel ve adeta *Pavlovyan* tepkiler verdikleri savunulmaktadır¹⁸⁹.

Hukuka uygun davranılmasının failden istenemeyeceği durumların izahı bakımından artık klasikleştiği aktarılan *fatyon sürücüsü* örneğinde fail, işverenin baskısı ve işini kaybetme korkusu altında iken hâkim olunması güç olduğu bilinen ve zar zor gem vurulan at ile yolcu taşınması yapmaya başlamış ve bu esnada meydana

¹⁸⁶ Elisabeth Assing Hvidt *et al.*, “How is Defensive Medicine Understood and Experienced in a Primary Care Setting? A Qualitative Focus Group Study Among Danish General Practitioners”, **British Medical Journal Open**, C. VII, No: 12, 2017, s. 1-8.

¹⁸⁷ Elías Hurtado Hoyo *et al.*, “El Síndrome Clínico Judicial”, **Revista de la Asociación Médica Argentina**, C. CXIX, No: 4, 2006, s. 8-16.

¹⁸⁸ Hoyo, “El Síndrome Clínico Judicial”, s. 10-11: “Alteraciones orgánicas: asma bronquial; hemorragias digestivas; infarto de miocardio; hipertensión arterial; cefaleas; accidentes vasculocerebrales; diarreas; dermatopatías; inmunodepresión; agotamiento físico. Alteraciones psicológicas: angustia; ansiedad; depresión; ideación paranoide; inestabilidad emocional; irritabilidad; disfunciones sexuales; insomnio. Alteraciones conductuales: bloqueo intelectual; frustración moral; despersonalización; caída de la autoestima; trastornos de conductas personales; de relación familiar y/o social; modificación de la relación médico-paciente, médico-familia, médico-médico, médico-institución; medicina defensiva; consumo de tóxicos (fármacos, alcohol, drogas, otros)”; Pellino/Pellino, “Consequences of Defensive Medicine, Second Victims, and Clinical-Judicial Syndrome on Surgeons Medical Practice and on Health Service”, s. 331-337.

¹⁸⁹ Öğretide ileri sürülen bir argümana göre savunmacı davranışa girişen hekimin motivasyonu, beynin analitik hesap yapan ön lobu içinde değil; zihnin en ilkel katmanlarından olan *id* güdümünde olarak *amigdala* merkezli ve *limbik* sistem vasıtasıyla şekillenmektedir. Bkz. Bean, “Defensive Medicine: Rational Response to Irrational Risk”, s. 568.

gelen kazada yolcu yaralanmıştır¹⁹⁰. Bu olayda Alman yargılama makamları, beklenemezlik düşüncesinden hareketle failin kusuru bulunmadığına kanaat getirerek beraat kararı vermiştir.

Kanımızca, savunmacı tıbbi müdahaleler bağlamında da istenemezlik ilkesi ışığında TCK'nın 28'inci maddesinde düzenlenen mazeret nedeninin gündeme gelebileceği, en azından kuramsal düzlemde düşünülebilir. Anılan maddeye göre *karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit* nedeniyle suç işleyen faile ceza verilmemektedir. Bununla birlikte, bir olayda söz konusu madde şemsiyesi altında bir mazeret nedeninin bulunduğu kabul edilebilmesi için hekimin tehdit veya korkutma gibi manevi zorlamanın¹⁹¹ muhakkak ve ağır nitelikte olması gerektiği ifade edilebilir.

Çalışmamızda izah edilen savunmacı hekim davranışlarının sebepleri ve tetikleyicileri ile birlikte hekimlerin mesleklerini icra ederken maruz kaldıkları sair baskılar, mazeret nedenlerinin kusur başlığı altında dikkate alınmasına el verecek seviyeye erişebilir görünmektedir. Hekime karşı şiddet olgusunun, maalesef, ülkemiz gündeminin olağan gündem maddeleri arasında olduğu hususu da düşünüldüğünde, hekimin muhakkak ve ağır hüviyet taşıyan manevi zorlama altında kalabileceği ihtimalinin gözden ırak tutulmaması gereklidir. Manevi zorlama nedeniyle kusur durumunun etkileneceği durumların, savunmacı kaçınma davranışları açısından gündeme gelebilecek ihmali davranışlarda ve bilhassa hekimin olası kastla sorumlu tutulabileceği görünüşte ihmali suçlar bağlamında gündeme gelmesi mümkün olabilecektir.

Son olarak aydınlatılmış onam mevcut olmamasına rağmen hekimin aksi yöndeki düşünceyle ve giriştiği tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu zannıyla hareket etmesi halinde TCK'nın 30'uncu maddesinin 3'üncü maddesindeki hata

¹⁹⁰ Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı*, s. 185.

¹⁹¹ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 357. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234 vd.

halinin gündeme gelebileceği ve bu kapsamda kusurluluğun etkileneceği ifade edilebilir¹⁹².

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

TCK sistematüğinde cezalandırılabilirliğin alanını genişleten bir ceza hukuku kurumu olarak teşebbüs, ancak failin *iter criminis* içinde belli bir aşamayı kat ettiğı hallerde ve sadece kasten işlenebilen bir suç açısından gündeme gelebilmektedir¹⁹³. Dolayısıyla taksirle yaralama suçuna teşebbüs mümkün değildir. Benzer şekilde, suç aştirak de ancak kasten işlenen suçlar açısından söz konusu olmaktadır¹⁹⁴. Bununla beraber, failin davranışının birden çok suç normunu ihlal etmesi veya birden fazla davranışın tek bir suç a tekabül etmesi gibi hallerde gündeme gelen içtima hükümlerinin taksirle yaralama suçu bağlamında uygulama alanı bulması mümkündür¹⁹⁵.

¹⁹² Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 176; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 467-469; Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, s. 364-365.

¹⁹³ Sözüer, **Suç a Teşebbüs**, s. 46. Taksirli suçlara teşebbüsün mümkün olduğı yönündeki aksi görüş hakkında izahat için bkz. Keçelioğlu, **Taksirli Suçun Dogmatığı**, s. 115

¹⁹⁴ Faruk Erem, “Suça İştirak”, **Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, No: 1, 1946, s. 62-107: “*Suç a iştirakten bahsedebilmek için suçun ortağı olan kişilerin muayyen bir suçun işlenmesine katıldıklarını bilmeleri ve istemeleri gereklidir. İştirakteki manevi unsur suç a iştirak iradesidir. Ortaklar iştirak iradesi ile muayyen bir suç a anlaşmışlardır.*”; Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 487.

¹⁹⁵ Bilindiğı üzere ceza hukukunda esas kural, fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza olacağı (*quot crimina, tot poenae*) anlamına gelen gerçek içtima (cezaların içtimai) uygulamasıdır. Bununla beraber, gerçek içtima kuralının birtakım istisnaları bulunmaktadır. Kanunumuzda bileşik suç (TCK m. 42), zincirleme suç (TCK m. 43) ve fikri içtima (TCK m. 44) adı ile ortaya konmuş düzenlemeler, esasında gerçek içtima kuralının istisnalarını teşkil eder. Bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 551; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 588; İçel, **Suçların İçtimai**, b.a. İçtima mefhumu üzerinde yapılacak değerlendirmelerden evvel karşılaşılan ilk sorun, somut olayda fiil teklüğünün mi yoksa fiil çokluğunun mu var olduğı sorusunu ilgilendirmektedir. Öğretide söz konusu mesele bakımından *doğal anlamda hareket teklüğü*, *hukuki (tipik, normatif) hareket teklüğü* ve *doğal hareket teklüğü (hareketlerin doğal birliğı)* olmak üzere üç farklı anlayışın üstünde durulduğı görölmektedir. Buna göre doğal anlamda hareket teklüğü, fiziken gözlemlenen beden davranış sayısı kadar hareket olduğı anlamına gelirken hukuki hareket teklüğü ise suçun kanuni tarifinde fiil unsuru olarak tarif edilmiş davranışların tipiklik açısından tek hareket sayılacağını ifade eder. Doğal hareket teklüğü ise failin tek iradi kararı kapsamında aynı mağdura ve hukuki değere karşı gerçekleştirdiğı, zaman ile mekân bağlamında birbirinden ayrı algılanamayacak nitelikteki davranışların tek bir hareket kabul edileceğı manasını taşır. Bkz. Neslihan Göktürk; “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. II, No: 1-2, 2014, s. 32; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 43; Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 542; Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 747; Koca/Üzölmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 512.

Hekimin savunmacı davranışları içtima mefhumu ışığında değerlendirildiğinde, cezalandırmaya esas teşkil edecek davranışın ihmali hareket mi yoksa icrai hareket mi olacağı sorusunun görünüşte içtima başlığında mesele teşkil edebileceği düşünülebilir¹⁹⁶. Bu noktada, cezalandırılmayan önceki veya sonraki hareket mefhumu üstünde durulmalıdır. Hekimin ilk icrai hareketi ile husule getirdiği hukuka aykırılığın, bu davranışı izleyen ihmali davranışla ortaya çıkan hukuka aykırılığı kapsamaması halinde cezalandırılmayan önceki veya sonraki hareketin varlığı kabul edilecektir¹⁹⁷.

İcrai davranışı ile taksirle yaralama suçunun nitelikli hallerinden birisine neden olduğunu fark eden hekimin, durumdan haberdar olması halinde zararı azaltma imkânı olan hastasını, hastanın aleyhinde dava açabileceği korkusu nedeniyle bilgilendirmemesi ihtimalinde cezalandırmaya esas teşkil edecek davranış ne olacaktır? Bu noktada, genel anestezi etkisindeki hasta üstünde icra edilen tıbbi müdahale esnasında hastasını yaralayan hekim örneği düşünölsün. Ayrıca, söz konusu yaralamanın düzeltme ameliyatı yapılması halinde tedavi edilebilir nitelikte olduğu ve hekimin hastasını durumdan haberdar etmemesi halinde hastanın bu durumu ancak yaralamanın somut zararlarını hissetmeye başladığı anda fark edebileceği fakat yaralamanın sebebini kolayca anlayamayacağı ve bu aşamada artık tedavi olamayacağı farz edilsin. Böylesine bir durumda, kendisine dava açmasından çekindiği için

¹⁹⁶ İcrai ve ihmali hareketlerin fiil tekliği şemsiyesi altında düşünölüp düşünölemeyeceği meselesi tartışmalı olmakla beraber baskın görüşe göre zamansal birlikteliğin bulunması koşulu gerçekleşse dahi ihmali ve icrai hareketlerin fiil tekliği ifade etmesi imkânı yoktur. Buna karşın azınlıkta kalan görüşü benimsemiş yazarlara göre ihmali ve icrai hareket arasında zamansal bakımdan kısmen de olsa bir örtüşme varsa ve hareketler eşdeğer değerde ise fiil tekliğinin kabulü mümkün olabilmekte; bu halde ise icrai hareketin cezalandırılması icap etmektedir. Öğretide bu yönde verilen bir örneğe göre, acil tıbbi müdahale kapsamında hasta A yerine hasta B'ye iğne yapan hekim, taksirli ihmali davranışı ile A'ya iğne yapmayı ihmal etmişken taksirli icrai hareketi ile ise B'ye iğne yapmış olmaktadır. Bu hususta açıklamalar için bkz. Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 751. İhmali ve icrai hareketler arasında fikri içtima bulunup bulunmayacağı sorusuna Alman ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak olumsuz cevap verilirken uygulamada ise olumlu cevap verildiğine dair açıklamalar için bkz. Tuba Kelep Pekmez, **Ceza Muhakemesinde Fiil**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 215. İhmali suçun işlenmesinin belli bir sürece yayıldığı durumlarda icrai hareketin bu suçun işlenişine hizmet etmesi halinde icrai ve ihmali davranışlar açısından fiil tekliğinin söz konusu olacağı hakkında bkz. Erbaş, "İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi", s. 425.

¹⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 567-571; Erbaş, "İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi", s. 430; Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No: 14, 2008, s. 43.

hastasını bilgilendirmeyerek hastasının sağığının bozulmasını engelleme imkanını elinden alan hekim bakımından ne surette bir değeriendirme yapılacaktır? Hekimin taksirli icrai davranışı mı (ameliyat esnasındaki yaralama) yoksa kasıtlı ihmali davranışı mı (hastasına yaralama hakkında bilgi vermeme) mı cezalandırılmalıdır? Kanımızca bu ihtimalde hekim, taksirli icrai davranışını takip eden ihmali davranışı ile hastada neden olduğı zararın miktarını arttırdığından, icrai nitelikteki ilk fiilin cezalandırılmayan önceki hareket olduğı kabul edilecek ve cezalandırmaya esas hareket sonraki ihmali nitelikli fiil olacaktır.

Uygulamada taksirle yaralama suçu ile görevi kötüye kullanma suçu arasındaki içtima ilişkisi üzerinde de tartışma sürdürüldüğü görülmektedir¹⁹⁸. Uygulamada güdülen pragmatik amaçlar bir yana, mesele teorik düzlemde mütalaa edildiğinde bu iki suç arasındaki ayrım bakımından manevi unsur ve özel norm/genel norm mefhumlarının önem kazandığı ifade edilebilir. Öncelikle, tıbbi müdahale nedeniyle yaralanma neticesinin bulunduğı durumlarda, diğeri unsurların da gerçekleşmesi halinde öncelikli olarak tartışılması gereken suçlar, taksirle veya kasten yaralama suçlarıdır. Nitekim özel norm/genel norm ilişkisi uyarınca özel norm hüviyetindeki kasten veya taksirle yaralama suçları, genel norm niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçuna kıyasla öncelikli olarak ele alınmalıdır. Bir diğeri deyişle, ancak taksirle veya kasten yaralama suçlarının oluşmadığı neticesine varıldığı hallerde görevi kötüye kullanma suçunun gündeme gelmesi mümkün olmaktadır. Öyleyse, taksirle yaralama suçu bakımından yapılan değeriendirmede bu suçun oluştuğı sonucuna varıldığında, failin görevi kötüye kullanma suçu bakımından cezalandırılması cihetine gidilmesi mümkün değildir.

Hiç şüphesiz, failin kasten değil taksirle hareket ettiğinin tespit edilmesi halinde, kasten işlenebilen suçların tartışılması imkânı da bulunmamaktadır. Bu bakımdan, failin netice bakımından kasten hareket etmesini öngören görevi kötüye kullanma suçunun, taksirle hareket etmiş hekim açısından gündeme gelmesi de hukuka uygun olmayacaktır. Dolayısıyla tıbbi gerekliliklere aykırı davranış ile yaralama neticesi arasında *uygun illiyet bağının* kurulması durumunda taksirle yaralama

¹⁹⁸ Yargıtay 12. CD., E. 2016/4017, K. 2016/9169, T. 31/05/2016; Yargıtay CGK., E. 2014/103, K. 2014/552, T. 11/11/2013; Yargıtay 12. CD., E. 2019/4586, K. 2019/8136, T. 04/07/2019.

suçunun; kurulamaması halinde ise görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı yönündeki yerleşik Yargıtay uygulamasında¹⁹⁹ isabet yoktur. Doğrusu, fiil ile yaralanma neticesi arasında nedensellik bağının kurulamaması veya yaralanma neticesinin hekime objektif olarak isnat edilememesi halinde, kasten veya taksirle yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmenin ne hukuki ne de mantıki temeli vardır. Fakat görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, hekimin söz konusu suç bakımından kasten hareket ettiği yönünde vicdani kanaate ulaşılması gerekmektedir.

Görünüşte içtima kuralları bakımından gündeme gelebilecek bir diğer mesele, suçun nitelikli hallerini ilgilendirmektedir. Buna göre taksirle yaralama suçunun nitelikli hallerinden birisinin gerçekleşmesine neden olan hekim, özel normun önceliği kuralı gereğince yalnızca suçun nitelikli halinden dolayı cezalandırılabilecektir.

¹⁹⁹ Yargıtay 12. CD., E. 2019/10051, K. 2016/5532, T. 06/07/2021.

SONUÇ

İnsanı muhatap alan ve *tıbbi otoritelere göre tıp mesleğinin sınırları dâhilinde olan her türlü davranış veya etkinlik*, tıbbi müdahale kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Bir müdahalenin *tıbbi* nitelikte olup olmaması ile hukuka uygun olup olmaması sorunları ise birbirinden bağımsız şekilde ele alınması gereken iki ayrı meseledir.

Tıbbi müdahalelerin başarısızlıkla neticelendiği halleri niteleyen iyatrojenez, hatalı tıbbi müdahale ve komplikasyon mefhumlarının hiçbirisi, hekimin cezai sorumluluğunun tespit edilmesi aşamasında tek başına anlam ifade etmemektedir. Zira hatalı tıbbi müdahale nedeniyle ceza hukuku sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, hekimin ceza kanunlarında tanımlanmış ve kınanabilir bir haksızlık gerçekleştirmesi gerekmektedir. Anılan mefhumlar ise bu bağlamda bir tespitin yapılmasına imkân tanımamaktadır. Söz gelimi, tıbbî yazında “*bir hastalığın devamı esnasında meydana gelen veya bu hastalığın sonucu olarak oluşmuş bir başka hastalık veya durum*” şeklinde tanımlanan komplikasyon mefhumu, yaralama neticesinin somut olayda hekime isnat edilip edilemeyeceği değerlendirmesinde yeterli değildir. Doğrusu, komplikasyon kavramına hukukî açıdan yaklaşılması yerine, kavramın tıbbî anlamıyla kabul edilmesi ve hukukî tespitlerin sonraki aşamalarda yapılması daha isabetlidir. Dolayısıyla hastada komplikasyon gelişmesi, zorunlu olarak hekimin taksirinden bahsedilemeyeceği veya yaralamanın hekime isnat edilemeyeceği anlamını taşımamaktadır.

Eldeki çalışmanın konusunu teşkil eden savunmacı hekim davranışı “hekimin mesleği kapsamında icrai veya ihmali nitelikte bir davranışı gerçekleştirirken *hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak amacını*, hastasının tıbbi menfaatine kıyasla önceliği yapması ve bunun somut olayda aldığı kararı bakımından belirleyici olması” şeklinde tarif edilebilir. Hukukî, meslekî veya fizikî bir tehlikeden korunmak amacıyla *icra* edilen tıbbi müdahalelerin “savunmacı güvence davranışı” şeklinde adlandırılması mümkünken aynı amaçla icra etmekle yükümlü olunan bir tıbbi müdahaleye girişmekten imtina edildiği hallerde ise “savunmacı kaçınma davranışı” kavramından söz edilmesi gerekir. Söz gelimi, hastasından veya hasta yakınlarından

gördüğü baskı sebebiyle tıbbi açıdan gereksiz olmasına rağmen sezaryen ile doğum gerçekleştirmek örneğinde savunmacı güvence davranışı bulunmaktadır. Hastaya tıbbi müdahalede bulunduğu esnada ölüm neticesinin vuku bulacağı ve bu neticeden sorumlu tutulacağı endişesini taşıyan hekimin, acil şekilde müdahalede bulunulmadığı takdirde ölme olasılığı yüksek olan hastaya müdahale etmekten imtina etmesi halinde ise savunmacı kaçınma davranışının varlığından söz edilebilir. Görüldüğü üzere her ne kadar savunmacı davranışların hedefi hukukî veya cezaî sorumluluktan kaçınmak olsa da bu davranışların bizzat hukuka aykırı tıbbi müdahalelere yol açabileceği görülmektedir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk olabilmesi için tıbbi gerekliliklere uygun surette icra edilme ve muhatapların aydınlatılmış onamlarının alınması şartlarının sağlanması gerekir. Fakat savunmacı hekim davranışlarından söz edildiği hallerde, aleyhinde hatalı tıbbi müdahale iddiasında bulunulmaması amacını güden hekimin, bu saik nedeniyle tıbbi gerekliliklere aykırı davranışları bilinçli olarak gerçekleştirmesi mümkün olabilmektedir. Bu gibi hallerde adeta bir *Gordion düğümü* ile karşılaşılmaktadır. Keza hekimin hukukî veya cezaî sorumluluktan kaçınmak amacıyla gerçekleştirdiği savunmacı davranışlar, bu amacın tam tersi bir netice vermektedir. Söz gelimi, tıbbi kurallara ve standartlara göre icra edilmesi gerekmeyen bir tıbbi müdahaleyi sırf kendisini güvence altına almak için gerçekleştiren hekimin, mevzubahis müdahalenin tıbbi açıdan gereksiz olduğu bilgisini hastasına vermediği takdirde ortada geçerli bir aydınlatılmış onam olmayacaktır. Öyleyse, dikkatsizlikle tıbbi gerekliliklere aykırı davranmış hekim ancak taksirinden sorumlu tutulabilecekken, tıbbi açıdan gereksiz bir tıbbi müdahaleyi aydınlatılmış onam bulunmaksızın icra eden hekim bakımından bilinçli taksir veya olası kast kavramlarının gündeme gelmesi mümkün olacaktır. Bu gibi durumlarda, hukukî veya cezaî sorumluluktan kaçınmak amacıyla icra veya ihmal edilen tıbbi müdahale, adeta bir *bumerang* niteliğini kazanarak hekimin cezai sorumluluğunu gündeme getirmekte veya verilecek cezanın artmasına sebep olmaktadır.

Kimi devletlerde, hatalı tıbbi müdahalenin fiil unsurunu teşkil ettiği ve yalnızca hekimlerin faili olabileceği özgü suçların düzenlendiği görülmektedir. Fakat Türk ceza hukukunda, eldeki çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla hukuka aykırı tıbbi

müdahalelere ilişkin bir özgü suç düzenlemesi yoktur. Hekimlerin savunmacı davranışlarından dolayı cezai sorumluluğunun gündeme gelme ihtimalinin en yüksek olduğu suç normu ise TCK'nın 89'uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçudur. Hekimin tedavi sürecinde icra ettiği davranışların büyük kısmının hastalara acı verdiği veya onların algılama yeteneklerinin bozulmasına sebep olduğu düşünüldüğünde, pek çok tıbbi müdahalenin yaralama neticesine yol açarak taksirle yaralama suçunun maddî unsurunu vücuda getirdiği ifade edilebilmektedir. Bu bağlamda tıbbî müdahalenin hukukî niteliğinin ne olduğu sorusunun önem kazanmaktadır.

Türk hukuk öğretisi ve uygulamasındaki baskın düşünceye göre tıbbi müdahaleler kural olarak kasten yaralama suçunun tipikliğini meydana getirmekteyse de birtakım koşulların sağlanması şartıyla hukuka uygun hale gelmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk vasfını kazanması için ise kural olarak hukuk düzeninin yetkilendirdiği kimselerce tıbbi gerekliliklere uygun olarak icra edilmeleri ve muhatapların aydınlatılmış onamının alınması icap eder. Tıbbi gereklilikler (veya tıbbi kurallar ve standartlar) ifadesi, her hasta bakımından genel-geçer şekilde uygulama alanı bulan uygulamalara karşılık gelmemekte; hangi durumlarda ne gibi hususların tıbbi açıdan gerekli olduğunun belirlenmesi için, hekimin her hasta bakımından özel bir tıbbi karar alım süreci işletmesi icap etmektedir. Öyleyse somut olayda endikasyonun ne olduğu sorusu, hastayla ilgilenen hekim tarafından tıbbi kurallara ve standartlara riayet edilerek cevaplanmaktadır. Öte yandan, tıbbi kuralların ve standartların ne gibi müdahaleleri gerektirdiği hususu ise tıbbi araştırmaların sonuçları doğrultusunda zaman içinde değişebilmektedir. Dolayısıyla somut olayda tıbbi gerekliliklerin ne olduğu sorusuna verilecek cevap bakımından yürütülecek fikrî mesai, *ex ante* bir bakış açısıyla ve hasta bazında olmalıdır. Tıbbi protokollerin ve uygulama rehberlerinin daha sık kullanılması ve geliştirilmesi; tıbbi kayıtların düzenli şekilde tutulması; kanıta dayalı tıp anlayışının teşvik edilmesi ve tıbbi yazının düzenli olarak takip edilmesi gibi etkinlikler, hekimin taksir sorumluluğunun gündeme gelmesinin önlenmesi noktasında faydalı olacaktır.

Hekimin savunmacı davranışları kapsamında gerçekleştirdiği müdahalelerin, savunmacı tıbbi müdahale olarak isimlendirilmesinde bir sakınca yoktur. Savunmacı

tıbbi müdahale ifadesinin, postmodern toplum düzeninin imal ettiği bir risk olduğu ve anlamını *savunmacı tıp* teriminin ışığında bulan bir terim olduğu ifade edilebilir. Savunmacı tıp terimi ise 1970’li yıllarda ABD’de baş göstermiş hatalı tıbbi müdahale krizlerinin gölgesinde kavramsallaştırılmış ve aralarında ABD, Japonya, Çin, Hindistan, İsrail, Hollanda, Almanya ve ülkemizin de bulunduğu pek çok ülkede yaygın olarak gözlenen bir mefhumdur. Gerek tıbbi gerekse de hukuki yazında bulunan çalışmalar, savunmacı tıbbi müdahalelerin tıbbi kurallara ve standartlara aykırı mahiyette tezahür edebildiğini ve hastaların bu nedenle zarar görebildiğini ortaya koymaktadır.

Çalışmada tespit edilen dört adet temel bulgu vardır. İlk olarak savunmacı tıbbi davranışlar hastanın aydınlatılmış onamının alınması ve tıbbi gerekliliklere uygunluk noktasında sorun teşkil etmektedir. İkinci olarak savunmacı davranışlar, ihmali suçların husule gelmesine sebep olabilmektedir. Üçüncü olarak hekimin savunmacı davranışı sebebiyle suçun manevi unsuru bakımından taksir, bilinçli taksir ve hatta olası kast kavramlarıyla bağlantılı tartışmalar hassasiyet arz etmektedir. Son olarak ise savunmacı davranışların gerçekleştirildiği koşullarda, hekimin muhakkak ve ağır bir korkutmaya maruz kalması halinde kusurluluk başlığında önemli tartışmaların yapılması gerekebilmektedir.

Taksirle yaralama suçu savunmacı hekim davranışları bağlamında düşünüldüğünde, ceza hukukunun amacı ve temel ilkeleri ile beraber korunan hukuki değer öğretisinin önem kazandığı görülmektedir. Nitekim mademki hekimi bu davranışlara başvurmaya iten sebep, hatalı tıbbi müdahale iddiaları temelinde kendisine yönelen baskılardan korunma güdüsüdür; o halde hâlihazırda zaten hekimin tehdit altında hissetmesine yetecek derecede olan baskıların yanına ceza hukuku yaptırımlarını eklemenin makul olmadığı savunulabilir. Öte yandan, hekimlerin başarısızlıkla neticelenen tıbbi müdahalelerden dolayı cezalandırılmalarının, başta *ultima ratio* ilkesi olmak üzere temel ceza hukuku ilkelerine ve cezanın amacına uygun olmayacağı yönünde bir argümanın savunulması da mümkündür. Nitekim oldukça sert kamu yaptırımları ile neticelenebilen ceza hukuku kovuşturmalarının, zaten aleyhlerindeki hatalı tıbbi müdahale iddiaları nedeniyle savunmacı davranışlara başvurmakta olan hekimler açısından gündeme gelmesinin, hâlihazırdaki sorunların

özölmesi bakımından etkili olmayacağı görölmektedir. Bu bakımdan, hatalı tıbbi müdahale iddiası bulunan kimselerin hekimlere karşı yargı yollarını işletmeden evvel Türk Tabipleri Birliğı, Sağık Bakanlığı veya ilgili sağık hizmeti sunucusu bünyesindeki başvuru mekanizmalarını işletmesinin; kolaylaştırılması, teşvik edilmesi ve zorunlu tutulması ile söz konusu mekanizmaların etkinleştirilmesi faydalı olacaktır.

Taksirle yaralama suçu ile korunan hukuki değeri, mağdurun fiziki (*somatik*) veya ruhi (*psikolojik*) sağılığını ve vücut bütünlüğünü içeren vücut dokunulmazlığı hakkıdır. Tipikliğin vücutta gelip gelmediğı noktasında yapılacak yorumda; korunan hukuki değeri ihlal edilip edilmediğı ve bu bağlamda fiilin önemsiz olup olmadığı hususlarının dikkate alınması gerekmektedir. Vücut dokunulmazlığı hakkının çerçevesinin çizilmesi açısından ulusalüstü insan hakları hukukunun ve uluslararası organlardan sâdır kararların büyük önemi vardır. Bilhassa AİHM, Ame.İHM veya Kadınlara Yönelik Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi gibi uluslararası organların vermiş olduğı kararların oldukça yol gösterici olduğı ifade edilebilir. Söz konusu kararlar ışığında yapılan değeriendirmede, somut olayın koşullarına bağılı olarak hatalı tıbbi müdahale iddialarına ilişkin ceza soruşturmasının açılmaması halinde ulusalüstü insan hakları hukukunun ihlal edildiğı neticesine varılabildiğı görölmektedir.

Taksirle yaralama suçunun unsurları açısından yapılacak değeriendirmede ilk karşılaşılan mesele, hayatın başlangıç anını ilgilendirmektedir. Nitekim yaşamın doğum anından evvel başladığı düşüncesinin kabulü halinde ceninlerin de söz konusu suçun mağduru olması gündeme gelecektir. Ceninleri koruyan suç normlarının varlığı karşısında ve mevcut Türk ceza hukuku normları ışığında bebeklerin, anne karnından *kısmen de olsa* ve *herhangi bir görünümle* canlı olarak çıkması anından itibaren bu suçun mağduru olabileceğı söylenmelidir. Öte yandan suçun fiil unsuru bakımından gündeme gelen bir diğeri mesele, ihmali ve icrai hareket ayrımı olmaktadır. Öğretideki görüşlerin değeriendirilmesinden sonra ulaşılan neticeye göre, cezalandırmanın ihmali harekete mi yoksa icrai harekete mi dayandırılacağı sorusu; içtima kurallarını ilgilendiren bir meseledir.

Hekimin savunmacı davranışlarının taksirle yaralama suçunun unsurları bakımından anlam ifade ettiğı diğeri mesele, bu davranışların muhataplar

nezdinde zarara yola açarak söz konusu suçun neticesine vücut verebilmesidir. Ceza hukuku çerçevesinde, *hiç kimsenin* öngöremeyeceği bir netice açısından ancak *hiç kimse* kınanabilir. Dolayısıyla hekimin savunmacı davranışı ile hastasını yaraladığı olaylarda objektif isnadiyet kuramından faydalanılmalıdır ve ancak yaralama neticesinin hekime objektif olarak isnat edilebildiği durumlarda suçun maddi unsurlarının tamamlandığından bahsedilmelidir.

Bu noktada savunmacı davranışların özellik arz ettiği bir durumun daha belirdiği görülmektedir. İlk olarak her tıbbi müdahale, tıbbi etkinliklerin mahiyeti itibariyle muhatapları bakımından zaten az veya çok risk barındırmaktadır; zira her insan bünyesinde *inter alia* çevre koşullarına bağlı olarak farklılıklar vardır ve tıp bilimi, icra edilen tıbbi müdahalenin muhatabın bünyesinde ne sonuç verebileceğini ancak tahmin edebilmektedir. Bu doğrultuda, tüm kurallara ve standartlara uygun şekilde icra edilen tıbbi müdahalelerin dahi, muhatapları nezdinde enfeksiyon geliştirmesi veya kanamaya yol açması gibi komplikasyon riskleri vardır. Nitekim bu ve bunun gibi sebeplerle tıbbi müdahalelerin izin verilen risk alanında icra edildikleri kabul edilmektedir. Bu izin verilen risk alanının sınırlarını ise en başta tıbbi kurallar ve standartlar çizmektedir. Öyleyse, savunmacı güvence davranışıyla tıbbi gerekliliklere aykırı müdahalede bulunan hekimin, bu müdahale ile muhatabının sağlığı bakımından hukuka aykırı bir risk meydana getirdiği veya var olan riski hukuka aykırı şekilde artırdığı savunulabilecektir. Örneğin gereksiz tıbbi müdahalelere girişilmesi sebebiyle muhatabın vücudunda enfeksiyon gelişmesi gibi komplikasyonların vuku bulma riskinin hukuka aykırı şekilde arttırıldığı ifade düşünülebilmektedir. Bu gibi hallerde, hekimin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından bahsedilmesi ve meydana gelen yaralama neticesinin hekimlere objektif olarak isnat edilebilmesi mümkündür.

Tıbbi kurallara ve standartlara riayet ederek ve endikasyona uygun surette tıbbi müdahalelere girişen hekim bakımından taksir kavramının gündeme gelme ihtimali bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu koşullarda icra edilen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlansa ve hastaya zarar gelse dahi, hekimin cezai sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğinin ifade edilmesi gerekir. Savunmacı tıbbi müdahale kavramı, bu noktada kendi içinde çelişkili ve karmaşık bir sorun olarak boy göstermektedir. Zira

ifade edildiği üzere azamî dikkatle ve mevcut tıbbi gerekliliklere uygun surette icra edilen tıbbi müdahalelerin bile hasta bünyesi açısından ifade ettiği riskler bulunmaktadır. Bu risklerin husule gelmemesi ve tıbbi müdahalelerin izin verilen risk alanında gerçekleştirilmesinin temini için, tıbbi protokollerin ve uygulama rehberlerinin sıkça kullanılması ve geliştirilmesi; tıbbi kayıtların düzenli şekilde tutulması; kanıta dayalı tıp anlayışının teşvik edilmesi ve tıbbi yazının düzenli olarak takip edilmesi hekimler bakımından oldukça faydalı olacaktır.

Hekimin savunmacı davranışları ile taksirle yaralama suçunun maddi unsurlarının husule geldiği kabul edilse dahi, somut olayda taksirin oluşmaması halinde herhangi bir suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Ceza hukuku açısından merkezî önemi haiz husus, hekim müdahalesinin *ex ante* bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde tıbbi kurallara ve standartlara aykırı olup olmadığı sorusu çevresinde yoğunlaşmaktadır. Çalışma bakımından özellikle dikkat çekilmesi gereken meselelerden birisi burada düğümlenmektedir. Zira aleyhinde hatalı tıbbi müdahale iddiasında bulunulmaması amacıyla hareket eden hekimin, tıbbi açıdan gereksiz bir müdahaleye bilinçli şekilde girişmesi (veya girişmemesi) sebebiyle hastanın yaralanması durumunda, (bu nedenle hastaya zarar verebileceğinin farkında olup olmamasına bağlı olarak) bilinçli taksir veya olası kast kavramlarının gündeme gelmesi mümkün hale gelmektedir.

Çalışma bakımından büyük önem taşıyan bir diğer mesele, savunmacı hekim davranışlarından söz edilen olaylarda hukuka uygunluk nedenlerinin ne şekilde değerlendirileceğidir. Hiç şüphesiz, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi için, bu müdahaleyi icra eden kişinin hukuk düzenince yetkilendirilmesi ve müdahalenin muhatabının aydınlatılmış onamının bulunması gerekmektedir. Burada önem arz eden husus, hekimin savunmacı davranışının aydınlatılmış onam bağlamında değerlendirilmesi olmaktadır. Zira aleyhinde hatalı tıbbi müdahale iddiasında bulunulması riskini önleme saiki ile hareket eden hekimin, tıbbi gerekliliklere aykırı davranışları bakımından hastasını bilgilendirmeyebileceği düşünülebilir. Hasta açısından risk barındıran ve tıbbi açıdan gereksiz olan bir müdahaleyi, hasta yakınlarının talebi üzerine ve adeta onlara “hoş görünmek” adına icra eden hekim burada örnek olarak düşünülebilir. Bu hekimin, icra edeceği tıbbi

müdahalenin “tıbbi kurallara ve standartlara göre gereksiz olduğu” veya “tıbbi endikasyon bulunmamasına rağmen icra edileceği” şeklindeki bilgileri hastaya vermediği ihtimalde, ortada geçerli bir aydınlatılmış onam olamayacağı ifade edilebilir. Bir diğer deyişle, bu durumda ortada geçerli bir bilgilendirmenin bulunmayacağı ve bu açıdan hastanın muteber bir rızasının da söz konusu olamayacağı söylenerek tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmadığı savunulabilir. Öyleyse, hasta ile hekim arasındaki iletişimin kuvvetlendirilmesi, iletişimin sağlıklı şekilde kurulabilmesi için hekimin hasta ile geçirdiği zamanın arttırılmasına yönelik önlemlerin alınması ve hekimin iş yükünün azaltılması gibi tedbirlerin, hekimin savunmacı davranışlara itilmemesi ve cezai sorumluluğunun gündeme getirilmemesi bakımından faydalı olacağı ifade edilebilir.

Hekimin savunmacı davranışının taksirle yaralama suçunu oluşturduğu neticesine ulaşıldığında, söz konusu davranışın muaheze edilip edilmeyeceği hususu kusurluluk başlığı altında tartışılacaktır. Yoğun iş yükü altında çalışan hekimin, hastası tarafından kendisine fiziki bir saldırı gerçekleştirilebileceği yönünde tehdit hissetmesi gibi durumlarda mazeret nedenlerinin gündeme gelebileceği düşünölebilir. Söz gelimi, muhatabının kendisine her an fiziksel şiddet uygulayabileceği endişesini taşıyan hekimin, bu tehditte kurtulabilmek için hastaya zarar verme ihtimali çok düşük bir gereksiz tıbbi müdahaleye girişmesinden ibaret fiilin hukuk düzenince kınanamayacağı veya bu fiilin suç oluşturması halinde verilecek cezanın indirilmesi gerekeceği düşünölebilir. Burada, kendisine belli bir ilaç bakımından reçete yazılması talebiyle kendisine yaklaşan ve hekimi tehdit eden hastaya bu ilacın reçete edilmesi örneği düşünölebilir. İlacın reçete edilmesinin tıbbi gerekliliklere aykırı olduğunu ve kullanım halinde görece önemsiz yan etkiler (halsizlik veya uyku hali gibi) oluşabileceğini bilen hekimin; ilacı hastadan “karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit” görmesi dolayısıyla reçete etmesi halinde zorunluluk halinin tartışılması imkânı vardır. Bu veya bunun gibi örneklerde hekimin hukuka uygun davranmasının ondan beklenemeyeceği/istenemeyeceği neticesine ulaşılması halinde, hekimin muaheze edilemeyeceği veya cezasının indirilmesi gerekeceği kabul edilebilir.

Sağlık hizmeti sunucularının basamaklandırılması uygulamasının henüz başaramadığı ülkemizde, hekimlerin iş yükünün makul olmayan seviyelere yükseldiği görülmektedir. Sağlık Bakanlığı istatistiklerinden de görüldüğü üzere hekimlere sağlık hizmeti talebiyle yapılan başvuru sayısı, sağlık sistemindeki işleyişi olumsuz şekilde etkileyecek oranda yüksektir. Başta acil sağlık hizmetleri olmak üzere farklı sağlık hizmetlerine yönelen talep sayısındaki bu yükseklığe, toplumun sağlık hizmetlerinden beklentilerinin büyüklüğü eşlik etmektedir. Mesleği böylesine bir baskı altında icra etmeye gayret eden hekimler, tedavi etmek maksadıyla iletişime geçtiği hastalardan ve hasta yakınlarından fiziki şiddet görebilmekte; kasten yaralama suçunun mağduru olabilmektedir. Gerek ülkemizde gerekse de yurt dışında savunmacı davranışlar üzerinde yapılan pek çok çalışma, hekimlerin mesleklerini değişik açılardan ve ciddi baskılar altında yürüttüğünü göstermektedir. Bu baskılar yer yer psikiyatrik ve somatik hastalıklara yol açmakta; bazen fiziksel şiddet hüviyetine bürünmektedir. Böylesine hallerde, taksirle yaralama suçunu işlense dahi hekimin muaheze edilip edilmeyeceği hususu mesele teşkil etmektedir. Dolayısıyla, *Yargıç Herkül*'den beklenti, cezai sorumluluğu tartışma konusu edilen hekimlerin kusurlu olup olmadığı değerlendirmesinde, mevzubahis motivasyon baskılarını ve kusurluluğu etkileyen sebepleri dikkatli şekilde hesaba katmasıdır.

Çalışmanın nihayetinde ulaşılan sonuç, “sebebin ortadan kaldırılması halinde sonucun da ortadan kalkacağı (*sublata causa tollitur effectus*)” düşüncesiyle aynı doğrultuda olmuştur. Görülen odur ki, savunmacı tıbbın bireylere verdiği zararın önlenmesi bakımından ceza hukuku yaptırımlarına değil, hekimleri savunmacı davranışlara iten sebeplerin ortadan kaldırılmasına dönük kanunî düzenlemelere ve uygulamaya ihtiyaç vardır. Hekimlerin tıbbi gerekliliklere aykırı davranışlara itilmesinin en önemli sebebinin hukukî veya cezaî sorumluluktan kaçınma arzusu olduğu düşünüldüğünde, hekimlerin kaçınmak isteyeceği tehditler listesine ceza hukuku yaptırımlarının eklenmesinin makul olmadığı ve mevcut problemin *ultima ratio* ilkesi üzerinde bina edilmiş ceza hukuku ile çözülemeyeceği neticesine ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbaş, Ali: “Türkçedeki Sal/Sel Sorunu”, **Türk Dili**, Yıl: 68, No: 795, 2018, s. 36-38.
- Akbulut, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- Aksoy, Hakan: “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, **International Journal of Economics, Politics, Humanities and Social Sciences**, C. IV, No: 1, 2021, s. 10-27.
- Algan, Bülent: **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Alhafaji, Yasmin: “The Role of Criminal Law within the Healthcare Sector”, **Medicine and Law**, C. XXXI, No: 4, 2012, s. 567-588.
- Altun, Gürcan/Yorulmaz, Coşkun: “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, C. XXVII, N: 1, s. 7-12.
- Arıkan, Mustafa/Kalkan, Erdal/Erdi, Fatih/Deniz, Mehmet/İzci, Emir: “Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Türk Nöroşirürji Dergisi**, C. XXVI, No: 1, 2016, s. 40-48.

Artuç, Mustafa:

Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.

Aşçıoğlu, Çetin:

Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, y.y., 1993.

Ayan, Mehmet:

Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

Baba, Yasemin:

“Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2017.

Barr, John/Kauffman, Timothy:

“Iatrogenesis in Older Adults”, **A Comprehensive Guide to Geriatric Rehabilitation**, 3. Baskı, Editör: Timothy L. Kauffman/Ron Scott/John O. Barr/Michael L. Moran, Edinburgh, Churchill Livingstone, 2014, s. 418-422.

Basett, Ken/Iyer, Nitya/Kazanjian, Arminee:

“Defensive Medicine During Hospital Obstetrical Care: A By-Product of the Technological Age”, **Social Science & Medicine**, C. LI, No: 4, 2000, s. 523-537.

Başer, Aysel/Şahin, Hatice:

“Tıbbi Beşeri Bilimler”, **Tıp Eğitimi Dünyası**, C. XVI, No: 49, 2017, s. 49-59.

Baungaard, Nathalie/Skovvan, Pia/Hvidt, Elisabeth/Gerbild,

“How Defensive Medicine is Defined and Understood in European Medical

Helle/Andersen, Merethe/Lykkegaard,
Jesper:

Literature: Protocol for a Systematic
Review”, **British Medical Journal**
Open, C. X, No: 2, 2020, s. 1-4.

Bayraktar, Köksal:

Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai
Sorumluluğu, İstanbul, Sermet
Matbaası, 1972.

Bean, James Richard:

“Defensive Medicine: Rational
Response to Irrational Risk”, **World**
Neurosurgery, C. XCIV, 2016, s. 568-
569.

Bean, James:

“Defensive Medicine: A Game in Which
Perception Trumps Reality”, **World**
Neurosurgery, C. XC, 2016, s. 646-647.

Bean, James:

“Defensive Medicine: Rational
Response to Irrational Risk”, **World**
Neurosurgery, C. XCIV, 2016, s. 568-
569.

Beccaria, Cesare:

Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev.
Sami Selçuk, 3. Baskı, Ankara, İmge
Kitabevi, 2013.

Beck, Ulrich:

Risk Society: Towards a New
Modernity, Çev. Mark Ritter, London,
Sage, 1992.

Beekes, Robert/van Beek, Lucien:

Leiden Indo-European Etymological
Dictionary Series: Etymological
Dictionary of Greek, C. I, Editor:
Alexander Lubotsky, Leiden, Brill, 2010

- Bekar, Elif: **Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Berkin, Necmeddin: “İngiltere’de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. XXXIX, No: 1-4, 1974, s. 169-197.
- Berlin, Leonard: “Medical Errors, Malpractice, and Defensive Medicine: An Ill-Fated Triad”, **Diagnosis (Berl)**, C. IV, No: 3, 2017, s. 133–139.
- Bester, Johan: “Defensive Practice is Indefensible: How Defensive Medicine Runs Counter to the Ethical and Professional Obligations of Clinicians”, **Medicine, Health Care and Philosophy**, C. XXIII, No: 3, 2020, s. 413-420.
- Bilir Balıkçı, Melike: “Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Ölümle Sonuçlanan ve Sonuçlanmayan Olguların Karşılaştırılması”, **İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Birtek, Fatih: “Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, No: 1, 2015, s. 63-106.
- Biswas, Tushar: “Fallibility of God! Revisiting The Criminal Liability of the Medical

- Professionals for Negligence in India”, **Medicine and Law**, C. XXXI, No: 3, 2012, s. 405-417.
- Blencowe, Natalie/Boddy, A.P./Harris, A./Hanna, T./Whiting, P./Cook, J.A./Jane, Blazeby: “Systematic Review of Intervention Design and Delivery in Pragmatic and Explanatory Surgical Randomized Clinical Trials”, **British Journal of Surgery**, C. CII, No: 9, 2015, s. 1037-1047.
- Bozbayındır, Ali Emrah: **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Brady, James: “Conscious Negligence”, **American Philosophical Quarterly**, C. XXXIII, No: 3, 1996, s. 325-335.
- Brenner, David/Doll, Richard/Goodhead, Dudley/Hall, Eric/Land, Charles/Little, John/Lubin, Jay/Preston, Dale/Preston, Julian/Puskin, Jerome/Ron, Elaine/Sachs, Rainer/Samet, Jonathan/Setlow, Richard/Zaider, Marco: “Cancer Risks Attributable to Low Doses of Ionizing Radiation: Assessing What We Really Know”, **Proceedings of the National Academy of Science**, C. C, No: 24, 2003, s 13761–13766.
- Brenner, David/Hall, Eric: “Computed Tomography: An Increasing Source of Radiation Exposure”, **The New England Journal of Medicine**, C. 357, No: 22, 2007, s. 2277-2284.
- Broom, Alex/Kirby, Emma/Gibson, Alexandra/Post, Jeffrey/Broom, Jennifer: “Myth, Manners, and Medical Ritual: Defensive Medicine and the Fetish of Antibiotics”, **Qualitative Health**

- Research**, C. XXVII, No: 13, 2017, s. 1994-2005.
- Brownlee, Shannon: **Overtreated: Why too Much Medicine is Making us Sicker and Poorer**, New York, Bloomsbury, 2008.
- Bucy, Pamela: “Fraud by Fright: White Collar Crime by Health Care Providers”, **North Carolina Law Review**, C. LXVII, No: 4, 1989, s. 855-937.
- Bulut, Ayşen: “Bir Haber: Ulusal Çekirdek Eğitim Programı Oluşturuldu”, **Tıp Eğitimi Dünyası**, C. XIII, No: 13, 2003, s. 13-36.
- Can, İsmail/Özkara, Erdem/Can, Muhammed: “Yargıtay’da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, C. XXV, No: 2, 2011, s. 69-76.
- Catalán, Eduardo Arenas: **The Human Right to Health**. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021.
- Cervellin, Gianfranco/Cavazza Mario: “Defensive Medicine in the Emergency Department: The Clinicians’ Perspective”, **Emergency Care Journal**, C. XII, No: 1, 2016, s. 20-22.
- Chamberlain, John Martyn: **The Sociology of Medical Regulation: An Introduction**, New York, Springer, 2013.
- Chen, Xiao-Yang: “Defensive Medicine or Economically Motivated Corruption? A Confucian

- Reflection on Physician Care in China Today”, **Journal of Medicine and Philosophy**, C. XXXII, No: 6, 2007, s. 635-648.
- Chicken, John C./Posner, Tamar: **The Philosophy of Risk**, London, Thomas Telford Publishing, 1998.
- Choctaw, William: **Avoiding Medical Malpractice: A Physician’s Guide to the Law**, New York, Springer, 2008.
- Clark, John R.: “Defensive Medicine”, **Air Medical Journal**, C. XXXIV, No: 6, 2015, s. 314-316.
- Conrad, Peter: “Medicalization and Social Control”, **Annual Review of Sociology**, C. XVIII, No: 1, 1992, s. 209-232.
- Cook, Jonathan: “The Challenges Faced in The Design, Conduct and Analysis of Surgical Randomised Controlled Trials”, **Trials Journal**, C. X, No: 9, s. 1-9.
- Cook, Kate: “*Albany Urology Clinic, P.C. v. Cleveland: Why You Should Always Ask Your Urologist if He is a Cocaine Addict*” **Merce Law Review**, X. CII, No: 3, 2001, s. 1159-1170.
- Cote, David/Karhade, Aditya/Larsen, Alexandra/Castlen, Joseph/Smith, Timothy: “Neurosurgical Defensive Medicine in Texas and Illinois: A Tale of 2 States”, **World Neurosurgery**, C. LXXXIX, 2016, s. 112-120.

Cousins, Sian/Blencowe,
Natalie/Blazeby, Jane:

“What is an Invasive Procedure? A Definition to Inform Study Design, Evidence Synthesis and Research Tracking”, **British Medical Journal Open**, C. IX, No: 7, 2019, s. 1-3.

Craig, Amanda:

“A Physician's Perspective on the Medical Malpractice Crisis”, **Annals of Health Law**, C. XIII, No: 2, 2004, s. 623-632.

Cunningham, Wayne/Wilson, Hamish:

“Complaints, Shame and Defensive Medicine”, **British Medical Quality & Safety**, C. XX, No: 5, 2011, s. 449-452.

Çalıkoğlu, Elif/Aras, Aysun:

“Defensive Medicine Among Different Surgical Disciplines: A Descriptive Cross-Sectional Study” **Journal of Forensic and Legal Medicine**, C. LXXIII, 2020, s. 1-6.

Çilingiroğlu, Cüneyt:

Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Danzon, Patricia:

“An Economic Analysis of the Medical Malpractice System”, **Behavioral Sciences & The Law**, C. I, No: 1, 1983, s. 39-54.

Demirbaş: Timur:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Demirel, Muhammed:

“Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, **İstanbul**

- Hukuk Mecmuası**, C. LXXVIII, No: 3, 2020, s. 1469-1523.
- Devlin, Patrick: “The Enforcement of Morals”, **Proceedings of the British Academy**, C. XLV, 1959, s. 129–151.
- Devlin, Patrick: “Law, Democracy and Morality”, **University of Pennsylvania Law Review**, C. CX, 1962, s. 635-49.
- Di Landro, Andrea: “Criminal Law as a Response to Medical Malpractice: Pluses and Minuses – Comparing Italian and U.S. Experiences”, **Medicine and Law**, C. XXXI, No: 1, 2012, s. 221-263.
- Din, Ryan/Yan, Sandra/Cote, David/Acosta, Michael/Smith, Timothy: “Defensive Medicine in U.S. Spine Neurosurgery”, **Spine**, 2017, C. 42, No: 3, s. 177-185.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. I, 14. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2016.
- Dubber, Markus Dirk: “The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment”, **German Law Journal**, C. VI, No: 7, 2005, s. 1049 – 1071.
- Dursun, Selman/Bozbayındır, Ali Emrah: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. LXXIII, No: 1, 2015, s. 63-90.
- Dursun, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak

- İncelenmesi” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, No: 2, 2014, s. 203-252.
- Dülger, Murat V. “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı bir Deneme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. IX, No: 24, 2016, s. 121-180.
- Dülger, Murat V./Bakdur, Merve/Özkan, Onur: “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C: XV, No: 44, 2020, s. 747-787.
- Dworkin, Gerald: “Devlin Was Right: Law and the Enforcement of Morality”, **William & Mary Law Review**, C. XL, No: 3, 1999, s. 927-946.
- Dworkin, Ronald: Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Harvard University Press, Cambridge, 1978.
- Dworkin, Ronald: “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, **Philosophy & Public Affairs**, C. XXV, No: 2, 1996, s. 87-139.
- Ekici Şahin, Meral: **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Erbaş, Rahime: **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erbaş, Rahime: “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin

- Tespiti Meselesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, No: 1, 2019, s. 397-449.
- Erem, Faruk: “Suça İştirak”, **Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, No: 1, 1946, s. 62-107.
- Erman, Barış: **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ertem, Burcu: Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza ve Sınırları”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2015.
- Ertem, Gül/Oksel, Esra/Akbıyık, Ayşe: “Hatalı Tıbbi Uygulamalar (Malpraktis) ile İlgili Retrospektif Bir İnceleme”, **Dirim Tıp Gazetesi**, Yıl: 84, No: 1, 2009, s. 1-10.
- Eser, Albin: “Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime”, **Rechtfertigung und Entschuldigung**, Editör: A. Eser/G. P. Fletcher, C. I, 1987, s. 18–65.
- Faisant, Maxime/Papin-Lefebvre, Frédérique/Rerolle, Camille/Saint-Martin, Pauline/Rougé-Maillart, Clotilde: “Twenty-Five Years of French Jurisprudence in Criminal Medical Liability”, **Medicine, Science and the Law**, C. LVIII, No: 1, 2018, s. 39-46.

Field, Robert:

“The Malpractice Crisis Turns 175: What Lessons Does History Hold for Reform?”, **Drexel Law Review**, C. IV, No: 7, 2011, s. 7-39.

Fonarow, Gregg/Zhao, Xin/Smith, Eric/Saver, Jeffrey/Reeves, Mathew/Bhatt, Deepak/Xian, Ying/Hernandez, Adrian/Peterson, Eric/Schwamm, Lee:

“Door-to-Needle Times for Tissue Plasminogen Activator Administration and Clinical Outcomes in Acute Ischemic Stroke Before and After a Quality Improvement Initiative” **Journal of the American Medical Association**, C. CCCXI, No: 16, 2014, s. 1632-1640.

Fonseka, Carlo:

“To Err was Fatal”, **British Medical Journal**, C. CCCXIII, No: 7072, 1996, s. 1640-1642.

Foucault, Michel:

Cinselliğin Tarihi, Çev. Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2013.

Frakes, Michael:

“Defensive Medicine and Obstetric Practices”, **Journal of Empirical Legal Studies**, C. IX, No: 3, 2012, s. 457-481.

Friedman, Deborah:

“Informed Dissent: A New Corollary to the Informed Consent Doctrine?”, **Chicago Kent Law Review**, C. LVII, No: 4, 1981, s. 1119-1144.

Fronczak, Stanley:

“Defensive Medicine: A Tax/Surcharge for The Delivery of Healthcare”, **World Neurosurgery**, C. XCV, 2016, s. 594-596.

- Fukuyama, Francis: **Identity: Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition**, London, Profile Books, 2019.
- Garattini, Livio/Padula, Anna: “Defensive Medicine in Europe: A ‘Full Circle’?”, **The European Journal of Health Economics**, C. XXI, No: 4, 2020, s. 477-482.
- Garattini, Livio/Padula, Anna/Mannucci, Pier: “Defensive Medicine: Everything and its Opposite”, **European Journal of Internal Medicine**, C. LXXVI, 2020, s. 117-118.
- Giménez-Candela, Teresa: “*Lex Artis y Responsabilidad Médico-Sanitaria: Una Perspectiva Actualizada*”, **Derecho Civil y Romano: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, Editör: Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2006, s. 399-418.
- Gökcan, Hasan Tahsin: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 3. Baskı Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Göktürk, Neslihan: “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. II, No: 1-2, 2014, s. 31-59.
- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2013.
- Gözübüyük, Gizem: “Bir Tıbbi Müdahale Şekli Olarak Organ Ve Doku Naklinin Sınırları”, **İstanbul**

- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.**
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul, 2016.
- Günday, Rezzan: “Eczacılıkta Malpraktis”, **II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Editör: Hakan Hakeri/Cahid Doğan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 499-508.
- Hafizoğulları, Zeki: “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LVII, No: 3, 2008, s. 338-369.
- Hakeri, Hakan: **Tıp Hukuku**, 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Hakeri, Hakan: “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, C. V, No: 1, 2014, s. 23-28.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Hakeri, Hakan: “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 69, 2007, s. 55-96.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus: **Law, Liberty and Morality**, Oxford University Press, Oxford, 1963.
- Harvey, David: **The Condition of Postmodernity**, Cambridge, Blackwell, 1992.

- Haynes, Alex/Weiser, Thomas/Berry, William/Lipsitz, Stuart/Breizat, Abdel-Hadi/Dellinger, Patchen/Herbosa, Teodoro/Joseph, Sudhir/Kibatala, Pascience/Lapitan, Marie/Merry, Alan/Moorthy, Ktishna/Reznick, Richard/Taylor, Bryce/Gawande, Atul: "A Surgical Safety Checklist to Reduce Morbidity and Mortality in a Global Population", **The New England Journal of Medicine**, C. CCCLX, No: 5, 2009, s. 491-449.
- Healey, Bernard/Kopen, Dan/Smith, Jason: "Physicians, Defensive Medicine and Ethics", **Academy of Health Care Management Journal**, C. VII, No: 1, 2011, s. 59-78.
- Hegel, Georg W. F.: **The Phenomenology of Spirit**, Editör: T. Pinkard/M. Baur, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Hinton-Walker, Patricia/Carlton, Gaya/Holden, Lela/Stone, Patricia: "The Intersection of Patient Safety and Nursing Research", **Annual Review of Nursing Research**, X. XXIV, No: 1, 2006, s. 3-15.
- Hiyama, Toru/Yoshihara, Masaharu/Tanaka, Shinji/Urabe, Yuji/Ikegami, Yoshihiko/Fukuhara, Tatsuma/Chayama, Kazuaki: "Defensive Medicine Practices Among Gastroenterologists in Japan", **World Journal of Gastroenterology**, C. XII, No: 47, 2006, s. 7671–7675.
- Hoad, T. F.: **The Concise Oxford Dictionary of English Etymology**, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Hönig, Richard: "Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair", Çev. Yavuz Abadan, **İstanbul**

- Hvidt, Elisabeth/Lykkegaard,
Jesper/Pedersen, Line/Pedersen,
Kjeld/Munck, Anders/Andersen,
Merethe:
- İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı,
Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer,
Adem/Mahmutoğlu, Selami/ Ünver,
Yener:
- İçel, Kayıhan:
- İçel, Kayıhan:
- İçel, Kayıhan:
- Jescheck, Hans-Heinrich:
- Jiang, Fei/Jiang, Yong/ Zhi, Hui/ Dong,
Yi/Li, Hao/Ma, Sufeng/Wang,
- Hukuk Mecmuası**, C. II, 1936, s. 413-426.
- “How is Defensive Medicine Understood and Experienced in a Primary Care Setting? A Qualitative Focus Group Study Among Danish General Practitioners”, **British Medical Journal Open**, C. VII, No: 12, 2017, s. 1-8.
- Suç Teorisi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2000.
- Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk**, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.
- Suçların İctimai**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- “Görünüşte Birleşme (İctima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 7, No: 14, 2008, s. 35-49.
- “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, Çev. Ayhan Önder, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. XLVIII, No: 1-4, 1983, s. 479-493.
- “Artificial Intelligence in Healthcare: Past, Present and Future”, **Stroke and**

Yilong/Dong, Qiang/Shen,
Hapieng/Wang, Yongjun:

Vascular Neurology, C. II, No: 4, 2017,
s. 230-243.

Kaczmarek, Emilia:

“How to Distinguish Medicalization
from Overmedicalization”, **Medicine,
Health Care and Philosophy**, C. XXII,
No: 1, 2019, s. 119-128.

Kadish, Sanford/Schulhofer,
Stephen/Barkow, Rachel:

**Criminal Law and Its Processes:
Cases and Materials**, 10. Baskı, New
York, Wolters Kluwer, 2017.

Kapp, Marshall B.:

“Medical Error Versus Malpractice”,
DePaul Journal of Health Care Law,
C. I, No: 4, 1997, s. 751-772.

Kapp, Marshall:

“Defensive Medicine: No Wonder
Policymakers Are Confused”,
**International Journal of Risk &
Safety in Medicine**, C. XXVIII, No: 4,
2016, s. 213-219.

Karakaş Doğan, Fatma:

“Cezanın Amacı ve Hapis Cezası”,
**Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora
Tezi, İstanbul, 2009.

Katz, Eric:

“Defensive Medicine: A Case and
Review of its Status and Possible
Solutions”, **Clinical Practice and Cases
in Emergency Medicine**, C. III, No: 4,
2019, s. 329-332.

Kayaer, Nebahat:

“Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi
Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen
Taksirle Öldürme Suçu”, **Dokuz Eylül**

- Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.**
Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir,
2012.
- Keçelioğlu, Elvan: **Taksirli Suçun Dogmatığı,** Ankara,
Turhan Kitabevi, 2015.
- Kelep Pekmez, Tuba: **Ceza Muhakemesinde Fiil,** İstanbul,
On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kelsen, Hans: “Nedensellik ve İsnadiyet”, Çev. Zeki
Hafizoğulları, **Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXXV,
No: 1, 1978, s. 219-234.
- Keyman, Selahattin: “Hekimin Cezai Sorumluluğu”. **Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,
C. XXXV, S. I, 1978, s. 57-89.
- Keyman, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak
Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, C. XL, No: 1, 1988,
s. 122-171.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, **Türk
Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6.
Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,
13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2020.
- Koca, Mahmut: “Hekimin İlaç Tedavisinden
Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”,
**Erzincan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, C. XIII, No: 3-4,
2009, s. 23-39.

Kodilinye, Gilbert:

“Causation Issues in Medical Negligence Suits in England, Ireland, Canada and Australia”, **Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 261-272.

Korkmaz, Yakup:

“Tıbbi Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, No: 140, 2019, s. 239-302.

Küçük, Mert:

“Defensive Medicine Among Obstetricians and Gynaecologists in Turkey”, **Journal of Obstetrics and Gynaecology**, C. XXXVIII, No: 2, 2018, s. 200-205.

Law, Jonathan/Martin, Elizabeth:

Oxford Concise Medical Dictionary, 10. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2020.

Lin, Pyng Jing:

“Criminal Judgments to Medical Malpractice in Taiwan”, **Legal Medicine**, C. XI, Ek No: 1, 2009, s. 376-378.

Lorenz, Edward N.:

“Deterministic Nonperiodic Flow”, **Journal of the Atmospheric Sciences**, C. XX, No: 2, 1963, s. 130-141.

Lotz, Julia/ Jox, Ralf/Muerer, Christine/Borasio, Gian/Führer, Monika:

“Medical Indication Regarding Life-Sustaining Treatment for Children: Focus Groups with Clinicians”,

- Palliative Medicine**, C. XXX, No: 10, 2016, s. 960-970.
- Maden, Mercan: “Karl Popper Felsefesinde Bilimsel Doğrular ve Yanlışlanabilirlik İlkesi”, **Akademi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. VI, No: 17, 2019, s. 288-294.
- Mahmutoğlu, Fatih: “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”, **Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan**, Editör: Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoğlu/Adem Sözüer/Faruk Turhan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 387-416.
- Makary, Martin/Daniel, Michael: “Medical Error – the Third Leading Cause of Death in the US”, **British Medical Journal**, C. CCCLIII, No: 8056, 2016, s. 1-5.
- Mednis, Dmitry: “The Definition of ‘Medical Intervention’ Biomedical Aspects”, **MedCrave Online Journal of Public Health**, C. IX, No: 1, 2020, s. 1-3.
- Montagnana, Martina/Lippi, Guiseppe: “The Risks of Defensive (Emergency) Medicine: The Laboratory Perspective”, **Emergency Care Journal**, C. XII, 2016, s. 17-19.

Morsink, Johannes:

The Universal Declaration of Human Rights, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999.

Murgic, Lucija:

“Paternalism and Autonomy: Views of Patients and Providers in a Transitional (Post-Communist) Country”, **BioMed Central Medical Ethics**, C. XVI, 2015, Makale No: 65, s. 1-9.

Murt, Ahmet/Öztürk, Recep:

“Tamamlayıcı ve Alternatif Tıbbın, Tıp Eğitim Müfredatlarındaki Yeri”, **Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, No: 22, s. 20-23.

Müslümanoğlu, Ahmet Yaser/Tayfun, Kanat:

Türkiye Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Merkezleri”, **Journal of Biotechnology and Strategic Health Research**, C. III, No 1, 2019, s. 1-12.

Nahed, Brian/Babu, Maya/Smith, Timothy/Heary, Robert:

“Malpractice Liability and Defensive Medicine: A National Survey of Neurosurgeons”. **Plos One**, C. VII, No: 6, 2012, s. 1-7.

Nişancı, Yılmaz/Nazlı, Nasıh/Özkan, Mehmet/Özcan, Mustafa:

“Türk Kardiyoloji Derneği Etik Kılavuzu”, **Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi**, C. XXXVII, Ek No: 3, 2009, s. 1-66.

Nişanyan, Sevan:

Sözlerin Soyağacı, 4. Baskı, İstanbul, Everest Yayınları, 2009.

Ogunbanjo, Gboyega/van Bogaert, Donna:

“Ethics in Health Care: Healthcare Fraud”, **South African Family Practice**, C. LVI, No: 1, s. 10-13.

Ortashi, Osman/Virdee, Jaspal/Hassan,
Rudaina/Murtynowski, Tomasz/Abu-
Zidan, Fikri:

“The Practice of Defensive Medicine
Among Hospital Doctors in the United
Kingdom”, **BioMed Central Medical
Ethics**, C. XIV, 2013, Makale No: 42, s.
1-6.

Öget, Mehmet:

“Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin Tam
Yargı Davalarında Zamanaşımı”, **Dokuz
Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü**. Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, İzmir, 2018.

Önder, Ayhan:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I,
İstanbul, Beta Yayınevi, 1991.

Önok, Murat/Önay, Işık:

“Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi
Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin
Hukukî Niteliği”, **İstanbul Hukuk
Mecmuası**, C. LXXVII, No: 2, 2019, s.
847-895.

Özalp, Faruk/Özalp, Tuba:

Hekimin Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı,
Ankara, Adalet Yayınları, 2016.

Özbek, Veli Özer/Doğan,
Koray/Bacaksız, Pınar:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2020.

Özbek, Veli Özer/Doğan,
Koray/Bacaksız, Pınar:

Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,
15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2020.

Özek, Çetin:

“‘Silahlı Çete – Amaç Suç’ İlişkisinde
İştirak Sorunları”, **Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.
XLIX, No: 3-4, 1994, s. 357-378.

Özgenç, İzzet:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık,
2018.

Özgül, Mehmet Emin:

Yeni Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Özkan, Salih:

Ceza Hukukunda Önemsizlik,
İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Özkara, Erdem:

“Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku ‘Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları’ Sempozyumu**, Editör: Aysun Altunkaş/İpek Seveda Söğüt/Hamide Bağçeci, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 111-115.

Panda, Sadhu Charan:

“Medicine: Science or Art?”, **Mens Sana Monographs**, C. IV, No: 1, 2006, s. 127–138.

Panella, Massimilliani/Rinaldi,
Carmela/Leigheb, Fabrizio/Knesse,
Sanita/Donnarumma, Chiara/Kul,
Seval/Vanhaecht, Kris/DiStanislao,
Francesco:

“Prevalence and Costs of Defensive Medicine: A National Survey of Italian Physicians”, **Journal of Health Services Research & Policy**, C. XXII, No: 4, 2017, s. 211-217.

Patterson, Jennifer:

“Refiguring Risk in Medicine and Healthcare: Crafting Wild Narratives”, **Risk and Regulation at the Interface of Medicine and the Arts: Dangerous Currents**, Editör: Alan Bleakley/Larry Lynch/Gregg Whelan, Cambridge,

- Cambridge Scholars Publishing, 2017, s. 10-25.
- Pellino, Italia/Pellino, Gianluca: “Consequences of Defensive Medicine, Second Victims, and Clinical-Judicial Syndrome on Surgeons Medical Practice and on Health Service”, **Updates in Surgery**, C. LXVII, No: 4, 2015, s. 331-337.
- Plato: **The Republic**, Çev. Allan Bloom, 2. Baskı, New York, Basic Books, 1991.
- Plato: **Protagoras**, Çev. Martin Ostwald, Editör: Gregory Vlastos, New York, Bobbs-Merrill, 1956.
- Polat, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Polat, Oğuz: “Tıbbi Uygulama Hataları Olgularında Bilirkişilik”, **Medikolegal Düzlem: Tıpta Uygulama Hataları**, Editör: Yaşar Bilge/İ. Ethem Geçim, İstanbul, Baskı Evi, s. 28-29.
- Popper, Karl: **The Logic of Scientific Discovery**, New York, Routledge, 2002.
- Price, Marilyn/Norris, Donna: “Health Care Fraud: Physicians as White Collar Criminals?”, **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, C. XXXVII, No: 3, 2009, s. 286-289

- Renkema, Erik/Ahaus, Kees/Broekhuis, Manda/Tims, Maria: “Triggers of Defensive Medical Behaviours: A Cross-Sectional Study Among Physicians in the Netherlands”, **British Medical Journal Open**, C. IX, No: 6, 2019, s. 1-11.
- Reuveni, I./Pelov, I./Reuveni, H./Bonne, O./Canetti, L.: “Cross-Sectional Survey on Defensive Practices and Defensive Behaviours Among Israeli Psychiatrists”, **British Medical Journal Open**, C. VII, No: 3, 2017, s. 1-7.
- Riggs, Kevin/Ubel, Peter: “The Role of Professional Societies in Limiting Indication Creep”, **Journal of General Internal Medicine**, C. XXX, No: 2, 2015, s. 249-252.
- Rogg, Jonathan/Rubin, Tyler/Hansen, Paul/Liu Shan: “The Frequency and Cost of Redundant Laboratory Testing for Transferred ED Patients”, **American Journal of Emergency Medicine**, C. XXXI, No: 7, 2013, s. 1121-1123.
- Saks, Michael/Landsman, Stephan: “The Paradoxes of Defensive Medicine”, **Health Matrix**, C. SSS, No: 1, 2020, s. 25-83.
- Samartzis, Andreas: “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Review**, C. XXI, No: 2, 2021, s. 409-432.
- Sandor, Andrew: “The History of Professional Liability Suits in the United States”, **Journal of**

- the American Medical Association, C. CLXIII, No: 6, 1957, s. 459-466.
- Saunders, John: “The Practice of Clinical Medicine as an Art and as a Science”, **The Western Journal of Medicine**, C. XXVI, No: 1, 2000, s. 18-22
- Savaş, Halide: “Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXXI, No: 3, 2007, s. 1001-1025.
- Savaş, Halide: “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi: Sağlık Hukuku Makaleleri**, İstanbul, Ege, 2012, s. 272-293.
- Schmidlen, Tara/Schwartz, Marci/
DiLoreto, Kristy/Kirchner, Lester/
Sturm, Amy: “Patient Assessment of Chatbots for the Scalable Delivery of Genetic Counseling”, **Journal of Genetic Counseling**, C. XXVIII, No: 6, 2019, s. 1-12.
- Segal, Jeffrey: “Why Doctors Scan Patients Until They Glow”, **World Neurosurgery**, C. XC, 2016, s. 644-645.
- Sekhar, Sonal/Vyas, Nikki: “Defensive Medicine: A Bane to Healthcare”, **Annals of Medical and Health Sciences Research**, C. III, No: 2, s. 295–296.

- Selçuk, Mehmet: “Çekinik (Defansif) Tıp” **İzmir Üniversitesi Sağlık Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2015.
- Seneca, Lucius Annaeus: **Anger, Mercy, Revenge**, Çev. Robert A. Kaster/Martha C. Nussbaum, London, The University of Chicago Press, 2010.
- Shea-Atallah, Ruthmarie: “A Defense of Defensive Medicine”, **Ethics & Medics**, C. XXXIX, No: 6, 2014, s. 1-2.
- Silberstein, Eldad/Shir-az, Ofir/Reuveni, Haim/Krieger, Yuval/Shoham Yaron/Silberstein, Tali/Bogdanov-Berezovsky, Alexander: “Defensive Medicine Among Plastic and Aesthetic Surgeons in Israel”, **Aesthetic Surgery Journal**, X. XXXVI, No: 10, 2016, s. 299-304.
- Smith, Blair/Taylor, Ross: “Medicine--a Healing or a Dying Art?”, **British Journal of General Practice**, Vol. XLVI, No: 405, 1996, s. 249-251
- Smith, Timothy: “Defensive Medicine in Neurosurgery: The Canadian Experience”, **Journal of Neurosurgery**, C. CXXIV, 2016, s. 1524-1530.
- Solaroğlu, İhsan/İzci, Yusuf/Yeter, Gökçe/Metin, Mert/Keleş, Evren: “Health Transformation Project and Defensive Medicine Practice Among Neurosurgeons in Turkey”, **Plos One**, C. IX, No: 10, 2014, s. 1-7.
- Somer, Pervin: “Komplikasyon Yönetimi”, **Tıp Hukuku Atölyesi-I**, Editör: Sunay Akyıldız/Hakan Hakeri/Faik

- Çelik/Pervin Somer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 105-126.
- Sözür, Adem/Yasin, Melikşah/Kürşat, Zekeriya: “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, **Hastane Yönetimi**, Editör: Hasan Sur/Tunçay Palteki, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2013, s. 1017-1033.
- Sözür, Adem: **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015.
- Sözür, Adem: “Yeni Türk Ceza Kanununda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, No: 6, 2006, s. 230-233.
- Sözür, Adem: **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.
- Sözür, Adem: “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C. XXI, No: 1-2, 1995, s. 465-490.
- Sözür, Adem: “Yeni Türk Ceza Kanununun Uygulanmasında Sorular ve Cevaplar” **Hukuki Perspektifler Dergisi**, No: 6-9, 2006, s. 231-233.
- Spano, Robert: “The Future of the European Court of Human Rights: Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, **Human Rights Law Review**, C. XVIII, No: 3, 2018, s. 473–494.

Spiegel, Allen/Kavaler, Florence:

“America’s First Medical Malpractice Crisis, 1835-1865”, **Journal of Community Health**, C. XXII, No: 4, 1997, s. 283-308.

Studdert, David/Mello,
Michelle/Gawande, Atul/Gandhi,
Tejal/Kachalia, Allen/Yoon,
Catherine/Puopolo, Ann/Brennan,
Troyen:

“Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, **The New England Journal of Medicine**, C. CCCLIV, No: 19, 2006, s. 2024-2033.

Şatır, Nejdet:

Emsal Kararlar Işığında Kamu Ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu Soruşturma Usulleri Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

Şimşek, Burcu/Yazgan Aksoy,
Duygu/Başaran Çelik, Nursel/Taş,
Demet/Albasan, Didem/Kalaycı,
Mehmet Zafer:

“Mapping Traditional Complementary Medicine in Turkey”, **European Journal of Integrative Medicine**, C. XV, 2017, s. 68-72.

Tacir, Hamide:

“Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

Talas, Serdar:

“Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (*actio libera in causa*) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

- Taylor, Charles: “The Politics of Recognition”, **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**, Editör: Amy Gutmann, Princeton, Princeton University Press, 1994, s. 25-73.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Thorpe, Kenneth: “The Medical Malpractice ‘Crisis’: Recent Trends and the Impact of State Tort Reforms”, **Health Affairs**, C. XXIII, Ek No: 1, 2004, s. 20-30.
- Toker, Ahmet: “Yargı Kararlarında Hekimlerin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 307-318.
- Toraldo, Domenico/Vergari, Ughetta/Toraldo, Marta: “Medical Malpractice, Defensive Medicine and Role of the “Media” in Italy”, **Multidisciplinary Respiratory Medicine**, C. X, No: 12, 2015, s. 1-7.
- Toraman, Aynur/Çarıkçı, İlker: “Defansif Tıbbın Nedenlerinin Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi**, C. X, No: 23, 2019, s. 40-51.

Toraman, Aynur:

“Defansif Tıbbın Hekim Gözüyle Değerlendirilmesi: Nitel Bir Araştırma”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2018.

Tsukamoto, Yasushi:

“Criminal Prosecution Arising from Medical Mishaps: A Japanese Perspective”, **Medicine and Law**, C. XXIV, No: 4, 2005, s. 673-681.

Turhan, Esma Nur:

Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, No: 3, 2020, s. 447-500.

Türay, Aras:

“İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, No: 3, 2020, s. 115-154.

Twaddle, Andrew:

“Disease, Illness and Sickness Revisited”, **Disease, Illness and Sickness: Three Central Concepts in the Theory of Health**, Editor: Andrew Twaddle/Lennart Nordenfelt, Linköping, Studies on Health and Society 18, 1994, s. 1-18.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:

“Sınırötesi Tele-Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuksal Sorunlar”, **Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık**

- Hukuku Kongresi**, Editör: İ. Hamit Hancı/Cahid Doğan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 71-90.
- Uzun, Ertuğrul: “Hukuk Mantığının Sorunları: Yargı Kararlarının Doğruluğu Üzerine”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. I, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2010, s. 177-189.
- Ümit, Ceyda: “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 8, No: 32, 2017, s. 197-246.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998,
- Ünver, Yener: “Tıbbi Standart”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Hekim Sorumluluğu**, Editör: Hakan Hakeri/Henning Rosenau, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 37-59.
- Üzün, İbrahim/Özdemir, Erdiñç/Melez, İpek/Melez, Deniz/Akçakaya, Adem: “Ölümle Sonuçlanan Acil ve Elektif Genel Cerrahi Olgularında Tıbbi Uygulama Hatasının Değerlendirilmesi”, **Ulusal Travma ve Acil Cerrahi Dergisi**, C. XXII, No: 4, 2016, s. 366-373.

- van Grunsven, Paul: “Medical Malpractice or Criminal Mistake? - An Analysis of Past and Current Criminal Prosecutions for Clinical Mistakes and Fatal Errors”, **Depaul Journal of Health Care Law**, C. II, No: 1, 1997, s. 1-54.
- van Velthoven, Ben/van Wijk, Peter: “Medical Liability: Do Doctors Care?”, **Recht der Werkelijkheid**, C. XXXIII, No: 2, 2012, s. 28-47.
- Vandersteegen, Tom: Tom Vandersteegen, “The Determinants of Defensive Medicine Practices in Belgium”, **Health Economics, Policy and Law**, C. XII, No: 3, 2017, s. 363-386.
- Venes, Donald/Taber, Clarence: **Taber's Cyclopedic Medical Dictionary**, 22. Baskı, Philadelphia, F.A. Davis, 2013.
- Vento, Sandro/Cainelli, Francesca/Vallone, Alfredo: “Defensive Medicine: It is Time to Finally Slow Down an Epidemic”, **World Journal of Clinical Cases**, C. VI, No: 11, 2018, s. 1-4.
- Vogenberg, Randy/Barash, Isaacson/Pursel, Michael: “Personalized Medicine: Part 1: Evolution and Development into Theranostics”, **Physical Therapy Journal**, C. XXXV, No: 10, 2010, s. 560-576.
- Will, Micheal/Öztan, Bilge: “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu”, **Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi**

- Yan, Sandra/Hulou, Maher/Cote, David/Raytowski, David/Rutka, James/Gormley, William/Smith, Timothy:
“International Defensive Medicine in Neurosurgery: Comparison of Canada, South Africa, and the United States”, **World Neurosurgery**, C. XCV, 2016, s. 53-61.
- Yan, Sandra/Hulsbergen, Alexander/Muskens, Ivo/van Dam, Marjel/Gormkley, William/Broekman, Marike/Smith, Timothy:
“Defensive Medicine Among Neurosurgeons in the Netherlands: A National Survey”, **Acta Neurochirurgica**, C. CLIX, No: 12, 2017, s. 2341–2350.
- Yaycı, Nesime:
“Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 29-40.
- Yenerer Çakmut, Özlem:
Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.
- Yıldırım, Engin:
“Risk Toplumunda (Depremle) Yaşamak”, **Akademik İncelemeler**, C. III, No: 1, 2008, s. 75-85.
- Yıldız, Ali Kemal:
“Tıp Hukukunda Güven İlkesi”, **VII. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 259-281.
- Yılmaz, Kerem:
Defansif Tıp, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.

Yorulmaz, Coşkun/Kır, Ziya/Ketenci,
Çetin:

“Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi (Sempozyum Dizisi No: 48)**, Editör: Coşkun Yorulmaz/Gürsel Çetin, İstanbul, y.y., 2006, s. 55-69.

Yorulmaz, Coşkun:

“İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi”, **İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005.

Yu, K.H./Beam, A.L./Kohane I.S.

“Artificial Intelligence in Healthcare”, **Nature Biomedical Engineering**, C. II, No: 10, 2018, s. 719–731.

Yurtlu, Fatih:

“İhmalî Suçlar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020.

Zafer, Hamide:

"Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk", **II. Ulusal Sağlık Hukuku ‘Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları’ Sempozyumu**, Editör: Aysun Altunkaş/İpek Sevda Söğüt/Hamide Bağçeci, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 137-149.

Zhi, Ming/Ding, Eric/Theisen-Toupal,
Jesse/Whelan, Julia/Arnaout, Ramy:

“The Landscape of Inappropriate Laboratory Testing: A 15-Year Meta-Analysis”, **Plos One**, C. VIII, No: 11, 2013, s. 1-8.

Zola, Irving Kenneth:

“Medicine as an Institution of Social Control”, **The Sociological Review**, C. XX, No: 4, 1972, s. 487-504.

Committee on Quality Health Care in America (Institute of Medicine), **To Err is Human: Building a Safer Health System**, Editor: Linda T. Kohn/Janet M. Corrigan/Molla S. Donaldson, Washington DC, National Academy Press, 1999.

Institute of Actuaries of Australia, **Fault versus no-Fault: Reviewing the International Evidence**, Editör: Kirsten Armstrong/Daniel Tess, 2008.

The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, **Duke Law Journal**, C. XX, No: 5, 1971, s. 939-993.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, **Akut İskemik İnme Tanı ve Tedavi Rehberi**, Ankara, y.y., 2020.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı, **Sağlık İstatistikleri Yıllığı 2019 Haber Bülteni**, Sayı: 8, 2020.

Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı,
Ulusal Hemovijilans Rehberi, Editör:
Nilgar Ertuğrul Özüç/İdil
Yenicesu/Abdullah Öztürk/Ülkü
Kodaloğlu Temur, 2. Sürüm, Ankara,
y.y., 2020.

U.S. Congress Office of Technology
Assessment, **Defensive Medicine and
Medical Malpractice**, Washington DC,
Government Printing Office, 1994.

Zukunft Medizin Schweiz, **Ziele und
Aufgaben der Medizin zu Beginn des
21. Jahrhunderts**, Herausgeber:
SAMW/FMH/Medizinische Fakultäten
der Universitäten Basel, Bern, Genf,
Lausanne und Zurich, Basel, 2004.

YARARLANILAN YARGI KARARLARI

Ulusal Yargı Mercileri:

AYM, *Adem Aydın ve Zübeyda Aydın*, B. 2018/1156, T. 18/05/2021.

AYM, *Ahmet Acartürk*, B. 2013/2084, T. 15/10/2015.

AYM, *Eliçe Aydın ve diğerleri*, B. 2015/5228, T. 20/03/2019.

AYM, *Halime Sare Aysal*, 2013/1789, T. 11/11/2015.

AYM, *İlker Başer ve diğerleri*, B. 2013/1943, T. 09/09/2015.

AYM, *Karlis A.Ş.*, B. 2013/849, T. 15/04/2014.

AYM, *Kenan Sayın*, B. 2013/5376, T. 14/10/2015.

AYM, *Nafia Sevin Ergün Sefada ve Diğerleri* [Genel Kurul], B. 2014/14844, T. 01/12/2016.

AYM, *Nail Artuç*, B. 2013/2839, T. 03/04/2014.

AYM, *Nimet Bacaklılar* [Genel Kurul], B. 2014/19349, T. 15/03/2018.

AYM, *Onurhan Çakmak ve Diğerleri*, B. 2016/6776, 16/01/2020.

AYM, *Orhan Hisar ve Şerife Özlem Hisar*, B. 2015/299, T. 31/10/2018.

AYM, *Salih Gökalg Sezer*, 2014/5629, T. 21/11/2017.

AYM, *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. 2012/752, T. 17/09/2013.

Yargıtay CGK., E. 2010/51, K. 2010/162, T. 06/07/2010.

Yargıtay CGK., E. 2014/314, K. 2014/389, T. 23/09/2014.

Yargıtay CGK., E. 2014/103, K. 2014/552, T. 09/12/2014.

Yargıtay CGK., E. 2017/12-271, K. 2017/278, T. 16/05/2017.

Yargıtay CGK., E. 2017/860, K. 2017/454, T. 07/11/2017.

Yargıtay CGK., E. 2017/12-271, K. 2017/278, T. 16/05/2017.

Yargıtay CGK., E. 2014/619, K. 2015/80, T. 31/03/2015.

Yargıtay CGK., E. 2014/12-103, K. 2014/552, T. 09/12/2014.

Yargıtay CGK., E. 2014/103, K. 2014/552, T. 11/11/2013.

Yargıtay CGK., E. 2011/54, K. 2011/120, T. 07/06/2011.

Yargıtay 1. CD., E. 2015/1652, K. 2016/1585, T. 29/03/2016.

Yargıtay 2. CD., E. 1981/8132, K. 1981/8403, T. 30/12/1981.

Yargıtay 2. CD., E. 1994/738, K. 1994/2971, T. 08/04/1994.

Yargıtay 4. CD., E. 2004/1065, K. 2004/2055, T. 11/02/2004.

Yargıtay 4. CD., E. 2005/15073, K. 2005/1363, T. 23/02/2005.

Yargıtay 4. CD., E. 2006/52, K. 2006/12500, T. 14/06/2006.

Yargıtay 4. CD., E. 2006/10373, K. 2006/13795, T. 12/07/2006.

Yargıtay 4. CD., E. 2015/14353, K. 2016/11954, T. 17/10/2016

Yargıtay 7. CD., E. 2014/30269, K. 2016/8429, T. 16/06/2016.

Yargıtay 9. CD., E. 2008/16443, K. 2008/14064, T. 24/12/2008.

Yargıtay 12. CD., E. 2013/7605, K. 2013/18556, T. 08/07/2013.

Yargıtay 12. CD., E. 2013/16133, K. 2013/24707, T. 06/11/2013.

Yargıtay 12. CD., E. 2014/11394, K. 2014/17481, T. 10/09/2014.

Yargıtay 12. CD., E. 2018/7837, K. 2020/1366, T. 11/02/2020

Yargıtay 12. CD., E. 2019/6309, K. 2020/2094, T. 27/02/2020.

Yargıtay 12. CD., E. 2014/2198, K. 2015/1180, T. 26/01/2015.

Yargıtay 12. CD., E. 2014/11303, K. 2015/5312, T. 27/03/2015.

Yargıtay 12. CD., E. 2018/3113, K. 2020/5389, T. 21/10/2020.

Yargıtay 12. CD., E. 2019/8806, K. 2020/6185, T. 18/11/2020.

Yargıtay 12. CD., E. 2017/11123, K. 2019/4718, T. 08/04/2019.

Yargıtay 12. CD., E. 2014/19404, K. 2015/5398, T. 30/03/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/9296, K. 2015/5790, T. 02/04/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/9296, K. 2015/5790, T. 02/04/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/9896, K. 2018/4780, T. 24/04/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/18242, K. 2015/8218, T. 14/05/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/9740, K. 2016/8619, T. 23/05/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/20518, K. 2015/9235, T. 28/05/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/10391, K. 2015/9571, T. 02/06/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/17016, K. 2016/9501, T. 02/06/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2014/21442, K. 2015/12522, T. 02/09/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/810, K. 2015/16523, T. 02/11/2015.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/14829, K. 2016/1437, T. 08/02/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/5581, K. 2018/1517, T. 14/02/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/4095, K. 2016/3322, T. 01/03/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2020/1236, K. 2020/6759, T. 07/12/2020.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/1134, K. 2016/4487, T. 18/03/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/9754, K. 2016/5912, T. 07/04/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/5663, K. 2016/6577, T. 18/04/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/7443, K. 2016/7748, T. 03/05/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/10711, K. 2016/8015, T. 05/05/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/4017, K. 2016/9169, T. 31/05/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/10554, K. 2016/10323, T. 16/06/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2015/10554, K. 2016/10323, T. 16/06/2016.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/1005, K. 2017/5978, T. 06/07/2017.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/5746, K. 2018/2988, T. 15/03/2018.
Yargıtay 12. CD., E. 2016/9381, K. 2018/4204, T. 10/04/2018.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/4586, K. 2019/8136, T. 04/07/2019.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/4586, K. 2019/8136, T. 04/07/2019.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/4649, K. 2019/12106, T. 23/12/2019.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/8200, K. 2021/249, T. 13/01/2021.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/1078, K. 2020/147, T. 07/01/2020.

Yargıtay 12. CD., E. 2015/15465, K. 2017/630, T. 31/01/2017.
Yargıtay 12. CD., E. 2019/10051, K. 2021/5532, T. 06/07/2021.
Yargıtay 19. CD., E. 2015/87, K. 2015/6676, T. 05/11/2015.
Yargıtay 20. CD., E. 2016/2588, K. 2017/3204, T. 22/05/2017.
Yargıtay 2. HD., E. 1981/8911, K. 1982/259 T. 21/01/1982.
Yargıtay 2.HD., E. 1982/9468, K. 1932/10021, T. 30/12/1982.
Yargıtay 2. HD., E. 2014/33, K. 2014/8431, T. 07/04/2014.
Yargıtay 2. HD., E. 1986/651, K. 1986/3256, T. 27/03/1986.
Yargıtay 4. HD., E. 1990/5104, K. 1991/429, T. 06/05/1991.
Yargıtay 4. HD., E. 1967/2876 , K. 1967/5612, T. 29/06/1967.
Yargıtay 4. HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 07/03/1977.
Yargıtay 13. HD., E. 2019/7094, K. 2019/3740, T. 21/03/2019.
Danıştay 10. Dairesi, E. 2005/7831, K. 2008/403, 05/02/2008.
Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1981/232, K. 1981/62, T. 05/06/1981.
Fatih 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1982/254, K. 1982 420 T. 06/09/1982.

Uluslararası Yargı Mercileri:

AİHM *Trocellier/France*, D. 75725/01, T. 05/10/2006.
AİHM, *Glass/the United Kingdom*, B. 61827/00, T. 09/03/2004.
AİHM, *Aleksanyan/Russia*, B. 46468/06, T. 22/12/2008.
AİHM, *Altuğ and Others/Turkey*, B. 32086/07, T. 30/06/2015.
AİHM, *Arskaya/Ukraine*, B. 45076/05, T. 05/11/2013.
AİHM, *Asiye Genç/Turkey*, B. 24109/07, T. 27/01/2015.
AİHM, *Aydoğdu/Turkey*, B. 40448/06, T. 30/08/2016.
AİHM, *Bugomil/Portugal*, B. 35228/03, T. 07/10/2008.
AİHM, *Calvelli and Ciglio/Italy*, [Büyük Daire], B. 32967/96, T. 17/01/2002.
AİHM, *Dodov/Bulgaria*, B. 59548/00, T. 17/01/2008.
AİHM, *Elena Cojocaru/Romania*, B. 74114/12, T. 22/03/2016.
AİHM, *Evans/the United Kingdom* [Büyük Daire], B. 6339/05, T. 10/04/2007.
AİHM, *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others/Russia*, B. 302/02, T. 10/06/2010.
AİHM, *Kats and Others/Ukraine*, B. 29971/04, T. 18/12/2008.
AİHM, *Lopes de Sousa Fernandes/Portugal*, B. 56080/13, T. 19/12/2017.

AİHM, *M.A.K. and R.K./the United Kingdom*, B. 45901/05 ve 40146/06, T. 23/03/2010.

AİHM, *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk/Turkey*, B. 13423/09, T. 09/04/2013.

AİHM, *Nevmerzhitsky/Ukraine*, B. 54825/00, T. 05/04/2005.

AİHM, *Jalloh/Germany* [Büyük Daire], B. 54810/00, T. 11/07/2006.

AİHM, *Oruk/Turkey*, B. 33647/04, T. 04/02/2014.

AİHM, *Öneryıldız/Turkey*, B. 48939/99, T. 30/11/2004.

AİHM, *Powell/the United Kingdom*, D. 45305/99, T. 04/05/2000.

AİHM, *Šilih/Slovenia*, B. 71463/01, T. 09/04/2009.

AİHM, *Sinim/Turkey*, B. 9441/10, T. 06/06/2017.

AİHM, *Spyra and Kranczkowski/Poland*, B. 19764/07, T. 25/09/2012.

AİHM, *Stoyanovi/Bulgaria*, B. 42980/04, T. 09/11/2010.

AİHM, *Süleyman Ege/Turkey*, B. 45721/09, T. 25/06/2013.

AİHM, *Tyrer/the United Kingdom*, B. 5856/72, T. 25/04/1978.

AİHM, *V.C./Slovakia*, B. 18968/07, T. 08/11/2011.

AİHM, *Konovalova/Russia*, B. 37873/04, T. 09/10/2014.

AİHM, *V.C./Slovakia*, B. 18968/07, T. 08/11/2011.

AİHM, *Vavříčka and Others/the Czech Republic*, B. 47621/13, T. 08/04/2021.

AİHM, *Vo/France*, B. 53924/00, T. 08/07/2004.

Ame.İHM, *Albán-Cornejo et al./Ecuador*, No. 171, T. 22/11/2007.

Ame.İHM, *Gonzales Lluy et al./Ecuador*, No. 298, T. 01/09/2015.

Ame.İHM, *Hernández/Argentina*, No. 395, T. 22/11/2019.

Ame.İHM, *the Xákmok Kásek Indigenous Community/Paraguay*, No. 214, T. 24/08/2014.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira/Brazil*, No. 17/2008, 27/09/2011, (CEDAW/C/49/D/17/2008).

Committee on the Rights of the Child, *M.H/Finland*, No. 23/2017, 16/03/2020, (CRC/C/83/D/23/2017).

Yabancı Ulusal Mahkeme Kararları:

California Court of Appeals, *People v. Milos Klvana*, Docket No: B048085, Case Date: 11/30/1992.

Colorado Court of Appeals, *People v. Joseph J. Verbrugge*, Docket No: 98CA0262, Case Date: 24/06/1999.

Court of Appeals of Ohio, *Schwaller v. Maguire*, Appeal No: C-020555, 19/12/2003.

Court of Appeals of Texas, Houston First District. *Roger Wayne Wheeler and Barbara Jo Wheeler v. Yettie Kersting Memorial Hospital*, Docket No: 01-92-00609-CV, Case Date: 29/04/1993.

England and Wales High Court Family Division. *Great Ormond Street Hospital v. Constance Yates et al.*, Case No. FD17P00103, Case Date: 11/04/2017.

House of Lords, *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital and the Maudesley Hospital Health Authority and Others*, (1 All ER 643), T. 21/02/1985.

Maryland Court of Special Appeals Decisions, *Sard v. Hardy*, Docket No: 853, Case Date: 21/12/1976.

Superior Court of New Jersey, *Estate of Behringer v. Medical Center*, Docket No: L88-2550, Case Date: 25/04/1991.

Supreme Court of California, *People v. Robert Lee Watson*, Docket No: 21674, Case Date: 30/11/1981.

Supreme Court of Georgia, *Albany Urology Clinic, PC et al. v. Cleveland et al.* Docket No: S99G0600, Case Date: 06/03/2000.

Supreme Court of New Jersey, *State v. Albert L. Weiner*, Citation: 41 N.J. 21, Case Date: 21/10/1963.

Supreme Court of Tennessee. *James H. Kelley, et al. v. Middle Tennessee Emergency Physicians, P.C., et al.*, Docket No. M2001-00702-SC-R11-CV, Case Date: 23/04/2004.

United States Navy-Marine Corps Court of Military Review, *United States v. Donal M. Billig*, (NMCM 86 2829), Case Date: 13/04/1988.

Utah Supreme Court, *State v. David R. Warden*, Docket No: 900087, Case Date: 04/05/1991.

YARARLANILAN İNTERNET KAYNAKLARI

Ajans Kamu, “Uzmanlık Sınavı'nda Boş Kalan Kontenjanlar”, (10/05/2021), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ajanskamu.net/sinavlar/uzmanlik-sinavi-nda-bos-kalan-kontenjanlar-h157926.html>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Codigo Penal”, (Çevrimiçi) (03/02/2021), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>.

California Legislative Information, “Penal Code: Preliminary Provisions”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&heading2=PRELIMINARY%20PROVISIONS.

International Labour Organisation, “The National Penal (Code) Act, 2017”, (Çevrimiçi) (16/10/2017), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106060/137998/F-1544911756/NPL106060.pdf>.

- Jackson Healthcare, “A Costly Defense: Physicians Sound off on the High Price of Defensive Medicine in the U.S.”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://truecostofhealthcare.org/wp-content/uploads/2015/02/defensivemedicine_ebook_final.pdf.
- Legislationline, “Criminal Code”, (Çevrimiçi) (26/10/2011), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.legislationline.org/download/id/7896/file/Croatia_Criminal_Code_2011_en.pdf.
- Legislationline, “Gesamte Rechtsvorschrift für Strafgesetzbuch”, (Çevrimiçi) (05/02/2021), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.legislationline.org/download/id/8548/file/Austria_CC_1974_am_122019_de.pdf.
- National Practitioner Data Bank (NPDB), “Data Analysis Tool”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.npdb.hrsa.gov/analysistool>.
- Ölçme Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM), “2021 TUS 1.Dönem Yerleştirme Sonuçlarına İlişkin Sayısal Bilgiler”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2021/TUSDONEM1/TERCIH/sayısal_bilgiler07052021.pdf;
- Robert Pearl, “Medicine is an art, not a Science: Medical Myth or Reality?” (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12/06/2014, Erişim Adresi: <https://www.forbes.com/sites/robertpearl/2014/06/12/medicine-is-an-art-not-a-science-medical-myth-or-reality/?sh=5d3a9e952071>.
- Sheryl Gay Stolberg, “Lobbyists on Both Sides Duel in the Medical Malpractice Debate”, New York Times (12/03/2003), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/2003/03/12/us/lobbyists-on-both-sides-duel-in-the-medical-malpractice-debate.html>.
- The American Law Institute, “Model Penal Code”, (Çevrimiçi) (24/05/1962), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>.
- The Law Society Gazette, “Fault-Based System 'Inherently Biased' to PI Claimants - Sumption”, (20/11/2017), (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.lawgazette.co.uk/law/fault-based-system-inherently-biased-to-pi-claimants-sumption/5063778.article>.
- The New York Times, “Anesthesiologist Found Negligent in Boy's Death”, (Çevrimiçi) (24/10/1996), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/1996/10/24/us/anesthesiologist-found-negligent-in-boy-s-death.html>.
- The New York Times, “Charges Dismissed Against Osteopath in Hepatitis Deaths”, (Çevrimiçi) (19/12/1964), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/1964/12/19/archives/charges-dismissed-against-osteopath-in-hepatitis-deaths.html>.

- The New York Times, “Infected Doctor Told to Get Patients Consent”, (Çevrimiçi) (19/04/2002), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.nytimes.com/2002/04/19/nyregion/infected-doctor-told-to-get-patients-consent.html>.
- The United States Department of Justice, “Detroit Area Doctor Sentenced to 45 Years in Prison for Providing Medically Unnecessary Chemotherapy to Patients”, (Çevrimiçi) (10/07/2015), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.justice.gov/opa/pr/detroit-area-doctor-sentenced-45-years-prison-providing-medically-unnecessary-chemotherapy>.
- Türk Tabipleri Birliği, “Dünya Tabipler Birliği "Mal practice" Bildirisi”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.ttb.org.tr/TD/TD59/597.html>.
- Türk Tabipleri Birliği, “Merkez Konseyi 2018-2020 Çalışma Raporu”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 19/08/2021, Erişim Adresi: https://www.ttb.org.tr/c_rapor/2020-2021/2021_calisma_raporu.pdf.
- World Health Organisation, “International Classification of Health Interventions”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 16/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-health-interventions>.
- World Medical Association, “WMA Statement on Medical Liability Reform”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-medical-liability-reform>.
- World Medical Association, “World medical Association Statement on Medical Malpractice”, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi: 18/08/2021, Erişim Adresi: <https://www.wma.net/policies-post/world-medical-association-statement-on-medical-malpractice>.

YARARLANILAN ULUSLARARASI BELGELER

- Committee on the Rights of the Child, **General Comment No 14**, 29/05/2013, (CRC/C/GC/14).
- Committee on the Rights of the Child, **General Comment No 15**, 17/04/2013, (CRC/C/GC/15).
- Council of Europe, **Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine**. Date of Publication: 04/04/1997.
- European Council Directive, **2011/24/EU**, Date of Document: 09/03/2011.
- European Council Directive, **2013/59/EURATOM**, Date of Document: 05/12/2013.
- European Council Recommendation, **2009/C 151/01**, Date of Document: 09/06/2009.
- Official Journal of the European Union, **2013/C 151 E/01**, Volume: 36, 10/05/2013.

OECD Working Party of National Experts on Science and Technology Indicators, **Revised Field of Science and Technology (FOS) Classification in the Frascati Manual**, Date of the Document: 26/02/2007, (DSTI/EAS/STP/NESTI(2006)19/FINAL).

The European Commission for Democracy through Law, **CDL-REF(2016)011**, Opinion No 831/2015, 15/02/2016.

United Nations Journal of the Economic and Social Council, **E/RES/1(I)**, Date of Document: 10/04/1946.

World Health Organisation, **A Declaration on the Promotion of Patient's' Rights in Europe European Consultation on the Rights of Patients**. Date of Publication: 28/06/1994, (Document Number: ICP/HLE 121).

World Health Organisation, **General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine**, Geneva, 2000, (WHO/EDM/TRM/2000.1).