

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN TAKSİRLİ
SORUMLULUĞU**

Osman Anıl ACURMAN

2501080513

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL

İSTANBUL – 2019

DÜZELTMELER

Tez jürisi tarafından oy birliği ile alınan düzeltme kararı sonrasında tarafıma verilen süreçte, jüri takdiri gereği tez konusu hekimlerin tıbbi müdahalelerdeki taksirli sorumlulukları ile sınırlanmış, öncelikle tez başlığı değiştirilerek hekimlerin, kasta dayalı sorumluluklarına ilişkin bölüm konunun özüne indirgenmiş, kasten işlenen suçlara dair açıklamalar tez içeriğinden çıkarılmıştır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedeni olarak rıza bahsi üzerindeki incelemeler genişletilmiş, tezde kaynak alınan referans eserler artırılarak, öncelikle tedaviyi ret hakkı ayrı bir başlıkta irdelenmiş, aydınlatma, varsayılan ve muhtemel rıza kavramlarının hukuki temelleri tartışılmıştır. Tıbbi gereklilik (endikasyon) bahsi yeniden ele alınmıştır.

Taksirli sorumluluk bahsi altında taksirle işlenen yaralama ve öldürme suçları ayrıca işlenmiştir.

Tıbbi müdahalede kusurun tespiti ve bilirkişilik başlıkları ise yeni kaynak eserler ile geniş bir şekilde ele alınmış, bilirkişi raporlarındaki esaslar ile uygulamadaki tartışmalar üzerinde durulmuştur.

Tez çalışmamın sonuç bölümünde tüm tez içeriğindeki tartışma konuları ve tarafımızca yapılan tahliller izah edilmiştir.



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : OSMAN ANIL ACURMAN Numarası : 2501080513
Anabilim Dalı /
Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR.ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL
Tez Savunma Tarihi : 09.01.2020 Saati : 12.00
Tez Başlığı : TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN TAKSİRLİ SORUMLULUĞU

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUyla karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-PROF. DR. A. ÇOŞKUN YORULMAZ		Kabul
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul
4-DR. ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL		Kabul
5-DR. ÖĞR. ÜYESİ EZGİ CANKURT		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DR. ÖĞR. ÜYESİ ZAFER İÇER		
2-DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		

ÖZ

TIBBİ MÜDAHALELERDE HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

Osman Anıl ACURMAN

Kural olarak dokunulmaz olarak kabul edilen insan vücudu, hekimin çalışma alanını oluşturur. Hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için hastanın bu konuda rızasının varlığı gereklidir. Bazı istisnai durumlarda ise hastanın rızası alınamamaktadır. Hastanın geleceğini tayin etme hakkının gereği olarak yapılacak müdahale konusunda aydınlatılması zorunludur.

Hekimlerin, görevlerini yerine getirirken, özen ve dikkat yükümlülüğüne uymaları, tıp etiğine ve tıbbin gereklerine uygun davranmaları gerekmektedir. Hekim, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öngörülmesi gereken ve istenmeyen neticeyi öngöremediği durumda, taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutulacaktır. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan olası komplikasyonlardan kusuru bulunmayan hekim sorumlu tutulmayacaktır. Tıbbi hatalar ise hekimin cezai sorumluluğunun kapsamındadır.

Çalışmamızda hekimlerin söz konusu tıbbi müdahalelerinin tabi olduğu kurallar ve ceza hukuku sorumluluğunun sınırları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Cezai Sorumluluk, Tıbbi Müdahale, Komplikasyon, Tıbbi Hata, Hukuka Uygunluk Nedenleri.

ABSTRACT

THE PHYSICIAN'S CRIMINAL LIABILITY IN MEDICAL INTERVENTIONS

Osman Anil ACURMAN

As a rule, the human body, which is considered to be untouchable, forms the working area of the physician. In order for the physician to perform medical treatment, the patient's consent is required. In some exceptional cases, the patient's consent cannot be obtained. As a requirement of the right to determine the future of the patient, it is obligatory to clarify the intervention.

Physicians need to comply with the medical ethics and medical requirements in order to comply with their care and attention requirements. The physician will be held accountable for the offense of committing a crime or committing a crime by betrayal, in case it cannot foresee the unintended result, which should be foreseen by acting contrary to the obligation of attention and care. The physician who does not have any defect will not be held responsible for the possible complications resulting from medical intervention. Medical faults are covered by the physician's criminal liability.

In this work, the rules that the medical interventions of the physicians are subject to and the limits of the liability in criminal law are discussed.

Key Words: Physician, Criminal liability, Medical intervention, Complication, Medical fault, Reasons for compliance with law.

ÖNSÖZ

Tüm tarihsel süreçte bireylerin acılarını azaltmak, hayatlarını uzatmak amacını güden tıp bilimi ve uygulayıcısı hekim herşeyden önce insana zarar vermemekle yükümlüdür. Ancak, hekimin ilme ve bireylerin beklentilerine uygun eylemleri yanında, kişinin sağlığının kötüleşmesi veya tamamen yitirilmesine neden olan tıp bilimi ve mesleğin kutsallığıyla bağdaşmayan eylemleri her an ortaya çıkabilmektedir. Tıbbi müdahalelerin uygulayıcısı olan hekimin, insan sağlığına faydalı olduğu zaman takdir edilmesine karşın; zarar verdiği anda, sorumlulukla karşı karşıya kaldığı durumlar tarihin her döneminde karşımıza çıkmaktadır. Önemi gittikçe artan tıp hukuku alanında ülkemizde önemli eserler verilmekte, tıbbi müdahalenin tarafları olan hasta ve hekim arasındaki ilişkinin hukuki ve cezai boyutları iç hukukumuzda da doktrin ve yargı kararları ışığında şekillenmektedir.

Tıbbi müdahalenin tarafı hastaların, kendi geleceğini tayin hakkı gibi özenle gözetilmesi gereken bir takım hakları olduğu kadar hekimin de giriştiği tıbbi müdahale nedeniyle ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalmaması için çeşitli kural ve koşullar kabul edilmektedir. Çalışmamızda bu hak ve yükümlülükler üzerinde durulurken, tıp hukuku ve tıp ceza hukuku alanındaki önemli eserlerden yararlanılmış, uzun sürece yayılan tez çalışması sırasında bir çok sempozyum ve çalıştaya katılım sağlanarak ülkemizde henüz gelişmekte olan tıp hukuku alanındaki görüş ve önerilere değer verilmiştir.

Tıp hukuku ile tanışmama vesile olan Doç. Dr. R. Barış ERMAN'a, tez çalışmam sürecinde desteğini esirgemeyen hocalarım Prof. Dr. Adem Sözüer, Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu'na ve tez danışmanım olarak tezimi neticelendirmemi sağlayan Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Demirel'e, yardım ve sevgilerini benden esirgemeyen eşim Ceren ACURMAN, annem Canan ACURMAN ve hukuku bir bilim olarak sevdiren, her şeyiyle avukatlık mesleğini şahsıma öğreten babam Av. Hüseyin ACURMAN'a teşekkür ederim.

OSMAN ANIL ACURMAN

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE VE HUKUKA UYGUNLUĞU

1.1. TIBBİ MÜDAHALE.....	3
1.1.1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI.....	3
1.1.2. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ	4
1.1.2.1. Tıbbi Müdahalelerde Tipiklik Koşulu	6
1.1.2.1.1. Tıbbi Müdahalelerin Tipe Uygun Olmadığı Görüşü	6
1.1.2.1.2. Tıbbi Müdahalelerin Tipiklik Unsurlarını Taşıdığı Görüşü	7
1.1.2.1.3. Değerlendirme.....	8
1.1.3. TIBBİ MÜDAHALEDE HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	9
1. 1.3.1. Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni	9
1. 1.3.2. İlgilinin Rızası Hukuka Uygunluk Nedeni	11

1.1.3.3. Görevin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeni.....	12
1.1.3.4.Birden Fazla Hukuka Uygunluk Nedeni Kabul Eden Görüşler	13
1.1.3.5.Değerlendirme ve Görüşümüz	14
1.2. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN ŞARTLARI	16
1.2.1. TIBBİ MÜDAHALENİN TIP MESLEĞİNİ KANUNEN İCRAYA YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ.....	16
1.2.1.1. İp Fakültesi Mezunu ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak	17
1.2.1.2. Tabip Odası Kayıt	23
1.2.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Engel Bir Halin Bulunmaması .	23
1.2.1.3.1. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici Engel Hal	24
1.2.1.3.2. Hekimlik Mesleğini İcra Sürekli Engel Hal	24
1.2.2. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERİLMESİ.....	26
1.2.2.1. Rıza Kavramı.....	26
1.2.2.2. Tedaviyi ret hakkı	28
1.2.2.3. Hukuken Muteber Rıza Beyanının Şartları.....	30
1.2.2.3.1. Rızaya Ehliyet	30
1.2.2.3.1.1. Ayırt Etme Gücünün Varlığına Göre Rızaya Ehliyet.....	30
1.2.2.3.1.2. Ayırt Etme Gücünün Bulunmadığı Hallerde Rızaya Ehliyet	34

1.2.2.3.2. Rıza Açıklaması	37
1. 2.2.3.3. Rızanın Konusu	39
1. 2.2.3.4. Aydınlatma	40
1.2.2.3.4.1. Aydınlatma Çeşitleri.....	42
1.2.2.3.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi	46
1.2.2.3.4.2.1. Aydınlatma Yükümlüsü	46
1.2.2.3.4.2.2. Aydınlatılması Gereken Kişi	48
1.2.2.3.4.2.3. Aydınlatmanın Şekli	49
1.2.2.3.4.2.4. Aydınlatmanın Zamanı	51
1.2.2.3.4.2.5. Aydınlatmanın kapsamı	52
1.2.2.3.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları	57
1.2.2.3.4.3.1. Acil Tıbbi Müdahaleler	57
1.2.2.3.4.3.2. Hastanın Aydınlatılmayı İstememesi	58
1.2.2.3.4.3.3. Hastanın Bilgisinin Bulunması	59
1.2.2.3.4.3.4. Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Hastanın Aydınlatılmaması ..	60
1. 2.2.3.4.3.5. Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması.....	61
2.2.4. Varsayılan Rıza ve Muhtemel Rıza Kavramları	63
1.2.3. TIBBİ STANDARTLARA UYGUNLUK.....	69

1.2.4. ENDİKASYON – TIBBİ GEREKLİLİK (TIBBİ MÜDAHALELERİN KANUNEN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLAN AMAÇLARA YÖNELİK OLMASI)	72
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

2.1. KASTTAN DOĞAN SORUMLULUK.....	74
2.1.1. Kast Kavramı	74
2.1.2. Hekimin Kastından Doğan Sorumluluğu.....	75
2.2. TAKSİRDEN DOĞAN SORUMLULUK.....	82
2.2.1. Taksir Kavramı.....	82
2.2.2. Hekimin Taksirinden Doğan Sorumluluğu.....	84
2.2.2.1. Komplikasyon Kavramı	86
2.2.2.2. İzin Verilen Risk.....	88
2.3. TIBBİ MÜDAHALEDE TAKSİRLİ SUÇLAR.....	91
2.3.1. Hekimin Taksirle Öldürme Suçu.....	92
2.3.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer.....	92
2.3.1.2. Suçun Maddi Unsurları.....	92
2.3.1.2.1. Fail ve Mağdur	92
2.3.1.2.2. Fiil	93
2.3.1.3. Manevi Unsurlar.....	94

2.3.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	94
2.3.1.5. Suçun Nitelikli Halleri	94
2.3.2. Hekimin Taksirle Yaralama Suçu	94
2.3.2.1. Suçla Korunan Hukuki Değer	96
2.3.2.2. Suçun Maddi Unsurları.....	96
2.3.2.2.1. Fail ve Mağdur	96
2.3.2.2.2. Fiil	96
2.3.2.3. Manevi Unsurlar.....	97
2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	97
2.3.4. Suçun Nitelikli Halleri	98
2.3.4.1. Failin Birden Fazla Kişinin Yaralanmasına Neden Olması	98
2.3.4.2. TCK 89/2. Ve 89/3 Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştıran Haller.....	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KUSURUN TESPİTİ

3.1. UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS).....	99
3.1.1. Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramı	99
3.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası Türleri	100
3.1.2.1. Teşhis Hatası.....	100

3.1.2.2. Tedavi Hatası	105
3.1.2.2.1. Araç ve Metod Seçiminde Hata	106
3.1.2.2.2. Hasta Vücudunda Yabancı Madde Unutulması	107
3.1.2.2.3. Kontrol ve Gözetim Hatası	109
3.1.2.2.4. Tedavi Sonrası Danışma ve Tavsiye Hataları	110
3.1.2.2.5. İlaç Kullandırmada Hata	110
3.1.2.2.6. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması	113
3.1.2.3. Üstlenme Kusuru.....	114
3.2. TIBBİ MÜDAHALELERDE KUSURUN TESPİTİ	116
SONUÇ.....	122
BİBLİYOGRAFYA / KAYNAKÇA	126

KISALTMALAR LİSTESİ

A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
ATK	: Adli Tıp Kurumu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGH.	: Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Kararları
BGHZ.	: Alman Federal Yüksek Mahkemesi Hukuk Kararları
C.	: Cilt No
CD	: Ceza Dairesi
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
K.	: Karar
Md.	: Madde
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht Yayını
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift Yayını
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfalar

TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Türk Deontoloji Nizamnamesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.CGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Y.HGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.	: Yıl
YSŞ	: Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

İnsanlar, yaşamlarının en sıkıntılı dönemleri olan hastalık anında, aslında hayattaki en önemli şeyin sağlık olduğunun farkına varmakta ve korku, kaygı içinde ama aynı zamanda umutla hekime koşmaktadırlar. Çaresizlik duygusu ve ruh hali içinde olan insanlar için hekim, adeta tanrısal bir güç niteliğindedir. Hastaların hekimlerden bu şekildeki olağanüstü beklentileri ve aşırı umut bağlamaları ise hekimin işini oldukça güç kılmaktadır¹.

Hekim, kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış bir kişi olarak, hastalarının sağlığına, kişiliğine, haklarına saygı göstermekle yükümlüdür. Bu kapsamda hekimlerden beklenen, tıp mesleğinin gerektirdiği bilgi ve tecrübeye sahip olmaları, mesleklerini uygularken yeterli dikkat ve özeni göstermeleri, hukuk kuralları ve tıp etiğine uygun hareket etmeleridir.

Tıp, sürekli gelişen, değişen tamamıyla bilinmesi, belli kalıplara oturtulması mümkün olamayan aynı uygulamanın her insanda farklı sonuçlar doğurabileceği bir bilim olarak her türlü riske açıktır. Bu risklerine rağmen çok eski zamanlardan beri tıbbi müdahaleleri gerçekleştirenlere izin verilmiştir. Bir yandan hastanın iyileştirilmesine yönelik tıp bilimi diğer taraftan hastanın önemli haklarının ihlali niteliğinde olabildiğinden söz konusu fiiller nedeniyle ilgililerin ne zaman ve hangi hallerde sorumlu olacağı belirlenmeye çalışılmıştır.

Hekim hataları daha doğru bir söyleyişle tıbbi uygulama hataları, günlük gazetelerde sansasyonel şekillerde sıkça yer bulan, buna karşılık, hukuki ve idari yönü oldukça az bilinen hatta hekimlerce dahi sınırları çok net çizilemeyen bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim hekimler arasında yapılan anket çalışmalarında da görüldüğü üzere doktorların, daha geniş tanımlamayla “tıp görevlilerinin” ancak %17 lik bir kısmı mesleki sorumluluk ve yükümlülükleri ile ilgili olarak eğitimleri

¹ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Ankara, Seçkin, 2013, s.67-68

esnasında aldıkları bilgilerin yeterli olduğunu düşünmektedir². Oysa hastasının sağlığını düzeltmek amacıyla büyük bir özveri ile çalışan hekimin, haksız suçlamalardan korunabilmesi için, hukuksal açıdan da kusursuz hareket etmesi, yetki, görev ve sorumluluklarını çok iyi bilmesi gerekmektedir. Zira kamu görevlilerinin ve sorumluluk sahibi kişilerin tavır ve davranışlarını yönlendiren en önemli etkenlerden biri de yetki ve görev sınırlarının bilinmesidir. Son yıllarda yanlış tıbbi uygulama iddiası ile hekimler aleyhine açılan davaların sayısında büyük artışlar görülmektedir. Tıp uygulayıcıları aleyhine işleyen bu süreçte tıbbi uygulamalarla meydana gelen sonuçlarda hekimin cezai sorumluluğunun hangi kapsamda olacağı öncelikle belirlenmesi gereken bir konudur. Hekimlerin ve onların sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğini denetleyen kurul ve yargı organlarının bu hususu çok dikkatli bir şekilde incelemesi gerekmektedir. Bu çalışmada işte bu hususlar üzerinde durularak hekimin temel ceza hukuku sorumluluğu ve sıkça karşılaştıkları taksirli suçluluk açıklanmaya çalışılacaktır.

² <http://www.akilciilac.gov.tr/?p=744> Erişim tarihi:21.01.2019

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE VE HUKUKA UYGUNLUĞU

1.1. TIBBİ MÜDAHALE

1.1.1. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Hekimlerin tıbbi müdahaleler kapsamındaki sorumluluğunun belirlenebilmesi için öncelikle tıbbi müdahale kavramının etraflıca ortaya konulması gerekmektedir. Her ne kadar tıbbi müdahale denildiğinde akıllara bireylerin vücut bütünlüğünü bozma şeklinde gerçekleşen cerrahi ameliyeler gelmekte ise de bu tür girişimleri de içerisinde barındırmakla birlikte tıbbi müdahale kavramı çok daha geniş boyutlu olarak ele alınmak zorundadır.

Doktrinde yerleşmiş tanımlara 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 ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan çeşitli faaliyetlerdir”³. Daha kısa olarak ise “hekimin tıbbi bakım ihtiyacı olan kişilere yönelik tedavi amaçlı etkinlikleri”⁴ şeklinde ifade edilebilir. Tanımlardan çıkan sonuca göre bir girişimin tıbbi müdahale olarak adlandırılabilmesi için tedaviye yönelik olması mutlak bir şart olmayıp, hastaları korumaya yönelik aşı uygulamaları yahut doğum kontrolleri gibi yöntemler de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca hekimin yalnızca fiili müdahaleleri değil tedaviye yönelik sözleri, önerileri dahi bu kavram alanı içerisinde görülmektedir.

³ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003, Legal Yayıncılık, s.24; Berna Özpınar, *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara, Ankara Barosu, 2007, s. 17.

⁴ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı, 1991, s.5.

1.1.2. TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tıbbi müdahaleler, mesleki, idari ve hukuki sorumluluk alanlarında çeşitli görünümler gösterebilmektedir. Ceza hukuku ise tıbbi müdahalelerin, diğer bir ifadeyle tıbbi müdahale esnasındaki ihmal, tedbirsizlik, dikkatsizlik eseri oluşacak zararın, suç oluşturup oluşturmadığı noktasında sürece dahil olup bu hususu incelemektedir. Cezai korumanın konusu, yargılamanın süjelerine ait hukuki menfaatlerdir. Ceza normları bu menfaatleri önce hukukileştirmekte sonra da bunları korumak için suç teşkil eden fiili tanımlayarak legal olanla yasal olmayan eylemleri tanımlamaktadır⁵.

Dış görünüş açısından her tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğünü ve kendi geleceğini belirleme hakkını, en başta da yaşam hakkını etkileyen girişimler olduklarından öncelikle bu girişimlerin bir suç teşkil edip etmediklerinin ceza hukuku açısından incelenmesi gerekmektedir.

Tıbbi müdahale eylemi, doğurduğu sonuçlara göre pek çok suç tipini ihlal edecek şekilde bir görünüm ortaya koyabilir. Bu suçlardan en önde gelenleri ise kasten veya taksirle öldürme ile yaralama suçları olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim yapılan müdahale öncelikle kişilerin vücut bütünlüğünü zedeleyen eylemlerdir.

Öte yandan bireylerin acılarını azaltmak, hayatlarını uzatmak amacını güden tıp ve uygulayıcı hekim herşeyden önce insana zarar vermemekle yükümlüdür. Ancak, hekimin ilme ve bireylerin beklentilerine uygun eylemleri yanında, kişinin sağlığının kötüleşmesi veya tamamen yitirilmesine neden olan tıp bilimi ve mesleğin kutsallığıyla bağdaşmayan eylemleri her an ortaya çıkabilmektedir.

⁵ Selahattin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1978, s.61.

Maddi ceza hukukunun temel konusu olan suç, “toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır”⁶. Hukuka aykırılık arz eden belirli fiil özetle haksızlık, kusur yeteneği bulunup bulunmadığına bakılmaksızın suç olarak adlandırılacaktır. Ceza hukuku bakımından önem az eden tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır⁷. Fiil özelliklerine sahip bir insan davranışının varlığı tespit edildikten sonra bunun ceza kanununda düzenlenen suç tiplerinden hangisinin tanımına uygun olduğu araştırılacaktır. Suçun kanuni tanımında yer verilen maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi halinde fiilin tipe uygunluğundan söz edilebilecektir. Tipik fiil veya diğer bir deyişle tipik haksızlığın işlenmesine müsaade eden bir hukuk kuralının bulunmadığı tespit edildiğinde o fiilin hukuka aykırılığı sonucuna varılacaktır⁸. Görüldüğü üzere suçun oluşumunda kusurun varlığı aranmamaktadır. Kusurluluk suçun bir unsuru değil, işlediği suç dolayısı ile fail hakkında bulunulan bir değerlendirme yargısıdır⁹.

Öğretide, tıbbi müdahalelerin, müessir fiil kapsamında tipe uygun eylem olarak görülüp görülemeyeceği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Her tıbbi müdahalenin tipe uygun bir müessir fiil olduğu sonucuna varıldığında, bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı şartına bağlı olacaktır. Tipe uygunluk koşulunun gerçekleşmemesi halinde ise hukuka uygunluk araştırmasına gidilmesine gerek olmaksızın eylemler ceza hukukunun alanından çıkacaktır¹⁰. O halde öncelikle tıbbi müdahalelerin tipe uygun olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2018, s.161.

⁷ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2017, s.84.

⁸ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s.84-85.

⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s.165.

¹⁰ R.Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin, 2003, s.28.

1.1.2.1. Tıbbi Müdahalelerde Tipiklik Koşulu

Tipiklikten anlaşılması gereken bir fiili suç sayan ve buna bir yaptırım öngörmüş bulunan bir kanun maddesinin var olmasıdır. Tipiklik unsuru, ceza hukukunun temel ilkelerinde olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bir fiilin suç sayılabilmesi için somut fiilin kanunda tarif edilmiş olması ve cezayla tehdit edilen bir hareketin soyut unsurlarına uyması gerekir¹¹. Somut hareket, daha önce yapılan soyut tanıma uygunsu o hareketin tipe uygun olduğundan söz edilir¹².

Tıbbi müdahalelerin kanunlarda gösterilen tipe uygun olup olmadığı doktrinde ciddi tartışmalara konu olmuştur. Bu konuda dile getirilen görüşler ise iki grupta toplanmıştır

1.1.2.1.1. Tıbbi Müdahalelerin Tipe Uygun Olmadığı Görüşü

Doktrindeki bazı görüşlere göre kanuni unsur olan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları tıbbi müdahalelerde gerçekleşmediğinden bu müdahaleler suç teşkil etmeyecektirler. Bu kapsamda bu görüşü savunan yazarlara göre hekimin müdahalesinde, asıl olanın şifa verme amacı olması karşısında tıp biliminin kuralları çerçevesinde yapılan eylemler hastada bir zarar değil fayda meydana getirdiklerinden ceza kanunlarında düzenlenmiş bulunan kasten yaralama yahut öldürme suçları meydana gelmeyecektir¹³.

¹¹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2017, s. 129.

¹² Mahmut Koca, “YTCK.da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı 1, Yıl 1, Ekim 2006, s.113.

¹³ Bayraktar, **a.g.e.**, s.65.

Alman, İsviçre ve Avusturya öğretisinde bazı tıbbi müdahaleler bakımından tipiklik koşulunun gerçekleşmediği görüşü ağırlıklı olarak kabul edilirken, ortak bir ölçüt benimsendiğinden söz edilememektedir¹⁴. Bir kısım yazarlarca müdahalenin sonucuna göre ayırım yapılmakta ve başarıya ulaşan tıbbi müdahalelerde bir zarar meydana gelmediğinden tipe uygunluktan söz edilemeyeceği kabul görmektedir¹⁵. Hekimin eyleminin hukuka uygunluğunu başarı sağlamakta, ancak başarısızlık halinde suç meydana gelmektedir¹⁶. Bir diğer görüşe göre ise hekimin müdahalesine tıbbi bakımdan herhangi bir itiraz yöneltilemediğinde tipiklik unsuru gerçekleşmeyecek, cezai sorumluluk doğmayacaktır¹⁷.

Bir kısım yazarlarca da bu başlık altında değerlendirilebilecek olan suçun maddi unsurunun gerçekleşmediği görüşü savunulmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre her ne kadar hekimin başlangıçtaki hareketleri bir zarar meydana getiriyorsa da tedavinin etkisini göstermesiyle hasta sağlığına kavuşmakta ve sonuçta zarardan söz etme imkanı kalmamaktadır¹⁸.

1.1.2.1.2. Tıbbi Müdahalelerin Tipiklik Unsurunu Taşıdığı Görüşü

Bu görüş taraftarlarına göre tıbbi müdahaleler, arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın tipe uygun eylemlerdir. Hekimin yaptığı hareket hastanın yararına ve onu iyileştirmek gayesi ile olsa dahi bu hareket ile hastanın vücut bütünlüğünün zedelenmiş olduğu açıktır. Müdahalenin başarıya ulaşip ulaşmaması yahut tıp biliminin gereklerine uygun hareket edilmiş olup olmaması eylemin tipe uygun olduğu gerçeğinin değiştirmeyecektir¹⁹.

Türk öğretisi dahil olmak üzere bir çok ülkede tıbbi müdahalelerin vücut bütünlüğüne karşı suçlar bağlamında tipe uygun eylem niteliğinde olduğu ve bu gibi

¹⁴ Erman, **a.g.e.**, s.35.

¹⁵ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin, Ankara,Seçkin, 2018, s.937.

¹⁶ Bayraktar, **a.g.e.**, s.66.

¹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.937.

¹⁸ Bayraktar, **a.g.e.**, s.69.

¹⁹ Erman,**a.g.e.**,s.28.

eylemlerin ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir²⁰. Hekimlerin, kendilerinin insancıl müdahalelerinin suçlu kişilerin gerçek anlamda suç işleme kastıyla bir kimseyi yaralaması veya öldürmesi ile eş tutulmasına yönelik yoğun eleştirileri bulunsa da gerek Alman gerekse Türk uygulaması ve yasal düzenlemeleri hekimlerin tıbbi müdahaleleri sonucunda oluşan yaralama veya öldürme fiili ile illiyet bağı bulunduğu takdirde suçun kanuni unsuru olan tipikliğini oluşturduklarını kabul etmektedirler²¹.

1.1.2.1.3. Değerlendirme

Her ne kadar tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimlerin nihai gayesi hastayı iyileştirmek olsa da eylemlerinin zarar verici nitelikte olmadığından söz edilemez. Zararın meydana gelmesinde maddi acının hafifliğinin ve vücut fizyolojisindeki bozukluğun devam müddetinin bir önemi bulunmamaktadır²². Mağdurun bir müddet sonra iyileşmiş olması zararın sübut bulmuş olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

Tıbbi müdahalenin sonucuna göre sorumluluğun belirlenmesi de doğru bir yol değildir. Nitekim müdahalenin iyi veya kötü sonuçlanması itibari bir olaydır, fiilin meşruluğu yahut gayrimeşruluğu ile ilgisi bulunmamaktadır²³. Neticenin hareketin tümüyle dışında kalan ondan ayrık bir husus olduğu da kabul edildiğinde neticeye göre hareketin meşruluğunu araştırmak doğru olmayacaktır²⁴. Kaldı ki hukuki neticeler insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen müdahalenin sonucu gibi tesadüfi şartlara bağlanmamalıdır²⁵.

Bu kapsamda hekimler tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin, sonuç, amaç, yapılış şekli gibi kıstaslara bakılmaksızın tipe uygun eylem niteliğinde olduğu

²⁰ Erman, **a.g.e.**, s.29.

²¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.938.

²² Faruk Erem, **Ceza Hukuku Hususi Hükümler**, C.2., Ankara, 1968, s.279.

²³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım**, 6. Baskı, C.2 , İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 54-55.

²⁴ Bayraktar, **a.g.e.**, s.67.

²⁵ Çetin Özek, "Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları", **İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası**, Cilt 28, 1965, s.447.

ve yasal bir müdahalenin ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde söz konusu olabileceğini kabul etmekteyiz.

1.1.3. TIBBİ MÜDAHALEDE HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Genel olarak ifade edilecek olursa hukuka aykırılık, hakka karşı gelme, onunla çatışma halinde olmaktır. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise “işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir”²⁶. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için onun kanuni tarife uygun olması yeterli olmayıp ayrıca hukuka aykırı olması gerekir. Ancak bir fiilin kanuni tanıma uygun olması o fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir karine teşkil etmektedir. Bu kapsamdaki tipik bir fiilin hukuka aykırı olmaması ancak görevin ifası, meşru savunma, hakkın kullanılması veya ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı halinde söz konusu olabilecektir. Dolayısı ile bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için tipe uygunluğu belirlendikten sonra, ilk olarak davranışın hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması nedeniyle hukuka uygun olup olmadığı araştırılmalıdır²⁷.

Bir takım aksi görüşlerin varlığına rağmen tıbbi müdahalelerin ağırlıklı olarak yaralama ve öldürme suçlarının tipiklik unsurlarını taşıdıkları kabul edildiğine göre bu müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı şarttır. Tıbbi müdahalelerin, bir çok hukuka uygunluk nedeninin kapsamında değerlendirilebilir niteliği karşısında, bu girişimleri hukuka uygun kılan nedenin hangisi olduğu yönünde doktrinde bir çok ayrık görüş ileri sürülmektedir.

1. 1.3.1. Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni

Kişilere herhangi bir konuda hususi bir takım haklar tanıyan hukuk düzenlerinin aynı anda kişinin bu hakkını kullanmasını yasaklamasından söz etmek mümkün olmayacaktır. Ancak hakkın kullanılması şeklinde böyle bir hukuka

²⁶ Koca, Üzülmüş, a.g.e., s.262.

²⁷ Koca, Üzülmüş, a.g.e., s.263.

uygunluk nedeninin varlığı için bir takım şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar ise kişiye tanınmış -hiç bir makam müdahale etmeden kullanılabilir- sübjektif bir hakkın varlığı, bu hakkın sınırlar içinde kullanılmasıdır²⁸.

Hekimler yönünden de tıbbi müdahalelerde bulunmak konusunda sübjektif bir hak tanınmış olduğu kabul edilmektedir. Öğretide bu sübjektif hakkın kaynağını 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²⁹'un 1., Türk Tabipler Birliği Kanunu³⁰'nun 6. ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi³¹'nin 13/1. maddelerindeki düzenlemelerden aldığı kabul edilmektedir. Örf ve adet hukuku da tıbbi müdahale hakkının bir diğer kaynağı olarak görülmektedir³².

Türk öğretisinde de bir dönem kabul gören bu görüşe göre hekimler kanunların kendilerine tanıdığı hakların icrası çerçevesinde hareket ettiklerinden yaptıkları müdahalelerden sorumlu tutulamayacaklardır. Hakkın icrası şeklinde nitelendirilen bu görüş hekimin, tıp konusunda eğitim görmüş bir kimse olarak kendisine devletin, yasaların tanıdığı bir hakkı kullanan kişi konumunda olduğundan bir hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde hareket ettiğini ve cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedir³³.

Hakkın kullanılması görüşü, mağdurun rızasının bu durumda herhangi bir öneminin bulunmayacağı, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin hekim-devlet ilişkisini temel alarak hastayı devre dışı bıraktığı³⁴, hekimin böyle bir sübjektif hakkı bahis olduğunda hastanın da yetkili hekime kendisine müdahalede bulundurmak görevinin de kabul edilmesi gerekeceği oysa ki böyle bir durumun söz konusu

²⁸ Fatih Selami Mahmutoğlu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Güneş Yay., İstanbul, Nisan 2005, s.53.

²⁹ R.G. Tarih: 14.04.1928, Sayı:86 (Değişik: 11/10/2011-KHK-663/58 md.)

³⁰ R.G. Tarih: 31.01.1953, Sayı: 8323 (Değişik birinci fıkra: 23/3/2006 – 5477/1 md.) ve (Değişik ikinci fıkra: 7/6/1985 - 3224/50 md.)

³¹ R.G. Tarih:19.02.1960 , Sayı:10436

³² Kayıhan İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, s.175; Erman, **a.g.e.**, s.51; Hakeri, **a.g.e.**, s.940.

³³ Ümit Kocasakal, “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3. Sayı:2, 2006, s.152.

³⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.940-941.

edilemeyeceği³⁵ gerekçeleri ile eleştirilmiş bu hususun modern tıp hukukunun gereklerine uymadığı belirtilmiştir³⁶.

1. 1.3.2. İlgilinin Rızası Hukuka Uygunluk Nedeni

Ceza hukukumuzda kabul edilmekte olan bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise “ilgilinin rızasıdır”. Tıbbi müdahalelerde de hastanın veya kanuni temsilcisinin rıza göstermesi durumunda belirli şartları taşıyan³⁷ bu rıza beyanı müdahaleyi hukuka uygun kılar³⁸.

Kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruf yetkisi ve kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde değer verilen rıza beyanları ancak rıza verilen konuda ve bu konu sınırları dahilindeki tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılacaktır.

Kişinin hangi konular üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceğine ilişkin genel bir ölçüt geliştirmek mümkün değildir. Takibi şikayete bağlı suçlarla sınırlı bir rıza hukuka uygunluk nedeni kabul görmemekte, kişinin belli bir hakkı üzerindeki tasarrufunun hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde kişiliğinin serbestçe gelişimine hizmet edip etmediğine bakılmalıdır³⁹.

³⁵ Bayraktar, **a.ge.**, s.96.

³⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s.947.

³⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2015/1530E, 2017/1911 ve 16.02.2017T kararı; ...Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacıların annesine davalı hastanede davalı doktor tarafından yağ aldırma ameliyatı yapıldığı, 2 gün hastanede yattıktan sonra taburcu edildiği ve aynı gün vefat ettiği, yargılama sırasında gerek Adli Tıp Kurumundan gerekse ... Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan heyetten alınan bilirkişi raporunda davalıların kusuru bulunmadığı açıklanmıştır. Ne var ki; hukukçu bilirkişi tarafından isabetli şekilde belirtildiği üzere davalılar tarafından dosyaya sunulan 21.04.2005 tarihli muvafakatname başlıklı belge müteveffanın geçireceği ameliyatın riskleri hususunda aydınlatıldığının ispatı bakımından yeterli görülemez. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ispat edilmiş olmadıkça, hastanın rızası tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli kabul edilemeyecektir. O halde mahkemece, davacıların annesi olan müteveffanın geçireceği ameliyatın riskleri konusunda aydınlatıldığının ispat edilemediği ve davacıların zararlarının tazmin edilmesi gerektiği hususu ile birlikte davalı şirketin davalı doktor ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunmadığına ilişkin savunmasının davalı şirketin sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği değerlendirilerek davalı şirketin davacıların zararlarından sorumlu olup olmadığı hususunun tartışılması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

³⁸ İçel ve diğerleri, **a.g.e.**, s.175.

³⁹ Koca, Üzülmez, **a.g.e.**, s.292.

Bireylerin kendi vücutları üzerinde hukuk düzenleri tarafından aksi açıkça kabul edilmediği ve genel ahlak ve adaba aykırı olmadığı müddetçe doğrudan tasarruf yetkisi vardır⁴⁰. Dolayısı ile bireylerin kendi geleceklerini belirleme haklarının da bir sınırı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin yaşama hakkı kişiye ait bir hak olmakla birlikte bu hak üzerinde kişinin mutlak surette tasarruf yetkisi bulunmamaktadır⁴¹. Dolayısı ile süljelerin tıbbi müdahaleye yönelik rızaları ancak çizilen bu sınırlar dahilindeki girişimleri hukuka uygun kılabilircektir.

Hukuka uygunluk nedeni olarak hastanın rızası görüşü, bu görüşün kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği haklarını açıklayamadığı, hastanın iradesini sağlıklı bir biçimde ortaya koyamadığı hallerdeki belirsizlik, hastanın hekim karşısında manevi baskı hissetmesi nedeniyle serbest iradesini yansıtamayacağı gibi savlarla eleştirilmektedir⁴².

1.1.3.3. Görevin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeni

Hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereği, bir kimsenin bir taraftan belli bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkili kılınması diğer taraftan da böyle bir davranışta bulunmasından dolayı cezalandırılması söz konusu olamaz⁴³. Bir kanun hükmü, kişiye herhangi bir davranışta bulunmak konusunda bir hak veya yetki vermişse bunun usulüne uygun olarak icra edilmesi durumunda hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir⁴⁴.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğuna hekim açısından yaklaşan görüş, asıl olanın hekimin sübjektif bir hakkı değil kamu düzeninin ona yüklediği görevin sağladığı hukuka uygunluktan söz etmektedir. Zira toplum hekimden, mesleğın gereklerini yerine getirmesini beklemektedir. Mesleki görevin sınırı, kanun ve diğer

⁴⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.948.

⁴¹ Koca / Üzülmöz, **a.g.e.**, s.291.

⁴² Erman, **a.g.e.**, s.67.

⁴³ Doğan Soyaslan, **Geza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara,2005, s.368; Hakan Hakeri, **Geza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, 2013, s.254.

⁴⁴ Koca / Üzülmöz, **a.g.e.**, s.272.

düzenlemeler yanında tıp mesleğinin gerekleri de çizmektedir. Hekimlik mesleği, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan heime buna ilişkin yetkiti de tanımaktadır⁴⁵.

Özellikle tıbbi müdahale için kişinin rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmadığı hallerde geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olarak görevin ifası ele alınmaktadır. Tabiplik mesleğini icra eden veya icra etmek hususunda yetkiyle donatılan kişi tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan kişiye iyileştirilmesi amacına yönelik gerekli müdahaleyi gerçekleştirmekle yükümlüdür, Bu yükümlülüğün varlığı halinde gerçekleştirilen tıbbi müdahale görevin yerine getirilmesi nedenine dayalı olarak hukuka uygundur⁴⁶.

1.1.3.4.Birden Fazla Hukuka Uygunluk Nedeni Kabul Eden Görüşler

Öğreti ve uygulamada kabul gören ve gittikçe de yaygınlaşan bir görüşe göre ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tek bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı yeterli olmayacaktır.

Konu, belirli bir kişi üzerinde gerçekleştirilecek belirli bir tıbbi müdahale olduğunda asıl belirleyici olanın kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı olduğu, asli unsurun da hastanın rızası olması gerektiği kabul edilmekte ancak bu unsurun tek başına yeterli olmayacağı da belirtilmektedir⁴⁷.

Bir görüşe göre rıza ile hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin bir arada bulunması müdahaleyi hukuka uygun hale getirirken⁴⁸ bir diğer görüş de bu iki hukuka uygunluk nedeninin yanı sıra “hekimin tıp meslek ve sanatının verilerine uygun olarak hareket etmesi” unsurunun da hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartı olduğunu kabul etmektedir⁴⁹. Farklı olarak, tıbbi standartlara uygun hareket şartı

⁴⁵ Erman, **a.g.e.**, s.53; Bayraktar, **a.g.e.**, s.89.

⁴⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.376.

⁴⁷ Erman, **a.g.e.**, s.77.

⁴⁸ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Yenerer Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10bs., Beta, 2017, s.337-338; Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, 9.bs., C.1., Ankara, 2018, s.313.

⁴⁹ İçel ve diğerleri, **a.g.e.**, s.175-176; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.947.

içinde değerlendirilebilecek olan endikasyon şartının da tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵⁰.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni temel kabul edilmekle birlikte bu hukuka uygunluk nedeninin, kişinin rıza açıklaması yapamayacak durumda oluşu gerekçesiyle koruma sağlayamadığı koşullarda görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin kabul göreceği de öne çıkan bir diğer görüştür⁵¹.

Yargıtay'da kararlarında doktrindeki bu görüşleri örnek göstererek hukuka uygun tıbbi müdahalenin “hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızasının bulunması, eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalması” şeklindeki üç koşulu taşıması gerektiğini uzun süredir vurgulamaktadır⁵². Yakın tarihli bir kararında yüksek mahkeme, cezai sorumluluk açısından yaptığı değerlendirmede “Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde, yasaların öngördüğü amaçlarla, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygun olduğundan doğan zararlı sonuçtan failin sorumlu tutulması mümkün değildir”⁵³ içtihadı ile hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarını ortaya koymuştur.

1.1.3.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hekimlerin tıbbi müdahalelerinin, yaralama veya öldürme suçları açısından tipe uygun fiiller olduklarından şüphe edilmemelidir. Nitekim hekim tıbbi müdahalenin sebebiyet vereceği vücut bütünlüğünün bozulması neticesini istediğinden kasten hareket etmektedir. Hekimin, şifa veya tedavi nihai amacını hedefliyor ve bunu istiyor olması, yaptığı fiil açısından kasten hareket ettiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Hareketi gerçekleştiren kişinin saiki tipiklik unsurunu ortadan kaldırmayacağından hekimlerin fiillerinin yaralama ve öldürme suçlarının tipiklik unsurlarını

⁵⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 948.

⁵¹ Özgenç, **a.g.e.**, s.376.

⁵² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 07.03.1977, 1976/6297 E., 1977/2541K.

⁵³ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 11.06.2013, 2013/11225 E., 2013/15909 K.

bulundurduğu kabul edilmeli ve bu eylemlerin hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülmelidir.

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından ise bir dönem kabul gören hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Tıbbi müdahalelerin süjesi niteliğinde bulunan hastaların müdahalelerin kapsamı ve içeriği konusunda egemenlik sahibi olması, kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü olarak şarttır. Hakkın icrası tıbbi müdahalelerde tek başına hukuka uygunluğu sağlayan bir neden olmayıp ilgilinin rızası (özellikle aydınlatılmış rızası) ve söz konusu müdahale için aranan ek şartlar hukuka uygunluğu sağlamaktadır⁵⁴. Hastanın onayına hiçbir değer tanımamak yahut gereğince değer vermemek yalnızca hekimin kanundan doğan hekimlik mesleğini icra hakkını kullandığı, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullandığı gibi gerekçelerle tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kabul etmek modern tıp hukukuna uygun değildir. Benzeri durum görevin ifası hukuka uygunluk nedeni için de geçerli olup, salt kanunların hekimi yükümlü kıldıkları görev gereği hekimin her koşulda tıbbi müdahaleye girişerek hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmesi kabul edilemez.

Yalnızca hastanın rızasına istinaden tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olduğunu söylemek de güçtür. Her ne kadar tıbbi müdahalelerde asıl değer verilmesi gereken husus süjelerin yaşam ve kendi geleceklerini belirleme hakkı, dolayısı ile de muvafakatleri olsa da rıza beyanları da her halde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayamamaktadır. Nitekim bireylerinin rıza beyanlarının da bir sınırı olduğu, açıkça kanuna yahut genel adaba aykırı müdahalelere rıza verilemeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısı ile verilen rızanın her halde hekimi yaptığı müdahaleden sorumsuz kılacağından söz etmek de mümkün olmayacaktır.

Dolayısı ile münferit hukuka uygunluk nedenlerinin değil birden çok hukuka uygunluk nedeninin bir arada bulunması halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun

⁵⁴ Gürsel, Yalvaç, “Hukuksal açıdan tıpta uygulama hataları”, **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, 1. Bası, İstanbul, Baskıev,2012, s. 18.

olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünü paylaşmaktayız. Bize göre, hem hekimin mesleğinden kaynaklanan, hem de hastanın yaşam ve kendi geleceğini belirleme haklarının gerektirdiği koşulların aynı anda somut olayda varlığı aranmalıdır. Buna göre modern tıp hukukunda tıbbi müdahaleler, müdahaleyi yapanın hekim olması, aydınlatılmış rızanın varlığı, hekimin tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması şartlarının varlığı ile hukuka uygun hale gelecektir.

Tıp biliminin gereklerine uygun müdahale şartı içerisinde, müdahalelerin bir endikasyonun varlığı halinde yapılması gerekliliği koşulundan da söz edilebilecektir.

O halde hukuka uygun tıbbi müdahalenin tasvir edilebilmesi için ayrıntılı bir şekilde bu şartların incelenmesi gerekmektedir.

1.2. HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN ŞARTLARI

1.2.1. TIBBİ MÜDAHALENİN TIP MESLEĞİNİ KANUNEN İCRAYA YETKİLİ KİŞİLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için öncelikle müdahalede bulunacak kişinin kanunen yetkili olan kişilerden olması zaruridir. Tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olmayan kimselerin yaptığı müdahaleler, kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedeni niteliğindeki zorunluluk halinin¹ devreye girdiği durumlar dışında kural olarak hukuka aykırı ve ceza sorumluluğu doğuran birer suç niteliğinde görüleceklerdir.

Kanunen tıbbi müdahalelerde bulunabilecek kişiler hukukumuzda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun²'un 1 ila 4. Maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler uyarınca, Türkiye’de bir tıp fakültesinde tıp eğitimini başarılarak hekimlik diploması almış (md.1) ya da yurt dışında aldığı diplomanın denkliliğini onaylatmış (m.4), Tabip Odasına kayıt olmuş ve hekimlik yapmaya engel hali bulunmayan kişiler tıp mesleğini kanunen icraya yetkilidirler.

¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s. 341; Özgenç, **a.g.e.**, s.418.

² R.G. Tarih : 14/4/1928 Sayı : 863

Tıbbi müdahale yapma yetkisi bulunmayan kişilerin yapacağı müdahale yetki aşımı nedeniyle hukuka aykırı olacak, böyle bir durumda yetkisiz kişi, ceza kanununda düzenlenen suçların kapsamına giren zararlı bir neticeye sebep olur ise, mağdurun rızası bulunsu dahi eylem ilgili suç kapsamında cezalandırılacaktır. Böyle bir neticenin doğmadığı durumlarda ise 1219 sayılı kanunun 25 maddesinde sayılı suç gündeme gelecektir. Yargıtay uygulamasında öncelikle yetkisiz kişinin giriştiği eylemin bir tıbbi müdahale olup olmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yaptırılması içtihat edilmektedir³.

1.2.1.1. Tıp Fakültesi Mezunu ve Hekimlik Diplomasına Sahip Olmak

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabilecekleri muhtemel olumsuz ve telafi edilemez etkileri dolayısı ile tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kural olarak yalnızca sağlık personeline ve esas olarak da hekimlere verilmiştir. Tıbbi müdahalelerde bulunan kimsenin yeterli fikri ve ilmi niteliklere sahip olduğunu gösteren “belge” şartı ile bilgisiz ve yeteneksiz kişilerce yapılacak toplum için tehlike arz edebilecek faaliyetlerin önüne geçilmek istenmiştir⁴. Toplumun menfaatini korumak için kabul edilmiş olan bu düzende hiçbir özel irade kamunun ortak menfaati ve dolayısı ile de soyut birey menfaati ile çatışmaya girerek yetkisiz kimseleri yetkili hale getiremeyecek, mağdurun rızası tek başına müdahaleyi hukuka uygun kılamayacaktır⁵.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun(TŞSTİDK)’un 1. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır”⁶. Buna göre Türkiye’de tıp bilimi icrası ve her ne şekilde olursa olsun hasta

³ Nebahat Kayaer, “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, İzmir, 2012, s.82-83; Yargıtay 7 .Ceza Dairesi, 14.10.1998 Tarih, 1998/7454 E., 1998/8007 K.

⁴ Çakmut,a.g.e., s.28 ; Bayraktar, a.g.e., s.112-113.

⁵ Bayraktar,a.g.e., s.112.

⁶R.G. Tarih : 14/4/1928 Sayı : 863

tedavisi öncelikli olarak Türkiye’deki herhangi bir üniversitesinin tıp fakültesinden mezun ve diploma sahibi olmak şartına bağlanmıştır.

11/10/2011 kabul tarihli, 02/11/2011 tarih ve 28103 (mük) sayılı R.G.de yayımlanan 663 sayılı KHK.nin 58. maddesi ile TŞSTİDK.nun 1. maddesinde yapılan değişiklik ile, Türkiye’de hekimliğin icrası için aranan Türk olma şartı kaldırılmış, yabancı uyruklu hekimlerin de tababet icrası mümkün kılınmıştır. Aynı kanunun 30. maddesinde düzenlenen dış tabipliği için ise Türk olma şartının korunduğu görülmektedir. Türkiye’de hekimliğin icrası için Türk olma şartı kaldırılmış iken, dış tabipliği için Türk olma şartının korunmasının gerekçesi izaha muhtaçtır. Zira dış tabiplerinin Türk olması zorunluluğunun nasıl bir hukuki menfaatin olduğu belirtilmemektedir.

Hekimlerin yabancı ülke üniversitelerinden mezun olarak aldıkları tıp fakültesi diplomalarının da belirli şartlarla geçerli olduğu kabul edilmektedir. 1219 Sayılı TŞSTİDK’un 4. Maddesine göre söz konusu diplomaların denkliğinin Sağlık Bakanlığı’nca oluşturulan yetkili makamlarca kabulü halinde bu diploma onaylanarak hekimlik mesleğinin icrasına izin verilir⁷.

TŞSTİDK. Madde 2 hükmüne göre diploma ile ilgili bir diğer şart da alınan diplomanın Sağlık Bakanlığı’nca tasdik ve tescil edilmesidir⁸. Tasdik ve tescil

⁷1219 SK. Madde 4 (Değişik: 7/6/1935 - 2764/1 md.)”Yabancı memleketlerin tıp fakültelerinden izinli hekimlerin Türkiye’de hekimlik edebilmeleri için Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında ve Üniversite Tıp Fakültesi Profesörler Meclisinden seçilmiş bir jüri heyeti tarafından hüviyetlerine bakıldıktan sonra diplomalarının Türkiye Tıp Fakültesi ders programının ve öğrenim süresinin aynı veya benzeri bir fakülteden bütün sınav devreleri geçirilerek alınıp alınmamış olduğu araştırılır. Bu şartlarda alınmış olduğu anlaşılan diplomalar kabul edilip Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca onaylanarak kütüğe geçirilir ve iyelerinin sanat yapmalarına izin verilir. Bu şartlara uygun olarak alınmamış diplomaların iyeleri Tıp Fakültesi Profesörleri Meclisince seçilmiş bir jüri heyeti karşısında Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığında gönderilecek bir işyar da bulunduğu halde teori ve pratikten bir sınav geçirilir. Bu sınavın şekli Sağlık ve Sosyal Yardım ve Kültür Bakanlıkları tarafından beraberce kararlaştırılır. Ancak Türkiye Tıp Fakültesi öğretim süresine ve ders programlarına göre okumamış olanlar eksiklerini tamamlamak üzere Tıp Fakültesinde okuduktan ve staj gördükten sonra sınaca girerler. Sınavları başaranların sanat yapmalarına usulüne göre izin verilir.”

⁸ 1219 SK. Madde 2 – Yukarıki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İctimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler...”

işleminin diplomanın üniversiteler tarafından ve usulüne uygun şekilde yapılmış sınavlar sonucunda verildiğini tesbit amacına yönelik olduğu kabul edildiğinden öğretide bu şartın kurucu değil bildirici nitelikte olduğu görüşü hakimdir. Bu şart gibi yine aynı madde kapsamında düzenlenen mecburi hizmet şartının da hekimlerin kanunen tıbbi müdahaleyi icraya yetkili olması yönünden kurucu değil bildirici bir şart olduğu belirtilmektedir⁹.

Günümüzde karmaşık hastalıkların ortaya çıkması buna paralel olarak tıp biliminde yaşanan hızlı gelişme hekimlerin tüm tıp biliminde uzman olabilmelerini imkansız kılmaktadır. Bu nedenle tıpta çeşitli ihtisas dalları oluşturulmuş ve hekimler normal tıp öğrenimi sonrası çeşitli dallarda uzmanlık eğitimi alma yolunu seçmeye başlamışlardır. Türk Hukukunda ihtisasın hangi şartlarla ve ne şekilde yapılacağı ilgili tüzük ve yönetmeliklerle belirlenmiştir. İhtisas alanları kabul edilmiş olsa da tıp fakültesi mezunu olarak hekim sıfatını kazanmış olan kişiler kural olarak tıbbın tüm alanlarında faaliyet gösterme yetkisine haizdirler¹⁰. Dolayısı ile bazı özel durumlar hariç, tababetin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılmasından söz edilemeyecektir.

Uzmanlık, bu ünvanı alan hekimler için bir tekel yaratmamakta yalnızca uzmanlığı ilan etme ve ilgili ünvanı kullanma hakkı sağlamaktadır¹¹. 26/04/2014 tarihli Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği'nde de uzman, "Çizelgelerde yer alan dallardan birinde uzmanlık eğitimi tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olanlar" şeklinde tanımlanmış olup uzmanlığın bir tekel hakkı teşkil etmediği ortaya konulmuştur. Ancak bir takım tıbbi müdahaleler nitelikleri gereği ilgili yasalarca uzmanlık şartına tabi kılınmışlardır.

⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku** s.222 vd; Bayraktar, **a.g.e.**,s.114-115; Mehmet Ayan, **Tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk**, Ankara, Kazancı, 1991, s.7.

¹⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.226.

¹¹ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 2.bs, Ankara, 2006, s.285.

1219 sayılı TŞSTİDK, büyük ve önemli cerrahi müdahalelerin yapılmasını, cerrahi dalında uzmanlık belgesi almış kişilerin tekeline bırakmıştır. Söz konusu kanunun 3. ve 23. maddeleri uyarınca bu tip müdahalelerin mutlaka biri uzman olan iki hekim tarafından yapılması gerekmektedir¹². 23. maddede önemli ve büyük cerrahi müdahaleler kavramı, “umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler...” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan büyük ve önemli cerrahi müdahalelerdeki uzmanlık şartının temelinde anestezi uygulamasının doğurduğu gerekliliğin yattığı anlaşılmaktadır. Uzmanlığı gerektiren bu gibi tıbbi müdahalelerin uzmanı olmayan tabip tarafından gerçekleştirilmesi halinde, ancak zorunluluk haline ilişkin koşullar bulunduğu takdirde, sorumluluk cihetine gidilemeyecektir¹³.

Kanun koyucu, yarma, boşalma, dikiş, yakma, pansuman, kan dindirme gibi ameliyatları ise küçük ameliyeler olarak nitelendirerek bu tıbbi müdahalelerin uzmanlık şartı aranmaksızın icraya yetkili hekimlerce gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir¹⁴. Cerrahi müdahaleler dışında, radyoloji, radyoterapi, radyum ve elektrik tedavileri ve fizyoterapi branşları için de özel düzenlemeler yapılmıştır. 28.04.1937 tarih ve 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”un 1 ve 2. Maddelerine göre, röntgen şuaı, radyum emisyonu ya da radyum mürekkebatıyla veya her türlü elektrik aletleriyle teşhi ve tedavi yapmak bu dalda uzmanlık alan doktorlara verilmiş bir haktır¹⁵. Yine 19.03.1927 tarih ve 992 sayılı “Seriri Taharriyat Ve Tahlilat Yapılan Ve Masli Teamüller Aranılan Umuma Mahsus Bakteriyoloji Ve Kimya Laboratuvarları Kanunu”nda da kanunda düzenlenen laboratuvarların kurulması uzmanlık belgesi sahibi olmak şartına bağlı kılınmıştır.

Tüzük hükümleri bir uzmanlık şartı ise 18/12/1983 tarih ve 18255 no.lu “Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” düzenlemesi ile hukukumuzda kabul edilmiştir. İş bu tüzük hükümleri

¹² Çakmut, **a.g.e.**, s.29; Ayan, **a.g.e.**, s.7.

¹³ Özgenç, **a.g.e.**, s.380.

¹⁴ Öztürkler, **a.g.e.**, s.286.

¹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.227 ; Öztürkler, **a.g.e.**, s.286.

uyarınca rahim tahliyesi ve sterilizasyon şeklindeki tıbbi müdahaleler de ilgili dallarda uzmanlık belgesini haiz hekimler tarafından yapılabilecektir.

Tıp bilimdeki hızlı gelişme nedeniyle tababetin temel uzmanlık dallarına ayrılması yeterli görülmediğinden bu uzmanlık dallarının da kendi içerisinde dallara ayrılması söz konusu olmuştur. Ancak alt uzmanlık dalları için genel uzmanlık alanlarında getirilen sınırlayıcı düzenlemelere benzer normlar kabul edilmiş değildir. Bu nedenle de uzmanlık belgesine haiz bir hekimin o uzmanlık dalı dahilindeki özel uzmanlık alanlarında tıbbi girişimlerde bulunması hukuka aykırı olmayacaktır¹⁶.

Alman Hukuku'nda ise hekimin kendi uzmanlık alanı dışına çıkmasını yasaklayıcı bir kural bulunmamakla birlikte bu uzmanlık alanı dışına çıkması halinde o alandaki tıbbi standardı garanti edebilmesi aranmaktadır¹⁷. Benzeri bir yorum da yönetmelik ve tüzüklerle getirilen sınırlamalar öncesinde Yargıtay tarafından yapılmış ve “kural olarak bazı ayrıcalıklar dışında, doktorluk mesleğinin uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması, söz konusu değildir. Bu nedenle de genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanlarda tıbbi müdahalede bulunurken, doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak olan tıbbi müdahalede doğacak olan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur” içtihadı ortaya konulmuştur¹⁸.

İlgili tüzük ve yönetmeliklerin hukuk düzenimizde yerini alması sonrasında ise uzmanlık çok daha kapsamlı bir şart haline gelmiştir. Ancak her halde 1219 Sayılı TŞSTİDK. nun 23/2 madde hükmü uyarınca “mütehassıs bulunmaması veya celbi mümkün olmayan hallerde” yapılması zaruri olan tıbbi müdahalelerin uzman hekim tarafından icra edilmesi şart değildir.

¹⁶ İ.Hamit Hancı, **Malpraktis**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 110.

¹⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.227.

¹⁸ Yargıtay 4. HD. 1990/5104E., 1991/429 K., Hancı, **a.g.e.**, s.111.

Öğretide zaruret hali dışında uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelerin pratisyen hekim veya uzmanlık alanı dışındaki bir uzman hekim tarafından yapılmasının müdahalenin tıbbilik vasfını ortadan kaldırmayacağı, sadece kendi bilgi seviyesinin üstünde bir müdahaleye girişmiş olan hekim için “özen borcunun ihlali” olarak görülmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹. Bu şekilde tıbbi müdahalede bulunan hekimin “üstlenme kusuru”ndan söz edilebilecektir. Aşağıda üstlenme kusuru bahsi daha ayrıntılı olarak açıklandığından bu bölümde konuya bu kadar değinmekle yetiniyoruz.

Uzmanlık eğitimi almakta olan asistan hekimler ise pratisyen hekimlerin yapabileceği tıbbi müdahaleleri hekim olmakla yapma hakkına sahiptirler. Bunun yanı sıra uzmanlık gerektiren tıbbi müdahalelere de belirli şartlarda izin verilmiştir. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği’nin 11. maddesinin 7. fıkrası da, “Uzmanlık öğrencisi, programda bulunan bütün eğiticilerin gözetim ve denetiminde araştırma ve eğitim çalışmalarında ve sağlık hizmeti sunumunda görev alır, deontolojik ve etik kurallara uyar.” demekle gözetim altında uzmanlık alanındaki faaliyetlerine de cevaz vermektedir²⁰. Bu durumda denetim ve gözetim yükümlülüğü olan uzman hekimin de asistan hekimler birlikte sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

İntörn doktorların ise henüz tıp eğitimini tamamlayıp gerekli diplomayı almamış olduklarından hekimlik statüsünde olmayacakları kabul edilmektedir. Konuya ilişkin mevzuata bakıldığında, henüz öğrenci statüsünde olan kişilere de belirli şartlar altında tıbbi müdahale yapma yetkisinin verildiği görülmektedir. “Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik²¹”in 3/3-ç maddesi, tıp eğitimi sonunda mezun olacak hekimlerin, yetkililerin gözetiminde, hastanelerde gerçekleştirilecek yeterli klinik deneyime sahip olmalarını aramaktadır²².

¹⁹ Ayan, **a.g.e.**, s.7.

²⁰ Hakan Hakeri, “Öğrencilerin Yaptığı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Sorunu”, (çevrimiçi) <http://www.medimagazin.com.tr/mm-ogrencilerin-yaptigi-tibbi-mudahalelerin-hukuka-uygunlugu-sorunu-ky-52135.html>, 03.08.2019.

²¹ **Resmi Gazete Tarihi:** 02.02.2008 **Sayısı:** 26775.

²² Hakeri, “Öğrencilerin Yaptığı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Sorunu”.

Bu hükme göre ilgili hekimin gözetimi altında olmak kaydıyla tıp eğitimi gören hekim adaylarının da yapacakları tıbbi müdahalelerden sorumlu tutulmayacakları anlaşılmaktadır. Buna karşın Anayasa kişilerin vücut bütünlüklerini koruma ve yaşama haklarını güvence altına almış olup temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğinden yönetmelik hükmü ile intörn hekimlere vücut bütünlüğüne yönelik müdahalede bulunma hakkı verilmesi eleştirilmekte, stajyer veya intörn hekimlerin yaptıkları tıbbi müdahalenin hukuken korunamayacağı belirtilmektedir²³.

1.2.1.2. Tabip Odası Kayıt

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu²⁴ madde 7 uyarınca hekimliğin serbest olarak icra edilmesi için meslekte disiplin, dayanışma, denetimi sağlayan, meslek mensuplarının menfaatlerini gözeteten Tabip Odalarına kayıt zorunludur. Maddenin birinci fıkrası “bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler” hükmü ile yükümlülüğü süre ve yer bakımından getirilen sınırlamaları ile birlikte ortaya koymaktadır.

Kanun’un m.7/2 hükmü “Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler” hükmü ile serbest çalışan hekimler dışındaki hekim gruplarını bu zorunluluktan bağışık tutarak ancak istemleri halinde tabip odasına kayıt olabileceklerini belirtmiştir.

1.2.1.3. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Engel Bir Halin Bulunmaması

Bir tıbbi müdahalenin, bu müdahaleye yetkin bir kimse tarafından yapıldığının kabülü için hekimlik sıfatını haiz kimselerin tıp mesleğini icrasına geçici veya sürekli

²³ Gökhan Avcı/ Kübra Yılmaz Avcı, “İntörn Hekimler Ve Diğer Stajyer Sağlık Personelinin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yetkisi”, **1. Uluslararası Katılımlı Uulusal Tıp Hukuku Kongresi**, İstanbul, Legal, 2016, s.501.

²⁴ R.G. Tarih : 31/1/1953 Sayı : 8323.

surette engel bir hallerinin bulunmaması bir diğer şart olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵. Mesleğin icrasına engel halin varlığı tabip odasına kayıt gibi şekli bir şart olarak görülmekte, ceza hukuku açısından hukuka uygunluğu önleyen bir nitelik yüklenmemektedir. İlgili kanunlarda varsa şekli şartlara uymamanın yaptırımı söz konusu olabilir²⁶.

1.2.1.3.1. Hekimlik Mesleğinin İcrasına Geçici Engel Hal

Hekimlik mesleğinin yürütülmesi, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu²⁷'nin 38. Maddesi uyarınca Tabip Odası Haysiyet Divanı tarafından meslek icrasından men cezasının verilmesi ve bu cezanın da Yüksek Haysiyet Divanıca onaylanması sonucu geçici olarak engellenebilir. Aynı kanunun 39. Maddesinde ise meslekten men cezasının hangi hallerde gündeme gelebileceği gösterilmiştir. Bu hükme göre kanunun kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyen hekime 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men cezası verilebilecektir. Bir bölgede üç defa mesleği icradan men edilmiş olan hekimlerin ise aynı bölgede çalışmasına sürekli olarak yasak getirilebilecektir.

Her halde Tabip Odası Haysiyet Divanı'na verilmiş cezalar Yüksek Haysiyet Divanının onayına sunulacak, ancak onaylanması halinde uygulanabilecektir²⁸.

Söz konusu kanunun 49. Maddesi ise geçici olarak meslekten men cezasının sonuçlarını ortaya koymaktadır. Hükme göre haklarında geçici surette meslekten men cezası verilmiş olan hekimler ceza süresince mesleklerini hiç bir surette icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerlerin de kapatılması yoluna gidilecektir²⁹.

1.2.1.3.2. Hekimlik Mesleğini İcraya Sürekli Engel Hal

²⁵ Çakmut, **a.g.e.**, s.27; Bayraktar, **a.g.e.**, s.120.

²⁶ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2017, s.132.

²⁷ R.G. Tarih : 31/1/1953 Sayı : 8323.

²⁸ Ayan, **a.g.e.**, s.8.

²⁹ Çakmut, **a.g.e.**, s.34.

TŞSTİDK.un 28. Maddesinin 1. fıkrasında “hekimlik mesleğinin icrası için; Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...)”³⁰ zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.” hükmü ile süre ve suç tipi sınırlaması konularak hekimlik mesleğinin icrası için kesin ve net bir kriter getirilmiştir. Bu maddede sayılan suçların işlenmesi nedeniyle 5 yıldan fazla hapis cezasına mahkumiyet hekimlik mesleğinden kesin surette men için yeterli görülmüştür.

23/01/2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanunun 25. Maddesiyle değişik söz konusu madde hükmü ile değişiklik öncesindeki kriterler tümüyle değiştirilmiş öncesinde aranan iki kez mahkumiyet şartından dahi vazgeçilerek çok daha katı bir tutum takınılmıştır. Suç tipine yönelik getirilen sınırlamaların ise hekimlik mesleği ile ilişkisi olmayan suçları dahi kapsamı karşısında maddenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu denli ağır bir müeyyidenin uygulanmasına neden olan kriterlerin daha iyi düşünülüp hazırlanması ve hekimlerin meslekleriyle ilgili hatalarının kriterlerin belirlenmesinde temel alınması gerekmektedir³¹.

TŞSTİDK.un 28. Maddesinin 2. Fıkrasında ise, tababet icrasına engel ve iyileşmesi imkansız bir akıl hastalığı ile malul olduğu muayene sonucu tespit edilen hekimlerin Sağlık Bakanlığı’nın teklifi ve Yüksek Haysiyet Divanı’nın kararı ile meslek icrasından yasaklanması, hükme bağlanmıştır.

Söz konusu maddeye 15/08/2017 tarihli KHK’nın 694/5 sayılı maddesi ile eklenen ek fıkra ile “ Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik

³⁰ Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “... milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, ... ” bölümü, Anayasa Mahkemesi’nin 25/2/2010 tarihli ve E.: 2008/17, K.: 2010/44 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

³¹ Çakmut,a.g.e., s.35; Aynı yönde Bkz. Bayraktar,a.g.e., s.121.

Akademisi nam ve hesabına tıp fakültelerinde okuyan tabip subaylardan yükümlülük süresini tamamlamadan mahkeme veya disiplin kurulu kararına dayanılarak ilişiği kesilenler, kalan yükümlülük süresince hekimlik mesleğini icra edemezler.” hükmüne yer verilmiştir.

1.2.2. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERİLMESİ

1.2.2.1. Rıza Kavramı

Bir hukuki işlem olan rıza, irade açıklaması olarak vuku bulmakta ve rızaya dair irade beyanının açıklanması ile birlikte netice doğuramaya başlamaktadır³². Rızaya dair irade beyanının özgürce açıklanması ve iradenin hata, hile ve korkutma gibi etkenlerle sakatlanmaması gerekir. Bunların yanı sıra irade beyanının kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması da gereklidir.

Hekim ve hasta arasında kurulan somut ve özel güven ilişkisi, hekimin hastasının özerkliğine ve kendi geleceğini belirleme hakkına saygı göstermesini zorunlu kılmaktadır. Hekim açısından, görevinin gereği müdahalede bulunmak ise de, bu tür bir davranışa girişen hekim hukuken tehlikeli bir yola girmektedir. Öyle ki, “hastanın sağlığı en üstün kuraldır” cümlesi hekimlik davranışları için henüz bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmemektedir³³.

Kendi geleceğini belirleme hakkı gereğince, herkes tıbbi hizmet talep etme ya da hastalığını mukadder gidişatına bırakma konusunda seçimlik bir hakka sahip olmalıdır³⁴. Kendi geleceğini belirleme hakkının tıbbi müdahalelerdeki görünümü ise rıza beyanıdır. Kısaca rıza kendi geleceğini belirleme hakkının güvencesi olarak bireyleri istenmeyen girişimlere karşı koruyacaktır³⁵. Bu hakka karşılık olarak

³² M.Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006, s.500.

³³ Henning Rosenau, “Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.52.

³⁴ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, 1998, s.36.

³⁵ Gerard Panting, "The theory of consent", East African Medical Journal 07/2005; Vol. 82 s.131-132 (çevrimiçi) <http://0-web.ebscohost.com.divit.library.itu.edu.tr/ehost/detail?vid=1&hid=9&sid=ee1aea3e-2fae-4cf9-8890->

hekimlerin de hastanın rızasını alma yükümlülüğü bulunmakta, hastanın rızası hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin koşulunu oluşturmaktadır³⁶.

Bir tıbbi müdahale için acil ve hayati bir gerekçe bulunmadığında hekimin, rızası dışında hastaya her dokunuşu kişilik haklarına tecavüz oluşturacak, ceza hukuku bağlamında da suç teşkil edebilecektir³⁷. Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi temel bir hukuk kaidesi olarak “volenti non fit iniuria”(rıza gösterene karşı yapılan hareket haksızlık oluşturmaz) ilkesine dayanmakta, temelini bu kuram oluşturmaktadır.

Rıza beyanı, yasal düzenlemelerle kanunlarımızdaki yerini almış, ceza hukuku bağlamında hukuka uygun müdahalenin şartı olarak benimsenmiştir.

Anayasa’nın 17. Maddesinde “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmüne yer verilerek bireylerin yaşamları, sağlıkları ve vücut bütünlükleri anayasal bir kalkana kavuşturulmuştur.

1219 sayılı TŞSTİDK.nın 70. Maddesinde de her çeşit müdahale için hastanın rızasının alınması şartı öngörülmüştür. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nin³⁸ 24. Maddesinde³⁹ de “tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gereklidir” hükmüne yer verilmiştir.

Ceza hukuku bağlamında da kişinin sahip olduğu bir hakka ilişkin olmak üzere rızası sınırları dahilinde işlenen fiillerden dolayı ceza verilmeyeceği kabul edilmektedir. 5237 sayılı TCK.’nın 26/2 madde hükmü uyarınca “kişinin üzerinde

3ef4b4973d43%40sessionmgr14&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtG12ZQ%3d%3d#db=cmedm&AN=16167735 17.12.2009.

³⁶ Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Ankara, Savaş, 2019, s.102.

³⁷ Gönül Balkır, “Organ Nakillerinde vericilerin rıza ehliyeti”, **Kocaeli Barosu Dergisi**, Ocak 2010, s.19

³⁸ R.G.01.08.1998 - Sayı: 23420.

³⁹ Bu madde de yapılan 8/5/2014 tarihli değişiklikle, önceki hükümden daha geniş düzenlemelere yer verilmiştir.

mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”.

Uygulamada da yüksek mahkeme “tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye(hastaya) aittir” içtihadı ile rızanın tıbbi müdahalelerdeki rolüne dikkat çekmektedir⁴⁰.

Öte yandan rıza göstermemesine rağmen kişiye tıbbi müdahalede bulunması, kamu sağlığı gerekçesine dayalı olarak meşru görülmektedir. Kişinin tedaviye katlanmaya yükümlülüğünün doğduğu bu halderde kamu sağlığını korumak için rıza göstermeyen kişiye diğer şartların oluşması halinde tıbbi müdahalede bulunulması mümkündür⁴¹. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, bildirim yükümlülüğü kapsamında görülen hastalıklarla ilgili olarak kişilere, hekim tarafından gerçekleştirilecek teşhis ve tedaviye yönelik muamelelere katlanma yükümlülüğünü düzenlemiş, aşı olma ve tedavi olma gibi nitelikler arz eden bu yükümlülüğe aykırılığı yaptırıma bağlamıştır⁴². Keza Türk Ceza Kanunu’nun 227. Maddesinde de, “fuhuşa sürüklenen kişi tedaviye veya psikolojik terapiye tabi tutulabilir” hükmü ile suç mağduru kişiler hakkında tıbbi müdahaleye katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

1.2.2.2. Tedaviyi ret hakkı

Hasta yukarıda değindiğimiz bir takım kanuni zorunlulukların dışında, tedaviyi tamamen veya kısmen kabul etme veya bütünüyle reddetme hakkına sahiptir⁴³. Tıbbi

⁴⁰ Y. 4.HD 07.03.1977 1976/6297E. 1977/2541 K. , **Yargıtay Kararları Dergisi**, Haziran 1978, s.905 vd.

⁴¹ Özgenç, **a.g.e.**,s.375.

⁴² RG. Tarih 06.05.1930, Sayı 1489, Madde 67, “57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeğe ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyyettardır. Bu hususta mümaneatı görülenler bu kanunda zikredilen ahkâmı mahsusa mucibince cezalandırılır.”

⁴³ Barış Erman, “Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, **Fasikül**, Sayı 4, Mart 2010, s.32.

müdahalelerin suç teşkil etmeyişinin temel olarak rıza hukuka uygunluk nedeniyle açıklanması karşısında, hastanın tedaviyi ret hakkının da mutlaklığı kabul edilmekte, sınırlandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁴⁴.

Tedaviyi ret hakkı üç farklı görünümde ifade edilebilmektedir. Bunlardan ilki tedavi henüz başlamadan hasta tarafından yapılan ret iken tedavinin sınırlarının hasta tarafından belirlenmiş olması ve önceden verilen rızanın tedavinin tatbiki sürecinde geri alınması da diğer tedaviyi ret niteliğindeki rızasızlık açıklamalarıdır⁴⁵.

03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile iç hukukumuzda giren Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi 5. Maddesinde “ilgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir” hükmü ile bir sınırlama öngörmeden tedaviyi ret hakkını hastaya vermektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nde 08.05.2014 tarihli değişiklik sonrası 25. Madde ile hastanın her zaman rızasını geri alabileceği düzenlenmiş, değişiklik öncesi sözleşme ile aradaki çelişki büyük ölçüde giderilmiştir. Yönetmeliğin 24. Maddesinin 7. Fıkrasında yapılan “hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde” düzenlemesinin ise hastanın rızasının alınamadığı hallere özgü olduğu kabul edilmekle, tedaviyi ret hakkının ortadan kaldıracak bir nitelik taşımadığı belirtilmektedir⁴⁶.

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına saygı gösteren hekimin, red beyanını açıklayan hastayı tedavi etmeme yönündeki hareketsizliği, gözetme yükümlülüğü ortadan kalktığı için ihmal suretiyle yaralama suçuna vücut vermeyecek, aksine müdahalede bulunması yaralama ve benzeri suçlar için tipikliğin karşılanmasını sonuçlayacaktır⁴⁷.

⁴⁴ Burcu Ertem, “Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza Ve Sınırları,” Ankara, 2015, s. 453.

⁴⁵ Erman, **a.g.m.**, s.32.

⁴⁶ Ertem, **a.g.e.**, s. 458.

⁴⁷ Ertem, **a.g.e.**, s.453.

1.2.2.3. Hukuken Muteber Rıza Beyanının Şartları

Salt rıza beyanının varlığı yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hastanın rızası bakımından belirli şartların gerçekleşmiş olması da gerekmektedir⁴⁸. Hukuken muteber rıza beyanının şartları, rızaya ehliyet, rıza açıklaması, rızanın konusu ve hastanın aydınlatılması başlıkları altında incelenecektir sıralanabilecektir.

1.2.2.3.1. Rızaya Ehliyet

Vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı gibi önemli hukuksal yararlar için yönelik müdahalenin mağdurun rızası ile hukuka uygun hale gelebilmesi öncelikle rıza göstermesi gereken kişinin buna ehliyetinin bulunmasına bağlıdır⁴⁹.

Ehliyetin varlığını araştırmadan önce rızanın kim tarafından gösterilmesi gerektiği belirlenmelidir. Kural olarak ihlal edilecek hukuki menfaatin sahibi kimse rıza da onun tarafından gösterilmelidir. Tıbbi müdahale özelinde bu kişi müdahaleye maruz kalacak hastadır⁵⁰.

Rıza açıklayacak olan kişinin rıza ehliyeti, hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri anlaması yani müdahaleye rıza göstermesi veya göstermemesinin sonuçlarını anlaması, bunları değerlendirmesi ve inanması sonucunda tartıp karar verebilecek durumda olması halinde mevcuttur.⁵¹

1.2.2.3.1.1. Ayırt Etme Gücünün Varlığına Göre Rızaya Ehliyet

Kendisine yöneltilen bir hak ihlaline karşı rıza göstererek, korunmaktan vazgeçecek olan hasta ruhi ve ahlaki olgunluğa erişmiş, korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve verdiği kararın anlam ve sonucunu bilebilecek durumda olan kişi rıza

⁴⁸ Çakmut, a.g.e., s.204.

⁴⁹ R.Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara, Seçkin, 2003, s.80.

⁵⁰ Çakmut, a.g.e., s.205.

⁵¹ Panting, a.g.m.; Bayraktar, a.g.e., s.130.

ehliyetine sahip kabul edilir⁵². Her ne kadar tıbbi müdahalelerin özel hukuk alanındaki sonuçları bakımından kişilerin fiil ehliyetinin varlığına ilişkin Medeni Kanun’da aranan şartlarının sağlanması gerekli ise de ceza hukuku açısından rıza ehliyeti somut olaylara göre değerlendirilecektir⁵³. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve yaş kriterleri ehliyetin belirleyici unsurlarını teşkil etmektedir⁵⁴.

Kişilerin, ceza hukuku alanında rıza açıklama ehliyetlerine hangi durumda sahip oldukları konusunda hukukumuzda bir açıklık bulunmamaktadır. TCK. nın 26/2 madde hükmünde kendisine yer bulan “bir hukuka uygunluk nedeni olarak rıza” düzenlemesinde de ehliyet yönünden herhangi bir kural oluşturulmamıştır. Bu yönüyle söz konusu madde rızaya ehliyetin her somut olayda olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmesine imkan sağlamaktadır⁵⁵.

TŞSTİDK’da küçükler ile kısıtlılar için ayrı bir düzenleme yapılmış 70. Maddede küçük ve kısıtlılar bakımından mutlak olarak veli ve vasinin izni aranmıştır. Bu kanuni düzenleme ile paralel olarak hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. Maddesinde de “hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır” düzenlemesine yer verilmiştir. Oysa ki ceza hukukunda medeni hukuktan ayrı bir sorumluluk ve ehliyet sistemi kabul edilmektedir. Dolayısı ile rızaya ehliyet yaşı ile ilgili bu belirleyici hüküm ceza sorumluluğunu etkiler nitelikte kabul edilmemelidir⁵⁶. Kavrama ve karar verme yeteneğine sahip kişilerin 18 yaşından küçük olsalar dahi çok önemli olmayan tıbbi müdahalelere rıza gösterebilmeleri gerekir.⁵⁷

Türkiye tarafından onaylanmak suretiyle iç hukuk kaidesi haline gelmiş bulunan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin rıza ehliyeti ile ilgili

⁵² Çakmut, **a.g.e.**, 206.

⁵³ Çakmut, **a.g.e.**, s.206.

⁵⁴ Erman, **a.g.e.**, s.80.

⁵⁵ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem , **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18.bs., Ankara , Seçkin, 2018 , s.227.

⁵⁶ Erman, **a.g.e.**, s.84.

⁵⁷ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.56: Hakeri , **Tıp Hukuku**, s.341.

bulunan 6. Maddesinin 2. fıkrasında “Bir küçük, yasal olarak müdahaleye rıza gösterme ehliyetine sahip değilse, müdahale ancak temsilcisinin veya yasal olarak sağlanan bir kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebilir. Küçükün iradesi yaş ve olgunluk durumuyla orantılı olarak artacak şekilde belirleyici etken olarak değerlendirilir” hükmüne yer verilerek küçükün de karar sürecinde yer alması gerektiği kanunlaştırılmıştır. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. Maddesinde “kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır” düzenlemesine yer verilmiştir.

Çocuklar üzerinde deney için, TCK. madde 90/3-b de düzenlenen insan üzerinde deney suçunun oluşmaması bakımından, kanun koyucu tarafından çocuğun kendi rızasının yanısıra kanuni temsilcilerinin rızası aranmaktadır. T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanmış bulunan Pediatrik Popülasyonda Yürütülecek Klinik Araştırmalarda Etik Yaklaşımlara İlişkin Kılavuz⁵⁸’da da “bir çocuğun rıza gösterip gösteremeyeceğinin yalnızca takvim yaşına değil, gösterdiği gelişim aşaması, zihinsel yetenekleri, yaşam/hastalık deneyimi gibi başka faktörlere de dayanılmalıdır” düzenlemesi göze çarpmaktadır. Sonuç itibariyle Türk Hukukunda çocuğun iradesinin de göz önünde bulundurulması ve bulundurulurken de yalnızca çocuğun yaşından hareket edilmemesi yasal olarak söylenebilmektedir.

Doktrinde küçüklerin rızaya ehliyetleri konusundaki baskın görüş, genel ve kesin bir yaş sınırına göre değil somut olaya göre karar verilmesidir. Karar verme yeterliliğinin belirlenmesinde olgunlaşma sürecinin her bireyde farklı olması sebebiyle yaş kriterinin tek ölçüt olmaması gerekir⁵⁹. Böyle bir durumda somut olayın özellikleri dikkate alınarak mağdurun durumu incelenmeli ve verilecek kararın etki ve sonucunu değerlendirip değerlendiremediği incelenerek rızaya ehliyet durumu belirlenmelidir⁶⁰.

⁵⁸ R.G. Tarih:12.11.2009 Sayı: 7219 .

⁵⁹ Mehmet Emin Özgül, **Yeni tıbbi yöntemlerin hukuka uygunluğu** , İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010; İçel ve diğerleri, **Suç Teorisi**, İstanbul, Beta, 2004, s.182.

⁶⁰ Çakmut, **a.g.e.**, s.207.

Feda edilen hukuki değerden hareketle bir ayırım yapılması doğru görülmemekle birlikte küçüğün söz konusu haktan vazgeçmesinin anlamını, kapsamını ve önemini algılayabilecek durumda olması rızaya ehliyet açısından belirleyici olmalıdır⁶¹. Somut durum değerlendirmesi yapılırken esaslı kriter ise müdahalenin genişliği olmalı, basit bir tıbbi önlem için verilecek rıza yeteneği, sonucu belirsiz ağır müdahale için ortaya konulacak olandan daha fazla kabul edilmelidir⁶².

Alman hukukunda, 7 yaşından küçükler için hiçbir zaman rıza ehliyetinin bulunmadığı, 7 ile 18 yaş arası çocuklar içinse somut olaya yönelik temyiz kudretinin bulunup bulunmadığının olay bazında araştırılması gerektiği kabul görmektedir⁶³.

İsviçre öğretisinde savunulan görüşe göre, kural olarak 16 yaşında var olduğu kabul edilen temyiz kudreti, tıbbi müdahalelerde 12 yaşından başlayarak ortaya çıkabilecek ve bu yaştan sonra küçüklerin tıbbi müdahalelere rızası tek başına hukuka uygunluğu sağlayabilecektir. Ancak temyiz kudreti, müdahalenin ağırlığı ile dengelenmeli ve müdahalenin ağırlığı ile paralel olarak rızaya ehliyet yaşı erginlik yaşına kadar çıkabilmelidir. Ölüm neticesinin gerçekleşebilme ihtimalini taşıyan tıbbi müdahaleler erginlik yaşının aranacağı müdahalelerden sayılmaktadır⁶⁴.

İngiliz hukukunda ise 16 yaşından büyük çocukların, tıbbi müdahaleler açısından gösterecekleri rızaların ergin bir kimseye eşdeğer olacağı ve kanuni temsilcilerin rızasının bu koşulların varlığı halinde şart olmadığı kabul edilmektedir. 16 yaşından küçük kimseler içinse Lordlar Kamarası'nın ilgili kararlarında sabit olduğu üzere somut tıbbi müdahalenin sonuçlarını algılayabilme, kendi isteklerini açıklayabilme yeteneğine göre hareket edilmesi gerekmektedir⁶⁵.

⁶¹ Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.293.

⁶² Henning Rosenau, "Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.51.

⁶³ Özgül, **a.g.e.**, s.255; Erman, **a.g.e.**, s.81.

⁶⁴ Erman, **a.g.e.**, s.82.

⁶⁵ Panting, **a.g.m.**

Somut vakıanın özelliklerine göre rıza ehliyeti gözetilecek ise de, bir görüşe göre, özellikle serbestçe karar verme sınırına yakın gençler için, daha az zorunlu veya zorunlu olmayan tıbbi müdahaleler açısından veto hakkının tanınması önerilmektedir⁶⁶.

Sonuç olarak bizim görüşümüze göre de, kural haline getirilmiş yaş ve benzeri kısıtlamalar yerine küçüğün tıbbi müdahaleye rıza göstermesi veya göstermemesi halinde doğacak sonuçları tam olarak kavrayıp özgürce seçimini yapacak olgunluğa erişmiş olmasına göre rızaya ehliyeti değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önem verilmesi gereken bir başka husus ise, yapılacak tıbbi müdahalenin niteliği, boyutu yani ne denli ciddi sonuçlar doğurabileceğidir. Önemsiz müdahaleler için küçüklerin belirli şartlar altında rızasına değer vermek gerekirken ölüme varan komplikasyon riskleri taşıyan müdahalelerde tıbbi müdahalelere rızada kanuni temsilcilerin yetki sahibi olması daha yerinde olacaktır. Ancak bu halde dahi yukarıda belirtilen kanuni düzenlemelerin de ışığında mümkün olduğunda küçük de kanuni süreçlere katılmalıdır.

1.2.2.3.1.2. Ayırt Etme Gücünün Bulunmadığı Hallerde Rızaya Ehliyet

Rıza gösterme yönünden hak sahibi konumunda bulunan hasta, akıl hastalığı, sağır dilsizlik veya yaş küçüklüğü gibi sebeplerle temyiz kudretine sahip olmadığına ise gereken değerlendirmeyi yapamayacak durumda olduğundan verdiği rıza üzerine işlenen fiil hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır. Bu durumda kanuni temsilcinin rıza beyanı belirleyici rol oynayacak ve yapılan fiil kanuni temsilcinin rızası ile hukuka uygun sayılacaktır⁶⁷.

Rızaya ehil olmayan kimseler için rıza vermeye yetkili kanuni temsilcilerin rızadan imtina etmeleri ise rızaya ehliyet yönünden ortaya çıkan diğer bir sorundur.

⁶⁶ Rosenau, "Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.56.

⁶⁷ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, c.2., s.71; Çakmut, **a.g.e.**, s.206.

Tıbbi açıdan yapılması zorunlu olan bir müdahaleye kanuni temsilcinin rıza göstermemesi halinde hastaya tıbbi müdahale yapılabilmesi için mahkeme kararı gereklidir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/4 madde hükmündeki düzenleme uyarınca:

“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

Ancak her durumda mahkemeye başvurulması yoluyla rıza şartının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde rıza gösterecek kanuni temsilciye başvurmak da bir takım hallerde mümkün olmayabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/7 madde hükmü işte bu tür acil durumlar için bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre “Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu⁶⁸ acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır ve mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.” Burada başka surette korunma imkanı bulunmayan bir tehlikenin varlığı dolayısı ile zorunluluk hali mazeret sebebi hekimin ceza sorumluluğuna gidilmemesini sağlayabilecektir⁶⁹.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın⁷⁰ 26/2 maddesi de yönetmelik hükümleri ile paralel bir şekilde “hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere

⁶⁸ Yenidünya, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.354.

⁷⁰ R.G.Tarih: 01.02.1999 .

bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir” hükmüne yer vermektedir.

Tıbbi müdahalelere kanuni temsilcilerin rızası hususunda değerlendirilmesi gerekli bir diğer durum da hekim tarafından gereksiz görülen müdahaleye rıza göstermeleri, müdahalenin gerçekleştirilmesini talep etmeleri halidir. Bu durumda hekimin müdahalede bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü müdahalenin yararlı, insan sağlığına uygun olup olmadığına karar vermek hekimin tasarruf alanındadır. Kaldı ki hekimin tedavi özgürlüğü de bu sonuca işaret etmektedir⁷¹.

Kanuni temsilcinin rızası ile girişilecek müdahalelerde endikasyon şartının daha sıkı denetlenmesi gerekmektedir. Dolayısı ile estetik amaçlı müdahalelerde kanuni temsilcinin rızasına değer vermek suretiyle müdahalede bulunmak yerinde olmayacaktır⁷².

Ayırt etme gücünden yoksun olan küçükler yönünden bir diğer sorun ise velayet hakkını birlikte kullanan anne ve babanın hangisinin rıza göstereceği üzerinde şekillenmektedir. Kural olarak anne ve baba beraber rıza göstermek durumunda ise de, birbirlerine bu hususta yetki verebilirler. Sadece anne ya da baba çocuğu kliniğe getirdiğinde ve diğer ebeveynin rızasına aykırı hareket edildiğine dair emare görülmediğinde burada bir ebeveynin rıza beyanı yeterli görülebilecektir. Özellik arz eden ve uzuv tatili gibi ağır müdahaleler içinse her iki ebeveynin onamı alınmalıdır. Ebeveynler arasında bir uzlaşmazlık doğması halinde ise yukarıda izah olunan mahkeme kararı alınması yoluna gidilebilecektir⁷³.

⁷¹ Bayraktar, **a.g.e.**,s.135.

⁷² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.353.

⁷³ Henning Rosenau, "Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.53.

Yasal düzenlemelerle de bir takım tıbbi müdahaleler bakımından kanuni temsilcinin rıza göstermesi yasaklanmış bulunmakta bu hallerde hekimin rızaya dayanarak müdahalede bulunması hukuka aykırı görülmektedir. Örneğin Organ ve Doku Nakli Kanunu⁷⁴, na göre on sekiz yaşından küçükler organ veremeyeceklerinden kanuni temsilcilerinin de bu hususa rıza göstermesi mümkün olmayacaktır.

1.2.2.3.2. Rıza Açıklaması

Rızanın geçerliliği için müdahalenin istenilmesi veya düşünülmesi yetmeyecektir. Eylem ancak rızanın gereğince açıklanması ile hukuka uygun hale gelir.

Rızanın mutlaka fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlenmesi sırasında açıklanması gereklidir⁷⁵. Zira rıza gösterilen müdahalenin sonucu değil bizzat müdahalenin kendisidir. Dolayısı ile de rıza müdahalenin başlangıcında bulunmalı ve bitişine kadar sürmelidir⁷⁶. Fiil işlendikten sonra verilmesi halinde icazet niteliği alan rıza müdahalenin hukuka uygunluğu açısından bir önem taşımayacak⁷⁷, icazete dayalı tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Ancak müdahale sonrası verilen rızanın etkisizliği ceza sorumluluğu ile sınırlı görülmektedir. Nitekim tazminat sorumluluğu müdahale sonrası verilen rıza beyanı ile ortadan kalkacaktır. Ceza hukukunun kamusal yönü ve cezalandırmanın devletin kamusal faaliyeti oluşu icazet niteliğindeki irade açıklamalarını değersiz kılmaktadır⁷⁸.

Verilen rıza geri alınması Hasta Hakları Yönetmeliği'nde 2014 yılında yapılan değişiklikten önce söz konusu yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca mümkün olabilmekteydi. Değişiklikten önce 24. Maddede, “hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınabilmesi

⁷⁴ R.G. Tarih: 03.06.1979, Sayı: 2238.

⁷⁵ İçel ve diğerleri, **a.g.e.**, s.185; Hakeri, **a.g.e.**, s.331; Caner, Yenidünya, “ Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu ”, **Sağlık Hukukunda Dünyada ki Son Gelişmeler**, İstanbul, 2009, s. 68.

⁷⁶ Erman,**a.g.e.**, s.122.

⁷⁷ Çakmut,**a.g.e.**, s.210.

⁷⁸ Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, s.39.

mümkündür” ve “rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır” hükümleri ile rızanın geri alınabilmesine bir takım sınırlamalar getirilmekteydi⁷⁹. Doktrinde bu hükümlerin rıza kurumunun genel kaideleri ile bağdaşmadığına dair eleştiriler yapılmaktaydı⁸⁰. Ayrıca yönetmelikteki düzenlemelerin bireylerin kendi geleceklerini belirleme haklarına getirilmiş kısıtlamalar olduğu kabul edildiğinden kanun hükümleri hilafına yönetmelikle böyle bir hak kısıtlamasının getirilmesi de hukukun genel kaidelerine aykırılık teşkil etmekteydi.

Doktrinde yapılan bu eleştirilerin de dikkate alınması ile rızanın geri alınmasına dair hükümler Hasta Hakları Yönetmeliği’nde 2014 yılında yapılan değişiklikler ile madde metninden çıkartılmıştır⁸¹.

Rıza açıklaması yönünden kural olarak herhangi bir katı şekil koşulu bulunmamaktadır. Açıklanması açık bir biçimde olabileceği gibi örtülü rıza da geçerli kabul edilmektedir⁸². Hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği hal ve vaziyetinden anlaşılabiliriyorsa örtülü rızadan söz edilecektir. Ameliyat önerilen hastanın hastaneye yatması, kan tahlili istenen hastanın bunun için kolunu uzatması, örtülü rıza olarak değerlendirilmektedir⁸³. Ancak yalnızca hastaneye gitmiş olmak veya hastanın şikayetlerini anlatması ve her halde uygulanacak tedavi yöntemini bilmeden hekime başvurması zımni rıza olarak değerlendirilemeyecektir⁸⁴.

Diğer bir şekil unsuru olarak, rızanın sözlü olarak hatta anlaşılabilir olmak kaydı ile işaret ile açıklanabilmesi kural olarak mümkündür. Ancak mevzuatımızda bir takım tıbbi müdahalelere rızanın yazılı olarak açıklanması şartı düzenlenmiş bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği de 28. Maddesinde “mevzuatın öngördüğü

⁷⁹ Çakmut, **a.g.e.**, s.210.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, **a.g.e.**, s.123; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 332.

⁸¹ R.G. Tarih. 08.05.2014, Sayı: 28994.

⁸² Çakmut, **a.g.e.**, s.210.

⁸³ Bayraktar, **a.g.e.**, 140; Hakeri, **a.g.e.**, s. 332.

⁸⁴ Yener Ünver, “Türk Tıp Hukuku’nda Rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S.2, Yıl:2006, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı, s.237; Hakan Hakeri, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Tıp Hukuku Dergisi**, C.3, S.6, Yıl: 2014, s. 35-36.

istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekli bağlı değildir” hükmü ile bu duruma işaret etmektedir.

TŞSTİDK.nın 70. Madde hükmüne göre büyük cerrahi ameliyatlarda rızanın yazılı olması şarttır. Yine MK.23/3 maddesinde, Organ ve Doku Nakli Kanunu, Nüfus Planlaması Kanunu’nun ilgili hükümlerinde rıza yazılılık şartına bağlı kılınmıştır. Ancak doktrinde kabul gördüğü üzere yasal düzenlemelerde öngörülen şekle aykırılıklar müdahalenin suç oluşturması açısından etkili olmayacaklar tıbbi müdahale bakımından rızanın varlığı hukuka uygunluğun sağlanmasında yeterli olacaktır⁸⁵.

Rıza açıklamasının yönelmesi gereken kişi, eyleminin hukuka uygunluğu sorunu bulunan fail olmalıdır⁸⁶.

1. 2.2.3.3. Rızanın Konusu

Tıbbi müdahale kapsamında verilecek olan rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği kişisel haklarına ilişkin olmalı, hekim de müdahalesini bu hakka yönelik olarak gerçekleştirmelidir⁸⁷. Bireylerin kendi vücut bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunma hakları var ise de bu hak mutlak ve sınırsız değildir⁸⁸. Hastanın rızasının geçerli sayılabilmesi için rızanın kanuna kamu düzenine ve ahlaka aykırı nitelik taşıması gereklidir⁸⁹.

Rıza beyanı genel ve soyut olmamalı, belirgin bir konuya ilişkin olarak rıza verilmelidir. Hastaların hekimlerine başvuru aşamasında belirsiz bir konu için de rıza gösterilmesi mümkün olmakla birlikte rutin işlemler sonrasında hastanın yapılacak müdahaleler için ayrıca aydınlatılıp rızasının alınması gerekmektedir⁹⁰. Öyle ki, yapılacak bütün müdahaleleri kapsayıcı nitelikte genel bir muvafakat verilemeyecek,

⁸⁵ Erman, **a.g.e.**, s.124; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.333.

⁸⁶ Erman, **a.g.e.**, s.92.

⁸⁷ Bayraktar, **a.g.e.**, s.142.

⁸⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c.2, s.78.

⁸⁹ Er, **a.g.e.**, s.82.

⁹⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.363.

hastadan alınan hastanede yapılacak tüm tıbbi girişimleri ve ameliyatları kabul ediyorum şeklindeki belge veya açıklamalara hukuksal değer yüklenemeyecektir⁹¹.

1. 2.2.3.4. Aydınlatma

Aydınlatılmış rıza, hastanın kendisine uygulanacak müdahalenin ya da tedavi yönteminin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçları ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler hakkında, hekim tarafından yeterli düzeyde⁹² ve uygun bir şekilde bilgilendirilmesinden ve yapılan açıklamanın hasta tarafından tereddütsüz anlaşılmasından sonra, söz konusu müdahale ya da tedavinin uygulanması için iradi ve gönüllü olarak muvafakat vermesini ifade eder⁹³.

Hekimin hastayı aydınlatması hastanın hangi tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğini bilip algılaması bakımından önemlidir; zira hekim ile hasta arasındaki ilişki iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisi ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır⁹⁴.

Hastanın bu seçim hakkını gereği gibi kullanabilmesi için, tıbbi müdahaleye gösterilecek rızanın aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildikten sonra alınması gerekmektedir. Aksi takdirde aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin alınan

⁹¹ Hakeri, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları” s.36.

⁹² Eksik bilgilendirme konusunda bkz. Yargıtay3. Hukuk Dairesi, 2015/9077E, 2016/5505 K 11.04.2016 T kararı;... *Davacı tarafından imzalanan 20/11/2006 tarihli bilgilendirme ve rıza formunda işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Diğer anlatım ile somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir onay vardır, davacı hastaya ameliyat sonrası oluşan kemik çökmesi, nefes alma zorluğu gibi olumsuz sonuçlar olabileceği açıklanmamıştır. Bu nedenle davalının kusuru olmasa da davacıyı uyarmamış olduğu olumsuz sonuçlardan sorumluluğu vardır.*

⁹³ Çakmut, **a.g.e.**, s.225; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.248.

⁹⁴ Ş. Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” **TBB Dergisi** 2012 (98) s.393.

rızaya dayanılarak uygulanacak tıbbi müdahale, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının yanı sıra vücut bütünlüğü hakkının da ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır⁹⁵.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, kanun seviyesinde herhangi bir düzenlemeye rastlanmamakla birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği⁹⁶ nin 15/1 maddesinde

“Hastaya;

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir.”

hükmü ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁹⁷ nin 14/2 maddesinde “...teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır” hükmü ile ortaya

⁹⁵ Cemal Öztürkler, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, 2.Bs., Ankara, Seçkin, 2006, s.72.

⁹⁶ R.G. Tarih: 01.08.1998, Sayı: 23420.

⁹⁷ R.G. Tarih: 19.02.1960, Sayı: 10436.

konulmuştur⁹⁸. Yönetmelik ve nizamname ile getirilen düzenlemelerin ise bu denli önemli bir konu için yetersiz olduğu açıktır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü gerek yasal düzenlemeler gerek yargı kararları⁹⁹ ile temellendirilmekle beraber esasen tıp etiği bakımından da uyulması gereken ahlaki bir yükümlülük olarak Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda da kendisine yer bulmuştur. (TTBMEK m.26). Hastanın aydınlatılması onun hastalığı ve uygulanacak tedavi yöntemleri hakkında yanıtılmamasının bir gereğidir¹⁰⁰. Bu yükümlülüğüne aykırı davranan hekim, aynı zamanda bir meslek kusuru işlemiş olur¹⁰¹..

1.2.2.3.4.1. Aydınlatma Çeşitleri

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi adına, aydınlatma yükümlüsünün, hastayı tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için belirli konularda bilgilendirmesi gerekecektir.

⁹⁸ Bu genel nitelikli hükümlerin yanı sıra TCK'nın 'İnsan üzerinde deney' kenar başlıklı 90. maddesinde, Organ ve Doku Alınması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 'Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü' kenar başlıklı 7. maddesinde de aydınlatma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. 99 BKZ. Yargıtay 15.Hukuk Dairesi 2018/ 3043 E, 2018 / 2820 K ve 03.07.2018 T ; "Yine eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmiş sayılmalıdır. Komplikasyonlarda ise aydınlatma yükümlülüğü ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılması yine yüklenicinin (hekimin) sorumluluğundadır. Diğer yandan, 04.04.1997 tarihinde imzalanan ve 09.12.2003 tarihinde 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe giren ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen AVRUPA BİYOTİP SÖZLEŞMESİ 16.03.2004 tarihinde onaylanmış olup, sözleşmenin "Meslek Kurallarına Uyuma" başlıklı 4. maddesinde, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." düzenlemesi karşısında, davacıya hastane ortamında tıbbi müdahalede bulunduğuna göre bu sözleşme hükümleri de esas alınarak uyumsuzluğun çözümü zorunludur. Sözleşmenin 4. maddesinde kastedilen standartın da, tıbbi standart olduğu tartışmasız olup, tıbbi standartlara aykırılık teşhis yada tedavi aşamasında yada müdahale sonrasındaki süreçte noksanlık yada yanlışlık şeklinde gerçekleşebilir. "Tıbbi Standart" hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. Sözleşmenin eser niteliğindeki estetik müdahalelerde de uygulanacağını kabulü zorunludur. Öte yandan ayrıca 5. maddede, aydınlatılmış rıza alınması zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir."

¹⁰⁰ Erman, a.g.e., s.101; Hakeri, Tıp Hukuku., s.250.

¹⁰¹ Erman, a.g.e., s.101.

Türk ve Alman doktrininde yaygın olarak yapılan tasnife göre, bir hukuka uygunluk nedeni olarak aydınlatma, teşhis aydınlatması, süreç aydınlatması ve risk aydınlatması olarak üç başlık altında ele alınmaktadır¹⁰². Teşhis, süreç ve risk aydınlatmaları, hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesine yardım edecektir¹⁰³.

Teşhis aydınlatması, hastanın tıbbi bulgu konusunda bilgilendirilmesine ilişkin basamaktır. Hastaya bu aydınlatma faaliyeti sırasında muayene sonucunda elde edilen bilgiye göre konulan teşhis bildirilecek, varsa hastalığı hakkında bilgi verilecektir¹⁰⁴. Tedavi veya ameliyata rıza bakımından hastanın teşhisi bilmesi ön koşul olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁵. Hekim, koyduğu teşhisin bütün tıbbi yönlerini hastasına bildirmeksizin yalnızca tedavinin riskleriyle sınırlı aydınlatma yapabilecektir. Hekim, kesin ve güvenilir olmayan, kuşku tanıları hastaya bildirmekle yükümlü tutulamayacaktır¹⁰⁶.

Hekimin, hastanın müdahale öncesindeki durumu ile başarılı bir müdahale sonrası durumu konusunda yaptığı aydınlatma faaliyeti süreç aydınlatması olarak adlandırılmaktadır. Bu kapsamda hekim, tıbbi müdahalenin konusu, türü, kapsamı, yürütülme biçimi ve iyileşme ya da işlev yitimi gibi olası sonuçları hakkında aydınlatma yapacaktır. Müdahalenin yan etkileri veya ortaya çıkartması muhtemel olumsuz etkileri¹⁰⁷ (ameliyat kesi izleri, doku tahribatı vb.) hakkında hastanın

¹⁰² Ayan, **a.g.e.**, s.70; Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2017, s.190.

¹⁰³ Hakeri, **Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğunun Şartları**, s.23; Ayan, **a.e.**, s. 72.

¹⁰⁴ Gökcan, **a.g.e.**, s.152.

¹⁰⁵ Hakeri, **Tıbbi Müdahalenin Hukuk Uygunluğunun Şartları**, s.24.

¹⁰⁶ Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Ankara, Turhan, 2010, s. 228.

¹⁰⁷ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2016 / 3759E, 2016 / 8441K ve 12.05.2016 tarihli kararı, "... Katılanın idrar kaçırma yakınmasıyla başvurduğu Antalya Devlet Hastanesi'nde üroloji uzmanı olan sanık tarafından 13.4.2006 tarihinde yapılan ameliyat esnasında habersiz ve gereksiz yere genital bölgesindeki dudakların kesilmiş olduğunu ve bundan ruhsal olarak etkilendiğini iddia ettiği olay ile ilgili dosya içeriğindeki belgelerin tetkikinde; Antalya Devlet Hastanesi'nin 12.4.2006 tarihli müşahade evrakında; sanık tarafından stres inkontinans tanısıyla üroloji servisine yatırılan katılanın, 3 yıldan beri idrar kaçırma yakınması olduğu, 3 çocuklu olduğu, muayenesinde üretra normal, sistorektoseli mevcut, vagen sağ labium majusta nodüler sertlik mevcut olduğu, preop tetkik ve anestezi konsültasyonlarını müteakip 13.4.2006 tarihinde spinal anestezi altında ameliyata alındığı, vagen meakollum arası insizyonla mukoza prepare edildiği, şerit meç ile üretra açıldığı, vagen mukozasının fazlası prepare edilip dikildiği, vagen alt duvarındaki fazla doku prepare edilip çıkarıldığı, foley sonda

aydınlatılması da süreç aydınlatması kapsamında ele alınması gereken bir yükümlülüktür¹⁰⁸. Olağandışı tedavi yöntemlerinin kullanılması halinde, hekimin bu hususta mutlak surette aydınlatma yapması gerekecektir¹⁰⁹.

Risk aydınlatması kapsamında ise uygulanacak tıbbi müdahalenin olası tehlikeleri konusunda bilgi verilmektedir¹¹⁰. Risklere yönelik aydınlatma aydınlatma sadece tıbbi müdahaleye yönelik değil, bunun yanı sıra tedavinin reddi durumunda meydana gelebilecek riskleri de kapsar. Hekim hastayı tedavinin başarısız olma ihtimaline ilişkin de aydınlatmalıdır¹¹¹.

Doktrinde kabul görmeye başlayan bir diğer tasnife göre ise aydınlatma faaliyeti, karar aydınlatması, tedavi/güvenlik aydınlatması ve bilgilendirme aydınlatması başlıkları altında incelenmeli ve bu tasnife göre aydınlatma yükümlülüğünün sınırları belirlenmelidir¹¹². Bu tasnifte, karar ya da otonomi aydınlatması, başlığı altında teşhis, uygulama ve risk aydınlatması görülmektedir.

Tedavi ve güvenlik aydınlatmasında, hasta, teşhis ve tedavinin gereği gibi icra edilebilmesi ve başarılı olmasına ilişkin olarak bilgilendirilmektedir. Bu aydınlatma faaliyeti sırasında amaçlanan hastanın rızasının alınması değildir. Hasta tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirilmekte, tedavinin başarıyla sonuçlanması için belirli davranış şekillerine uyulması gerektiği hastaya

konulduğu, vagen sağ labium majusta içte sertlik mevcut olduğu, bu nedenle labium majuslar bilateral birer santim rezeke edilip sütür uygulandığı, 17.4.2006 tarihinde taburcu edildiği, katılanın kendisinden habersiz yere genital bölgesindeki dudakların kesildiği iddiası ile ilgili hasta yatış formunda imzasının bulunmadığı gibi, 12.04.2006 tarihli hasta hakları bildiriminde de katılan veya yakınının imzasının bulunmadığı, Yüksek Sağlık Şurası raporunda da belirtildiği üzere sistorektosel ve stres inkontinansı tanısı ile yatırılan katılana slitig ve kolporati posterior ameliyatı sırasında, ayrıca vagen sağ labium majusta içte sertlik mevcut olduğundan, labium majusların bu nedenle bilateral birer cm rezeke edildiği, ancak yapılan tıbbi müdahalelerin hastaya izah edilmediği, imzalı onama formunun alınmadığı anlaşılmakla, ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluştuğuna...

¹⁰⁸ Demir, **a.g.e.**, s. 228.

¹⁰⁹ Ceyda Aydın, “Alman Ceza Hukukunda Hekimlerin Aydınlatma Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarından Kaynaklanan Sorumlulukları”, **Hukuk Köprüsü**, sayı 15, Aralık 2018, s.162.

¹¹⁰ Gökcan, **a.g.e.**, s.190.

¹¹¹ Dilara Tetik, “Hekimlerin Sorumluluğu- Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bunun Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları”, **Hukuk Köprüsü**, sayı 15, Aralık 2018, s.162.

¹¹² Gökcan, **a.g.e.**, s.190; Cankurt, **a.g.e.**, s.191.

açıklanmaktadır. Uygulamada hekimin tedavi amacıyla kullanılan ilacın kullanım şekli ve yan etkileri konusunda vereceği bilgilerin bu kapsamda değerlendirildiği bildirilmektedir. Tedavi ve güvenlik aydınlatması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, tıbbi uygulama hatası olarak nitelendirilse de bu bilgilendirme uygulanacak tedavinin hukuka uygunluk koşulu olarak değil doğrudan tedavinin bir parçası olarak ele alınmalıdır.¹¹³

Tedavi ve güvenlik aydınlatması, teşhise yönelik aydınlatmayı da içerisinde barındırmakta olup, bu basamakta hekim, hastasını yalnızca teşhise yönelik olarak yapacağı muayene vb. müdahaleler konusunda aydınlatmaktadır.

Karar aydınlatması kapsamında ise hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin yöntemi, riskleri hakkında verilecek bilgi ile hastanın serbestçe ve kendi sorumluluğunun bilincinde karar vermesi mümkün kılınmaktadır. Karar aydınlatması, teşhis ve tedavinin başarısından ziyade, tıbbi sonuçlar veya riskler konusunda hastanın aydınlatılması ve bu aydınlatma üzerine verilen onam ile müdahalenin hukuka uygun hale gelmesine hizmet etmektedir¹¹⁴. Karar aydınlatması kapsamında hasta, tanı-bulgular, müdahalenin yürüyüşü ve uygulanacak tedavinin sonuçları ile riskleri konusunda aydınlatılacaktır¹¹⁵. Yargıtay çocuklara zorunlu aşı yapılması konusunda verdiği kararında¹¹⁶, “müdahaleye maruz kalan çocukların yasal temsilcilerinin ilgili

¹¹³ Zafer Zeytin, “Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **VIII. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, Ankara, Adalet, 2012, s.6. ; BGH, 15.03.2015

¹¹⁴ Zeytin, **a.g.e.**, s.6.

¹¹⁵ Erman, **a.g.e.**, s.106 vd.

¹¹⁶Yargıtay 2. Hukuk Dairesi,2015/16500E, 2015/23449K ve 07.12.2015 T kararı; “... Dava, Çocuklara aşı yapılmasını sağlamaya yöneliktir. Bilindiği üzere? Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi bir müdahaledir. Aşı da önleyici nitelikte bir tıbbi müdahaledir. Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bir kişiye önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi zorunludur. (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi m. 5) (R.G. 20.4.2004 tarih ve 25439 sayı) Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. (Söz. m. 6/1) Kanuna göre bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir küçüğe veya akıl hastalığı ve benzeri herhangi bir sebepten dolayı muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir yetiškine, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen bir kişi veya makam ve kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir. (Söz. m. 6) Bu halde dahi, bu kişi, makam veya kuruluşa, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgi verilmesi zorunludur. Umumi Hıfzısıhha Kanununda yeralan "her çocuğun doğumu takip eden ilk dört ay

sağlık birimi tarafından açık, anlaşılır ve kapsamlı şekilde bilgilendirildiklerine dair bilgi belge ve delil olmadığı” yönündeki tespitleri ile zorunlu aşı yapılması konusunda karar verilmesine yönelik talebi reddetmiştir.

Karar aydınlatması kapsamında, hastanın, uygulanması planlanan tedaviye alternatif tedavi yöntemleri konusunda da aydınlatılması gerekmektedir¹¹⁷. Tedavi alternatifleri açıklanırken hekim yapılacak tıbbi müdahalenin maliyeti bakımından da hastalarına bilgilendirme yapacaktır. Hastanın açık bir şekilde yüksek maliyetli olan tedaviye yönlendirilmesi ekonomik aydınlatmanın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir¹¹⁸.

Hekimin hastalarına kendisi hakkında bilgi vermesi ise otobiyografik aydınlatma olarak karar aydınlatması kapsamında ele alınabilmekte, hastanın bu yönü ile rızasını sağlıklı şekilde açıklamasına hizmet etmektedir¹¹⁹.

Bilgilendirme aydınlatması olarak tasnif edilen aydınlatma türü ise, hekimin hastanın sağlık durumu hakkında bilgi vermesidir¹²⁰.

1.2.2.3.4.2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

1.2.2.3.4.2.1. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü tedaviyi uygulayacak ya da müdahaleyi yapacak olan hekim tarafından yerine getirilmelidir¹²¹. Hastanın kendi yararına olarak en doğru kararı verebilmesi için hastalığı, uygulanacak tedavinin mahiyeti, sınır ve kapsamı

zarfında aşılmasının zorunlu olduğuna" ilişkin hüküm (m. 89), müdahaleye ilgili kişinin muvafakat etmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu halde, kanunen zorunlu olan haller dışında kimse rızası olmaksızın veya aydınlatılmış rızası aranmaksızın tıbbi bir ameliyeye tabi tutulamaz... Somut olayda müdahaleye maruz kalan çocukların yasal temsilcilerinin ilgili sağlık birimi tarafından açık, anlaşılır ve kapsamlı şekilde bilgilendirildiklerine dair bilgi belge ve delil olmadığı görülmüş olup açıklamalar ışığında davanın reddine karar verilmiştir”.

¹¹⁷ Hakeri, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları*, s.25; Erman, *a.g.e.*, s.108.

¹¹⁸ Cankurt, *a.g.e.*, s.201.

¹¹⁹ Cankurt, *a.e.*, s.199.

¹²⁰ Gökcan, *a.g.e.*, s.191.

¹²¹ Hakeri, *Aydınlatma*, s.35.

hakkında bilgi edinebilmesi hastayı takip eden hekimin gerekli açıklamaları yapması ile mümkündür¹²². Alman hukukunda hastaya aydınlatıcı bilgi verilmesinin, hasta ile yapılan görüşmelerin ve kendisine uygulanan tedavinin bir bölümü olduğu ileri sürülmekte ve bu yönüyle de hekimin tedavinin bir parçası olan aydınlatma hususunda sorumluluğuna gidilmektedir¹²³. Yargıtay'ın, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını geniş tuttuğu ve verilecek kararın önemi doğrultusunda gerekli tüm bilgilerin hastaya verilmesi suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün hekime ait olduğuna hükmettiği görülmektedir¹²⁴.

Hastanın işbölümü içerisinde bulunan birden fazla hekimle ilişki içerisinde olması ve hekimin yükümlülüğü meslektaşının yerine getirmiş olduğuna haklı olarak güvenmesi halinde hekimin yükümlülüğüne aykırı davranışından söz edilemeyecektir. Yine aynı şekilde tedavi sözleşmesinde yer alan bir hüküm ile aydınlatmanın başka bir hekim tarafından yapılacağının kararlaştırılmış olması halinde yükümlülükten kurtulabilecektir¹²⁵.

¹²² Bayraktar, **a.g.e.**, s.125.

¹²³ Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, 1998, s.58, dn.100.

¹²⁴ Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2015/810 E, 2015/16523K ve 02.11.2015 tarihli kararı; ... Olay tarihinde 40 yaşında olan katılanın, vajinasının dış tarafında oluşan bir iltihap nedeniyle Semt Polikliniğine gittiği, kendisini muayene eden ve hastanenin tek kadın doğum doktoru olan sanığın, muayene sırasında katılanın vajinasının zar kısmının anüler saat 7 hizasında yırttığı, sonrasında kızlık zarının dikildiği, bu duruma ilişkin olarak sanık tarafından 17.08.2011 tarihinde rapor düzenlendiği, 11.03.2013 tarihinde ... Hastanesi Baştabipliği'nce düzenlenen raporda, katılanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralandığının belirtildiği olayda; yerel mahkemece sanığın olayda kusurunun bulunmaması sebebiyle atılı suçun yasal unsurları itibari ile oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmiş ise de; sanığın aşamalarda alınan tüm beyanlarından; katılanın bakire olup olmadığının sanık doktor tarafından katılana muayenenin hiçbir aşamasında sorulmadığı, muayenenin olayı riskleri ve sonuçları açısından da katılanın aydınlatılmadığı, sanığın; katılanın 40 yaşında, üniversite mezunu olması ve şikayetini kısmen tıbbi kelimelerle izah etmesinin de aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, sanığın, katılanın bakire olmadığını düşünerek ve dış genital muayenede herhangi bir bulgu saptanmamasına rağmen, katılanın aydınlatılmış rızasını almadan iç muayeneye devam edip spekulum aletiyle muayene edip katılanın kızlık zarının yırtılmasına neden olmasında, katılanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlama yükümlülüğünün sanık doktora ait olacağı, gerekli aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ve katılanın aydınlatılmış rızasını almadan, muayenenin muhtemel sonuçlarının risklerini katılana bildirmeksizin tıbbi müdahaleye devam etmesi sebebiyle sanığın kusurlu olduğunun kabulü gerekirken hatalı değerlendirme ile kusursuz olduğundan beraatine karar verilmesi,...

¹²⁵ Erman, **a.g.e.**, s.103.

Tedavi sürecinin çeşitli aşamalarında birden fazla hekimin işbirliği ile görev yapması hallerinde her hekim kendi bağımsız tıbbi müdahaleleri açısından aydınlatma yükümlülüğü ile karşı karşıya kalacaktır. Örneğin bir cerrahi ameliyat esnasında anestezi hekimi de anestezinin riskleri vb. konularda hastayı aydınlatmakla yükümlü olacaktır¹²⁶.

1.2.2.3.4.2.2. Aydınlatılması Gereken Kişi

Aydınlatılacak kişi kural olarak hastanın kendisidir¹²⁷. Rıza açıklamalarının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir görünümü oluşu bunu sonuçlamaktadır.

Aydınlatılacak kişinin “hasta” olması kural olmakla birlikte, hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması halinde aydınlatmanın hasta yakınlarına karşı yapılması gündeme gelmektedir. Nitekim aydınlatma yükümlülüğünün bizzat hastaya yönelik olarak yerine getirilebilmesi için hastanın ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Rızaya ehliyet bahsinde de açıkladığımız üzere ayırtım gücüne sahip olmayan bir kimsenin rıza beyanına geçerlilik tanınmayacaktır.

1219 sayılı TŞSTİDK.un 70. maddesinde küçük ve kısıtlılar bakımından veli veya vasiden rıza alınması gerekliliği vurgulanmıştır. Uluslararası düzlemde ise Biyotıp Sözleşmesi’nin 6. Maddesinde muvafakat verme yeteneği olmayan küçük ve kısıtlılar yönünden kanuni temsilcinin rızasına değer verileceği açıklanmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında hasta ayırt etme gücünden yoksunsa, aydınlatma yükümlülüğü yasal temsilciye karşı yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Hasta yerine hastanın yakınlarının aydınlatılması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmeyecektir. Hekim, hastasına onun ruhsal durumunu da

¹²⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s.39 ; Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet, 2017, s.70-71.

¹²⁷ Bayraktar, a.g.e., s.129; Yılmaz, a.g.e., s.71.

koruyacak şekilde aydınlatma yapmak zorundadır. Ayırt etme gücünden yoksun çocuklar onam yeteneğine sahip olmasalar da, kendileriyle ilgili neler olacağını öğrenme haklarına sahiptirler. Tedavi süreci ve belli ölçüde yaş durumu da gözetilerek riskler hakkında çocuklara bilgilendirme yapılmalıdır¹²⁸.

Hastanın, bilincinin kapalı olması vb. nedenler ile ayırt etme gücünü geçici olarak kaybettiği, tıbbi müdahalenin aciliyet arz etmediği hallerde aydınlatma ve rıza beyanı için beklenmesi gerekecektir. Tıbbi müdahalede bulunulması aciliyet arz etmekte ise aşağıda ayrıntılı olarak yer verdiğimiz varsayılan rıza kurumunun devreye gireceği kabul edilmektedir¹²⁹. Bu durumda ise varsayılan rızanın tespiti açısından hazır bulunan hasta yakınlarının aydınlatılması yoluna gidilebilecektir¹³⁰.

Hastanın bizzat aydınlatılması kuralının bir diğer istisnası ise hastanın, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasını yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla yetkilendirebilmesidir (HHY m.18/3). Hasta Hakları Yönetmeliği'ndeki bu düzenleme ile her ne kadar bilgi edinilmesinde yardımcı bir kimsenin tayini mümkün kılınmış ise de, hastanın kendi geleceğini belirleme ve vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkı devredilmemektedir, 3. kişiye yapılacak bilgilendirme sonrasında dahi hastanın kendisi rıza beyanında bulunmalıdır¹³¹.

Bazı hallerde ise, örneğin narkoz altında yapılan bir ameliyat esnasında, rızanın alınması gereği doğmakla birlikte bizzat hastanın aydınlatılması mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda aydınlatılma ve rıza verme konularında vekil (özellikle eşin) atanması kabul edilmektedir¹³².

1.2.2.3.4.2.3. Aydınlatmanın Şekli

¹²⁸ Henning Rosenau, "Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006, s.56

¹²⁹ Zeytin, **a.g.m.**, s.18.

¹³⁰ Hakeri, **Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları**, s.29.

¹³¹ Zeytin, **a.g.m.**, s. 17.

¹³² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.290.

Hukuk düzenimizde, olağan tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatmanın şeklini düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, bir takım durumlarda rıza beyanının yazılı olacağına dair düzenleyici hükümlerin varlığı aydınlatmanın da yazılı olması gerektiği sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde aydınlatmanın yapılmasında kural olarak şekil serbestisi esastır ve dolayısıyla aydınlatma yazılı şekilde yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilecektir¹³³. Aydınlatmanın şeklini, hastanın psikolojisi gibi somut durumun özelliklerini dikkate almak suretiyle hekim belirleyecektir¹³⁴.

Uygulamada genellikle ispat kolaylığı sağlamak bakımından yazılı aydınlatma tercih edilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin doğabilecek sorunları önleyebilmek ve suçlu konumuna düşmemek amacıyla hekimin özellikle önceden hazırlanmış ve tıbbi müdahaleye ilişkin genel bilgileri içeren bir form vermesi söz konusu olmaktadır. Nitekim Yargıtay ve Danıştay kararlarında da aydınlatmanın ispatı için yazılı belgenin aranacağı içtihat edilmiş bulunmaktadır¹³⁵. Dolayısı ile yazılılık ispat hukuku bakımından önem taşımaktadır.

¹³³ Özgül, a.g.e., s.216.

¹³⁴ Erman, a.g.e., s.104.

¹³⁵ “ (...)Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon olduğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. (...)” Y.13.HD, 18.09.2008 t. ve E.2008/4519, K.2008/10750, (...)Adli Tıp Raporunda davacıların çocuğunda gelişen arazın enjeksiyon uygulamalarının komplikasyonu olarak kabul edilmesi ve enjeksiyonun hatalı bölgeye uygulandığına dair dosya içeriğinde delil bulunmaması durumu karşısında, idari eylemle zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığından maddi tazminata hükmedilmesinin koşulları oluşmamakla birlikte, enjeksiyon uygulamasından önce risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olması durumunda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca davacının aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınmış olacağı ve yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açacağından davacıların manevi tazminat talebinin, manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.Bu durumda, mahkemece davalı idare tarafından davacılar enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonlarının anlatıldığına ve davacıların bu işleme **rıza** gösterdiklerine dair yazılı ve imzalı **aydınlatılmış** onamın alınıp alınmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu durum araştırılmadan eksik inceleme ile manevi tazminat talebinin reddi yönünde verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir (...) Danıştay 15. Daire 2013/12134E, 2018/3308K ve 03.04.2018 tarihli karar, Özgül, a.g.e, s. 217; Almanya’da mahkeme kararına konu bir olayda hasta dosyasında doldurulmamış ve imzalanmamış aydınlatma formları bulunmuş, hekim formlar esas alınarak sözlü aydınlatmanın yapıldığını, formların dosyada bulunmasının da bunu gösterdiğini iddia etmişse de,

Uygulamada genellikle hastadan aydınlatılmış rızasını verdiğiine dair bir yazı alınmakta ise de bu tür hasta onam formları yeterli görülmemektedir. Hekim böylece kendisini korumak için gerekli tedbirleri almış olsa da, hastalarda güvensizliğe yol açan bu formların hasta tarafından okunup okunmadığı ve en önemlisi okunduysa bile anlaşılıp anlaşılmadığı hususunda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin olarak tereddüt doğmaktadır¹³⁶. Diğer yandan bu formların her hastanın özel durumuna göre hazırlanmak yerine matbu olarak hazırlanması halinde şüphesiz aydınlatmadan bahsedilemez¹³⁷. Dolayısı ile matbu formun dışında her hastanın özel durumuna göre aydınlatmanın yapıldığını gösterir şekilde ayrıca doldurulacak boş yerlerin formlarda bulunması gerekmektedir¹³⁸. Yargıtay bir kararında muvafakatname başlıklı belgenin, hastanın yapılacak operasyonun riskleri konusunda aydınlatıldığının ispatı olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir¹³⁹.

1.2.2.3.4.2.4. Aydınlatmanın Zamanı

Aydınlatmayı yapan hekim, hastaya tedaviye rıza gösterme konusunda karar vermeye ve kararın sonuçlarını tartmaya imkan verecek makul bir zaman

mahkeme bunun aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediğine işaret ettiğini kabul etmiştir. OLG München, MedR 2006, 431-432 (Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.299)

¹³⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.299-300; Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat, 2006, s.86İ Zeytin,**a.g.m.**, s.19-21.

¹³⁷ Erman, **a.g.e.**, s.105; Hakeri, **a.g.e.**, s.134; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.29.

¹³⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s. 299.

¹³⁹ Yargıtay 13. HD, 2015/15350E, 2017/1911K ve 16.02.2017 tarihli kararı “...Yukarıda izah edilen açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; davacıların annesine davalı hastanede davalı doktor tarafından yağ aldırma ameliyatı yapıldığı, 2 gün hastanede yattıktan sonra taburcu edildiği ve aynı gün vefat ettiği, yargılama sırasında gerek Adli Tıp Kurumundan gerekse ... Tıp Fakültesi öğretim üyelerinden oluşan heyetten alınan bilirkişi raporunda davalıların kusuru bulunmadığı açıklanmıştır. Ne var ki; hukukçu bilirkişi tarafından isabetli şekilde belirtildiği üzere davalılar tarafından dosyaya sunulan 21.04.2005 tarihli muvafakatname başlıklı belge müteveffanın geçireceği ameliyatın riskleri hususunda aydınlatıldığının ispatı bakımından yeterli görülemez. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ispat edilmiş olmadıkça, hastanın rızası tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli kabul edilemeyecektir. O halde mahkemece, davacıların annesi olan müteveffanın geçireceği ameliyatın riskleri konusunda aydınlatıldığının ispat edilemediği ve davacıların zararlarının tazmin edilmesi gerektiği hususu ile birlikte davalı şirketin davalı doktor ile aralarında hizmet sözleşmesi bulunmadığına ilişkin savunmasının davalı şirketin sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği değerlendirilerek davalı şirketin davacıların zararlarından sorumlu olup olmadığı hususunun tartışılması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

tanınmalıdır¹⁴⁰. Almanya uygulamasında da hekimin hastayı aydınlatma ödevini, hastanın sakin olarak düşünebileceği ve yakınları ile görüşebileceği bir zaman dilimini göz önüne alarak yerine getirmesi aranmaktadır. Bu bakımdan hastanın ameliyat masasında veya ameliyattan hemen bir gün öncesinde aydınlatılması doğru bulunmamaktadır¹⁴¹.

Aydınlatmanın yapıldığı anda, hastanın zaman bakımından karar verme baskısı altında olmaması gerekir¹⁴². Burada hekimin somut olayın özelliklerini ölçü alması gerekir ki bu nedenle de genel bir kural konulması yerinde olmayacaktır¹⁴³.

1.2.2.3.4.2.5. Aydınlatmanın kapsamı

Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi için sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri, riskleri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir¹⁴⁴.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2 madde hükmünde "... teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır" kuralı oluşturulmuş, bu kural Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. Maddesinde "hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır" hükmü ile daha ayrıntılı bir biçimde ortaya konulmuştur. Meslek Etiği Kuralları'nın 26. Maddesinde ise aydınlatmaya ilişkin başlıklar "hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın

¹⁴⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s.59.

¹⁴¹ Özsunay, **a.g.e.**, s.52.

¹⁴² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.83.

¹⁴³ Ayan, **a.g.e.**, s.83; Şenocak, **a.g.e.**, s.59.

¹⁴⁴ Çakmut, **a.g.e.**, s.226.

yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri” şeklinde kalem kalem sayılmıştır.

Ancak aydınlatmanın kapsamı bakımından, her somut olaya uygulanabilir nitelikte genel bir kural koymak kolay değildir. Somut olayın özelliklerine göre aydınlatmanın kapsamı belirlenmelidir¹⁴⁵. Yapılan müdahaleye bağlı olarak ortaya çıkabilen ve tıp bilim ve deneyimlerine göre gerçekleşebileceği tahmin edilebilen tehlikeler “tipik tehlike” olarak adlandırılmakta olup bu nitelikteki tehlikeler hususunda aydınlatma hekim açısından zorunluluk arz etmektedir. Ancak uzak ve nadir olarak ortaya çıkan ve hastanın vereceği kararda önemli bir etkisi bulunmayacak tehlikeler bakımından bir zorunluluk bulunmamaktadır. Burada riskin uzaklığı tek kriter olmayacak hastanın şahsi durumu da göz önünde alınarak hasta için önemli olup olmayacağı değerlendirilecektir¹⁴⁶. Gerçekleşmesi ihtimali bulunan riskin hasta için taşıdığı sübjektif önem değerlendirmede göz önünde bulundurulmalı, bir futbolcuya bacağına kaybedebileceği, bir modele yüzünde yara oluşabileceği gibi vb. olası sonuçlar hususunda hasta mutlaka aydınlatılmalıdır ¹⁴⁷.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi yönünde yapılması gerekli açıklamalar her müdahale ve tedavinin kendine özgü koşulları, hastanın içinde bulunduğu durum ve psikolojisi dikkate alınarak daha geniş ya da daha dar yapılabilecektir. Bu bakımdan hekimin hastaya yapacağı açıklamaların kapsam ve sınırını ayrıca ele almak gerekir.

Hekimden aydınlatmayı yerine getirmesi hususunda beklenen özenin ölçüsü, her somut olayda mevcut ve olası riskler dikkate alınarak belirlenir¹⁴⁸. Hasta yönünden de ortalama bir kimse değil doğrudan hastanın kültürel, toplumsal ve psikolojik

¹⁴⁵ Yılmaz, **a.g.e.** , s.61.

¹⁴⁶ Çakmut, **a.g.e.**, s.228.

¹⁴⁷ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.82.

¹⁴⁸Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2016/25663E, 2018/7615 ve 04.07.2018 Tarihli karar. “...Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. ...”

durumu baz alınmalıdır¹⁴⁹. Uygulamada da bu hususa işaret edilerek, “davacı köyde çiftçilikle iştigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez” denilmiş ve kültürel duruma göre aydınlatmanın kapsamının değişeceğine vurgu yapılmıştır¹⁵⁰. Riskler karşısında yalnızca istatistiki rakamlar değil, olası komplikasyon geliştiğinde bu komplikasyonun hastanın yaşamına yapacağı etkinin derecesi de dikkate alınmalıdır. Uzak riskin, ölüm gibi önemli sonuçları varsa, bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu açıktır¹⁵¹.

Tedavi yönteminin seçimi, kural olarak hekim tarafından yapılacak ise de, var olması halinde tedavi alternatifleri (hastanın talebi olmaksızın), yöntemin pozitif ve negatif yönleri, içerikleri, amaçları, riskleri kendisine anlatılmalıdır. Aksi halde gerçekleştirilen aydınlatma hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını tahdit

¹⁴⁹ Bayraktar, **a.g.e.**, s.128.

¹⁵⁰ Yargıtay 13.HD. 20.11.2000, 2000/8582 E. 2000/10298 K. sayılı kararı aktaran Hasan Özkan, Sunay Akyıldız, **Açıklamalı İctihatlı Hasta Hekim Hakları Ve Davaları**, Ankara, Seçkin, 2012, s.289. Anılan karar özetle;”...Önemle vurgulanmalıdır ki, kesik yaranın tedavisi için kendisine başvuran hastayı tedavi etmeyi üstlenen bir doktorun; nerede ve hangi ortamda olduğu bilinmeyen bu kesik yara nedeniyle tetanoz mikrobi alması olabileceğini, bu halde hasta sağlığının ve giderek yaşamının çok ciddi bir şekilde tehlikeye atılmış olduğunu bilmesi mesleğinin gereğidir. O nedenle, doktor, bu gibi hallerde derhal tetanoz aşısının yapılmasının ağır ve tehlikeli sonuçları hakkında, hastasını uyarmak, onu bilgilendirmekle yükümlüdür. Davacı, köyde çiftçilikle iştigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır ve tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez. Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılması değil, yapılmasının sonuçlarını hastaya varsa yakınlarına anlatması bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı yazılı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. Davada, davacıdan tetanoz aşısının yapılması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir. Davada dayanılan protokol defteri davacı dışında davalı Hastane yetkilileri tarafından düzenlenmiştir. Oradaki bilgilerin davacıyı bağlayacağından da söz edilemez. Hastane personeli olarak dinlenen tanıklar savunmayı kısmen doğrular şekilde beyanda bulunmuş ise de davalı doktorun ısrarla tehlikeli ve ağır sonuçları anlatmış olmasına rağmen davacının yine de aşı yapılmasını istemediği şeklinde beyanda bulunmamışlar, dahası bu gibi karşı koyma olaylarda imza alındığını, ancak davacıdan imza alınmadığını işaret etmişler, bunların aksine davacı tanıkları da davacıya aşı yapılmak istenmesi ve davacının karşı koyması gibi bir durumun olmadığını bildirmişlerdir.Kaldı ki, ufak bir parmak kesiği ile köyünden kalkıp şehir merkezine kadar gelerek hastaneye tedavi için müracaat eden, lokal anestezi için iğne yapılmasına, yaraya dikiş atılmasına, müsaade eden, bu denli sağlığına özen gösteren bir hastanın, tehlikeli ve ağır sonuçlarının kendisine anlatılmasına, ısrar edilmesine rağmen tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyması hayatın doğal akışına da uygun düşmemektedir. O nedenle davalı hastane ile çıkar birliği içinde olan tanıkların beyanına itibar edilemez...”

¹⁵¹ Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlginin Rızası”, **V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.873.

ettiğinden geçerli bir aydınlatma olmayacak ve böyle bir aydınlatmanın hastanın sonuç kararında illi olduğu tespit edilirse hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir¹⁵². Tıbbi deneme niteliğindeki tedavi yöntemleri ise sadece hastanın mutad yöntemler ile tedavi olma olasılığının kalmadığı durumlarda hekimlerin bilgilendirme yükümlülüğüne dahil edilmelidir¹⁵³.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 20/3 maddesinde bu hususa ilişkin olarak hekimin, hastanın mali gücünün yetmeyeceğini bildiği tedaviyi tavsiye edemeyeceğine ilişkin düzenlenme getirilmiştir. Ancak bu hüküm öğretilde eleştirilmekte, hastanın mali durumu ve tedavisi arasındaki dengenin hasta tarafından değerlendirilmesi gerektiği hekimin bariz şekilde hastanın olanağının olmadığını bildiği durumlar haricinde alternatif yöntemleri açıklaması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁴.

Aydınlatma zorunluluğunun kapsamı, uygulanacak tıbbi müdahalenin önemi, acilliği, ciddiyetine göre genişleyip daralacaktır¹⁵⁵. Tıbbi müdahale ne kadar ivedi ise aydınlatma yükümlülüğünün alanı da o ölçüde daralacak, verilecek bilgiler en temel noktalara indirgenecektir¹⁵⁶. Müdahalenin tehlike riskini az olması ve de ivediliğin söz konusu olmaması halinde ise hafif riskler dahi hastaya anlatılarak, farklı alternatifler

¹⁵² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.607.

¹⁵³ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011., s.168-169.

¹⁵⁴ Tacir, **a.g.e.s**, 168.

¹⁵⁵ Miquel Martín-Casals, Jordi Ribot Igualada, Josep Solé Feliu “Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments” **European Journal of Health Law** ,2003/1, s. 153-181.

¹⁵⁶ Erman, **a.g.e.**, s.111.

de belirtilmek suretiyle hastaya daha ayrıntılı¹⁵⁷ bilgilendirme yapılmalıdır¹⁵⁸. Örneğin ivediliği bulunmayan estetik ameliyatlar, kısırlaştırma yahut cinsiyet değişikliğine yönelik müdahalelerde bilgilendirmenin kapsamı genişleyecektir. Zira hekimin uygulayacağı tıbbi müdahale sonrasında meydana gelecek neticeler radikal olup, geri dönülmesi imkanı olmayabilir. Bu tür müdahalelerde hekimin, sağlıklı karar vermesi için hastasını kapsamlı olarak aydınlatması ve ona süre tanınması gereklidir¹⁵⁹.

Aydınlatmanın kapsamını belirleyen diğer bir hal de hastanın hekimden talepte bulunması halidir. Kural hekimin hastadan herhangi bir talep gelmesini beklemeksizin aydınlatmayı gerçekleştirmesi ise de hastanın böyle bir talepte bulunması halinde hekime zaten yüklenmiş olan aydınlatma borcunun kapsamı daha da genişler. Hasta yönelttiği talebi ile bu bilgilerin kendisi açısından önem taşıdığını ayrıca belirtmiş olduğundan hekim normalde yükümlülüğü kapsamında girmeyen noktaları dahi

¹⁵⁷ Yargıtay 13. HD ,2015/6125 E, 2016/10662 K ve 18.04.2016 tarihli karar, “...Somut olayda, mahkemece Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'ndan alınan 30.12.2013 tarihli raporda, şahsın hemeroid nedeniyle ameliyat edildiği, bu işlem öncesinde şahsa ait her hangi bir tetkikin yapılmadığı, durum ile ilgili her hangi bir matbu evrakın dosya dahilinde bulunmadığı, bu tip cerrahi işlem öncesi hasta muafakati alınmasının önem arzedeceği, bunun yapılmadığının görüldüğü cihetle bunun bir eksiklik olduğu, muayenehanede bu tip işlemlerin ve asepsi-antisepsi kurallarının uygunluğunun idari bir mevzu içerdiği, konu ile değerlendirmenin idarece yapılması gerektiği ve ayrıca anorektal hastalıklara yönelik cerrahi müdahale sonrasında kanama, enfeksiyon, abse, yara yeri açılması gibi durumlar olabileceği bütün bunların yapılan işlemlerin komplikasyonlarından olduğu kanaatinin belirtildiği, yine mahkemece, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi'nden alınan 23.05.2014 tarihli raporda da, bilgilendirme ve rıza ile ilgili bir evrakın dosyada mevcut olmadığı, bu durumun bir eksiklik olduğu, hastaya hemeroid tedavisi için uygulanan ligasure ile elektrokoagülasyon işleminin Ankara İl Sağlık Müdürlüğü'nün 07.06.2011 tarih ve 1649 sayılı muayenehanede yapılabilecek tıbbi işlemler listesinde mevcut olmadığı, hastaya uygulanan tedaviden 2 gün sonra görülen kanamanın görülebilecek komplikasyonlardan olduğu, ameliyathane koşullarında yapılması durumunda da gelişebileceği ve bu nedenle doktora kusur atfedilemeyeceği belirtilmiştir. Mevcut durumda mahkemece alınan bilirkişi raporları ile ameliyat sonrası meydana gelen kanamanın komplikasyon niteliğinde olduğu anlaşılmakta ise de, yukarıda anlatılan bilgiler ışığında, davalının komplikasyon nedeniyle sorumlu olmadığının kabulü için hastanın bu komplikasyon sonrası yaşadığı süreç ile ilgili ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Dosya içinde hasta ...'in bilgilendirildiğine dair her hangi bir belge yer almadığına göre hastanın ameliyat öncesinde, kanama sonrası yaşadığı sağlık sorunları ile ilgili olarak aydınlatılmadığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki alınan bilirkişi raporlarından da anlaşıldığı üzere davalı doktorun davacıya uyguladığı tedavi yöntemi İl Sağlık Müdürlüğü'nün muayenehanede yapılabilecekler listesinde de yer almamaktadır. Mahkemece bu gerekçeler göz önüne alınıp, davacının maddi ve manevi tazminat talepleri ayrı ayrı değerlendirilerek, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ve yanlış değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. ..”

¹⁵⁸ Çakmut, a.g.e., s.229.

¹⁵⁹ Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.82.

değerlendirmekle ve ender görülen komplikasyonları da açıklamakla yükümlü hale gelir¹⁶⁰.

Karşılaştırmalı hukuk yönünden Amerikan Hukuk düzenine baktığımızda, aydınlatmanın standardize edilmeye çalışıldığı görülmekte, “makul bir doktor” veya “somut risk” ölçütlerine göre değerlendirmeler yapılmaktadır. Uygulamada çokça tercih edilen somut risk ölçütüne göre, aydınlatma yükümlülüğü hastanın bilmesi gerektiği kadarının kendisine açıklanmasını ifade etmektedir. Hekim bu koşullar altındaki tıbbi standartlara veya ikame meslektaşlarına bakmaksızın, hastayı ön plana koyarak ona bilmesi gerektiği kadar bilgi verir. Bunun ötesi ise ancak hastanın istemi ile aktarılacaktır. Maddi riskler her halde hastaya aktarılacaktır. Burada da ölçüt yine makul hasta olup bu yönüyle söz konusu kriter de objektifleştirilmektedir¹⁶¹.

Hastanın aydınlatma faaliyeti esnasında, müdahalenin gerekliliği konusunda yanıtılması halinde ise yapılan aydınlatma iradeyi fesada uğrattığından sonrasında alınan rızayı geçersiz kılacak ve yapılan müdahaleyi hukuka uygun görülemeyecektir¹⁶².

1.2.2.3.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

1.2.2.3.4.3.1. Acil Tıbbi Müdahaleler

Hekim acil vakılarda bilimsel ve vicdani kanaatine göre hareket etmek zorundadır. Hangi vakıların acil durum olarak Kabul edilebileceği hususunda iki ölçüt getirilmiştir. Birinci olarak, hastanın travma, ani bir hastalık gibi nedenlerle karar veremeyecek halde olması. İkinci olarak da, hayatı tehdit eden bu halin ivedi şekilde müdahale edilmeyi gerektirmesidir¹⁶³.

¹⁶⁰ Özsunay, **a.g.m.**,s.40 ; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.82-83;Erman, **a.g.e.**, s.115.

¹⁶¹ Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.872.

¹⁶² Henning Rosenau, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Çev. Ahmet Hulusi Akkaş, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2013, Sayfa: 638-639.

¹⁶³ Erman,**a.g.e.**, s.110.

Hastanın bilincinin kapalı olması veya kendisine yapılacak açıklamaları anlayabilecek durumda olmaması ve gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmamasının hasta için ağır bir zarara yol açması ihtimalinin varlığı halinde hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmektedir¹⁶⁴. Bu halde hastanın özgün iradesini belirlenmesi suretiyle varsayılan rıza hukuka uygunluk nedenine dayanılmalı, hastanın varsayılan rızasına istinaden tıbbi müdahaleye girişilmelidir¹⁶⁵.

Yargıtay bir kararında, böbreğindeki taşın alınması için rızası alınan hastanın, ameliyat sırasında, rıza olmaksızın böbreğinin tamamının alınmasında, böbreğin iltihabı sebebiyle, yalnızca taşın alınmasının, hastanın sağlığını tehlikeye sokacağı, böbreğinin tamamının alınmasının tıbbi zaruret teşkil ettiği, ameliyatın durdurulup bu konuda onam alınmasının tıbbi açıdan sakıncalı olduğu gerekçesiyle hekimin sorumlu olmayacağını kabul etmiştir¹⁶⁶.

Acil durumda, her ne kadar müdahale öncesinde bilgilendirme yükümlülüğünden söz edilemeyecekse de, yapılan müdahale sonrasında bilinci açılan hastaya veya yakınlarına müdahalenin sebebi, sonuçları ve tedavi süreciyle ilgili olarak bilgilendirme yapılması gerekmektedir¹⁶⁷.

1.2.2.3.4.3.2. Hastanın Aydınlatılmayı İstememesi

Hastanın, hekimden hastalığı ve tedavisi hakkında aydınlatmasını istememesi, aydınlatılmayı reddetmesi halinde de hekimin bu yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Hastanın sahip olduğu “kendi geleceğini belirleme hakkı”na dayalı olarak aydınlatılmaktan vazgeçmesi haklı ve inandırıcı nedenlere dayanmalı, irade açıkça ve duraksamaya meydan vermeyecek şekilde belirlenmelidir¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s.64; Çakmut, **a.g.e.**, s.232.

¹⁶⁵ Özsunay, **a.g.m.**, s.43.

¹⁶⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1970/10853 E., 1971/2096 K., 05.03.1971 Tarih

¹⁶⁷ Gökcan, **a.g.e.**, s. 168.

¹⁶⁸ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.34; Yılmaz, **a.g.e.**, s.64; Özsunay, **a.g.e.**, s.44.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde de “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir....” hükmü ile bilgilendirilme hakkından vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Yine aynı madde hükmünde, hastanın, yazılı olarak ilettiği bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebileceği ve bilgi verilmesini talep edebileceği ifade edilmiştir.

Hekim Meslek Etiği Kuralları 27. madde de, *”Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez.....”* ifadelerine yer verilmiştir.

1.2.2.3.4.3.3. Hastanın Bilgisinin Bulunması

Hasta, başkaca bir hekim tarafından aydınlatılmakla, kendisinin sağlık personeli olması dolayısıyla veya başka bir suretle müdahale öncesinde hastalığı ve kendisine uygulanacak tedavi hakkında yeterli bilgiye sahip olabilir. Doktrinde ve uygulamada çoğunlukla kabul edildiği üzere hekim, hastanın gerekli bilgilere sahip olduğu veya yeterli şekilde aydınlatılmış olduğuna kanaat getirdiği takdirde hastayı yeniden aydınlatmak zorunda değildir¹⁶⁹.

Kanaatimizce buradaki hallerde dahi zorunluluk tümüyle ortadan kalkmamalı, kapsamı daraltılarak aydınlatma yerine getirilmelidir. Hasta, hekim ya da hemşire olsa bile bir hastalığın etki ve seyri her hastada aynı değildir¹⁷⁰. Daha önceden aydınlatılan hasta bakımından ise birden fazla doktordan bilgi alınması uygun tedavi yönteminin seçilmesi açısından faydalı olacaktır. Kaldı ki aydınlatmanın müdahalede bulunacak hekim tarafından gerçekleştirilmesi şartı içeriğinde hastanın hekime güven duyma ihtiyacını da barındırmaktadır. Dolayısı ile hastanın bilgisinin bulunması ya da daha önceden aydınlatılmış olması aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacak,

¹⁶⁹ Çakmut, a.g.e., s.233.

¹⁷⁰ Yener Ünver, “Türk Tıp Hukuku’nda Rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S.2, Yıl:2006, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı,s.241.

sadece detaylı bir aydınlatma konuşması yapılması gereğini ortadan kaldırıp aydınlatmanın kapsamını sınırlandıracaktır.

Nitekim, yargıya intikal eden bir olayda mahkeme, hastanın senelerdir hastalığıyla ilgili birçok hekime ve hatta uluslararası üne sahip hekimlere muayene olmuş olmasının aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına, sadece aydınlatmanın türü ve kapsamını etkileyeceğine karar vermiştir¹⁷¹. Türk Hukuku'nda da yüksek yargı, tıbbi ürünler üreten şirket sahibi şahsa yapılan bir müdahaleye ilişkin verdiği kararında “davacının tıbbi araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez” diyerek verilen rızanın geçerli bir aydınlatmaya dayanmadığını içtihat etmiş ve şahsın zaten tıbbi bilgi sahibi olduğundan bahisle rıza beyanını geçerli sayan yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁷².

1.2.2.3.4.3.4. Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Hastanın Aydınlatılmaması

Aydınlatma ödevinin yerine getirilmesine gerek görülmeyen bir diğer hal de tıbbın çözüm üretemediği, ölümün kaçınılmaz olduğu hastalıklar için acıları hafifletmek amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir. Bu müdahaleler kapsamında insani nedenlerle hastanın psikolojik durumunda daha da büyük bir çöküntüye yol açmamak düşüncesi ile hekimin sessiz kalması tercih edilmektedir. Kaldı ki bu tür durumlarda

¹⁷¹ BGH, NJW 1976, 363 (Hakeri, **Tıp Hukuku.**, s.310'dan naklen).

¹⁷² Yargıtay 13. HD16.09.2008, 2008/4219 E. 2008/10660 K.: “ Davacı, doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadirde görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. Davacının tıbbi araç gereçlerle ilgili işte söz sahibi olması, her bir dalının bile kendi içerisinde ayrı uzmanlık gerektiren tıp ilminin bütün konularına vakıf olduğunu göstermez. Bu nedenle mahkemenin buna yönelik gerekçesine katılmak mümkün değildir. Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Dolayısı ile aydınlatılmış bir rızadan bahsedilemez. Hastanın aydınlatıldığına ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup, davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizikolara karşı aydınlattığını kanıtlamamıştır. Öyle olunca hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceğinden, mahkemece tarafların tazminatın kapsamı konusunda delilleri toplanıp sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır.”

hastanın karar verme yeteneğinin bulunmaması dolayısı ile yapılacak aydınlatmanın anlamsız olacağı da açıktır¹⁷³. Psikiyatri hastaları için de ruhsal durumlarının aydınlatmayı anlamsız kılacak olması halinde aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir¹⁷⁴.

1. 2.2.3.4.3.5. Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması

Aydınlatma yükümlülüğünün terapötik (iyileştirme) sebeplerle ortadan kalkması, bir taraftan hastanın kendi geleceğini tayin hakkı ile hekimin tedavi yükümlülüğü, diğer taraftan da hekimin doğru söyleme yükümlülüğü ile meşru yalan hakkı arasındaki çatışmadan doğmaktadır. Bu çatışma, hastanın sağlığı ile hastanın iradesinden hangisinin daha yüksek değere sahip olduğunu belirlemeye yönelik prensiplere dayanmaktadır¹⁷⁵.

Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarında da kendisine yer bulan görüşe göre, hastaya durumu hakkında verilecek bilgi ancak hastanın sağlığı ve yaşamını tehlikeye sokacak ise bundan kaçınılmalıdır. Buna karşılık salt ümitsizliğe kapılması, huzurunun kaçması, bunalım geçirmesi gibi olasılıklara dayalı olarak aydınlatma yükümlülüğünden kaçınılmamalıdır. Daha çok hekimlerce savunulmakta olan karşıt görüşe göre ise yapılacak aydınlatma hastanın ruhi durumunu ne kadar bozacaksa aydınlatma ihtiyacı o kadar azalmalı, hekime bu hususta takdir yetkisi tanınmalıdır¹⁷⁶.

Federal Mahkeme'nin yeni tarihli kararlarında ise bu tür tedavinin uygulanmasını engelleyen özel durumlar da aydınlatmada muafiyet için yeterli görülmektedir¹⁷⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı yönde “hastaya verilen bilgi onda sağlığı için zararlı bir korku doğurmamalıdır” gerekçesine dayalı olarak

¹⁷³ Özsunay, **a.g.m.**, s.45; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.316.

¹⁷⁴ Hakeri, **a.e.**, s.316.

¹⁷⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s.55 .

¹⁷⁶ Öztürkler, **a.g.e.**, s.76.

¹⁷⁷ BGH, NJW, 1972, s.335 (Şenocak, **a.g.e.**, s.56 dan naklen) ; Çakmut, **a.g.e.** , s.234.

hastalığın seyri için ağır surette ve ölümle sonuçlanacağına ilişkin bir tahminin hastadan saklanabileceğine hükmetmiştir¹⁷⁸.

Mevzuata bakıldığında ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. Maddesinde yer alan düzenleme ile “hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur” hükmüne yer verilmek suretiyle hekime susma hakkı tanınmıştır.

Yine HHY. nin 19. Maddesi “Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir.” Hükmü ile teşhis kapsamında hekimin susma hakkının bulunduğunu aydınlatma yükümlülüğünün, hekimin takdirine bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Tüm bu veriler karşısında hekimin sessiz kalmasında somut duruma ilişkin veriler belirleyici olacaktır. Hekim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hastanın kendi geleceği hakkında karar verme hakkı ile tedavi yükümlülüğü arasında menfaatler dengesini kuracak şekilde bir değerlendirme yapmalı ve üstün gördüğü hak lehine kararını vermelidir¹⁷⁹. Hastanın sağlık durumuna ilişkin ağır ve kaçınılmaz sonuçların söz konusu olması ve bu durumun açıklanmasının hastanın sağlığını ağır surette tehlikeye düşürecek olması halinde, hekimin terapötik nedenlerle susması gerektiği ve

¹⁷⁸ BGE, 109 II 284 (Şenocak, a.g.e., s.56 dan naklen).

¹⁷⁹ Çakmut, a.g.e., s.234.

hatta gerçek dışı düzenleme ve belgelerle hastayı tehlikeli bir durumu olmadığına inandırmak hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Hekim, “tam olarak hastanın doğurabileceği tıbbi zarar” ile “hastanın tam olarak aydınlanma hakkı” arasında ölçülülük kuralları çerçevesinde bir denge kurmalıdır¹⁸¹. Ancak yukarıdaki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere meşru yalan ve susma hakkı teşhis kapsamında kabul edilmekte iken, tedavinin seyri noktasında hastanın aydınlatılma yükümlülüğünün ortadan kalkması genelde kabul görmemektedir.

HHY. 16. Maddesi hastalara, kendisine ilişkin kayıt ve dökümanları inceleme hakkı tanımış ise de bu belgelerin hasta için sakınca yaratabilecek nitelikte olmaları halinde, gösterilmemesi veya gerçekleri yerine farklı şekilde düzenlenmiş belgelerin hastaya verilmesi de amaca uygun olacaktır¹⁸².

Terapötik nedenlerle hekimin sessiz kalmayı tercih etmesinde, meydana gelebilecek tehlikelere karşı hastanın kendisinden ziyade üçüncü kişileri koruma amacı da etkili olabilir¹⁸³. Özellikle psikiyatrik vakalarda hastanın bilgilendirilmesi üçüncü kişiler açısından tehlike doğurabilir. Örneğin bir ruh hastasına hastalığı hakkında açıklama yapılması halinde hastanın en yakınındaki kişilere zarar verme tehlikesi varsa, psikiyatr susmayı tercih etmelidir¹⁸⁴.

2.2.4. Varsayılan Rıza ve Muhtemel Rıza Kavramları

Hekim tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye hastanın yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı şekli ile rıza açıklamasında bulunması hastanın şuurunu kaybetmiş olması, akli yeteneklerinde noksanlık, şok geçirmesi gibi haller nedeniyle her zaman mümkün olmamaktadır. Hastanın rıza göstermesinin mümkün olmadığı

¹⁸⁰ Özsunay, **a.g.m.**, s.46; Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.35.

¹⁸¹ Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s.874

¹⁸² Özsunay, **a.g.m.**, s.48 ; Çakmut, **a.g.e.**, s.235.

¹⁸³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.89.

¹⁸⁴ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.35; Özsunay, **a.g.m.**, s.47.

durumlarda devreye girecek acil haller için temsilcilik gibi bir kurumun bulunmayışı ve aile fertlerinin bilincini kaybetmiş bir hasta namına hareket etmesine imkan veren herhangi bir yasal düzenlemenin de bulunmayışı karşısında, bir kısım yazarlara göre hekimlerin hukuki ve cezai sorumlulukları “varsayılan rıza” kapsamında değerlendirilmelidir¹⁸⁵.

İzin verilen riske dayanan kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülen varsayılan rıza, suç tipine uyan eyleme maruz kalan kişinin rızasının bulunmadığı, ancak objektif ölçütlere göre rızanın varsayılabildiği halleri ifade etmektedir. Şöyle ki; hastanın bilinci yerinde olsaydı, aydınlatılmada bulunulduktan sonra özgür iradesiyle bu müdahaleye büyük ihtimalle rıza gösterirdi denilebildiğinde varsayılan rızadan söz edilecektir¹⁸⁶.

Varsayılan rızanın başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunan yazarların varlığı yanında, üstün nitelikte özel yarar, kanunun verdiği yetki, zorunluluk hali veya vekaletsiz iş görme kurumları kapsamında varsayılan rızayı açıklayan görüşler de bulunmaktadır¹⁸⁷. Bir görüş ise varsayılan rızanın mazeret sebebi olarak görülmesi gerektiğine işaret etmektedir¹⁸⁸. Temel kabule göre ise ilgilinin gerçek rızasına ulaşamayan durumlarda, rızanın beklenmesinin yol açacağı risk ile beklenmeksizin müdahalede bulunulması halinde kişinin iradesine aykırı davranıştan doğacak risk karşılaştırılarak bunlardan daha az olanın seçilmesi durumu varsayılan rızayı açıklamakta, ancak bu tespit halinde hukuka uygunluğun varlığından söz edilmektedir¹⁸⁹.

Tıbbi müdahalelerde varsayılan rızadan söz edebilmek için, öncelikle müdahalenin, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan bir müdahale olması, -yaşama hakkına

¹⁸⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**,s.416; Çakmut, **a.g.e.**,211; Erman, **a.g.e.**, s.148-149.

¹⁸⁶ Erman, **a.g.e.**, s.149 ; Özgül, **a.g.e.**, s.271.

¹⁸⁷ Erman,**a.g.e.**, s.149; Ayan, **a.g.e.**, s.112, Özgül,**a.g.e.**, s.271.

¹⁸⁸ Cankurt, **a.g.e.**,s.202.

¹⁸⁹ Zeynel T. Kangal, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt.15, 2011, sayı 4, s. 233.

ilişkin olmamak suretiyle- hukuken rıza gösterilebilir nitelikte olması, hastanın konuya ilişkin bir irade açıklamasının bulunmaması, hastanın rızasının gereken sürede alınamıyor olması ve gerçek iradesine uygun bir sonuca ulaşmaya çalışılması gereklidir¹⁹⁰.

Biyotıp Sözleşmesinin 9. Maddesinde, rızasını açıklayabilecek durumda olmayan kişilere ilişkin olarak “müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır” hükmü getirilmiş bulunmaktadır. Yine hastanın varsayılan rızasına ilişkin olarak başvurulabilecek diğer bir kaynak olan 1994 tarihli Dünya Tabipler Birliğinin Amsterdam Bildirgesi olup bildirgenin 3.3. maddesine göre, hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim gerçekleştirilebilecektir. Yine aynı bildirgenin 3.7. maddesi kapsamında ise hastanın varsayılan iradesinin hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak belirlenmesi gerektiği hükme geçirilmiştir.

Mevzuattaki düzenlemeler ve doktrinde kabul edilen görüşe göre, varsayılan rızanın belirlenmesinde kıstas hastanın kişisel durumu, yararı, istek ve ihtiyaçları, değer yargıları olmalıdır. Hekim makul, anlayışlı bir hastanın yararına olan bir müdahaleyi, hastanın farklı yönde irade belirteceğine ilişkin somut dayanak noktalarının bulunmaması halinde varsayılan rıza dahilinde kabul edebilecektir¹⁹¹. Somutluk ölçütü, kişinin ölüm karşısında gerçekten nasıl karar verebileceğinin asla bilinemeyeceği gözetilerek araştırılmalı, hekimin müdahale etmemesi çok ağır sonuçlara yol açabileceğinden, kişinin tedaviyi zaruri kılan durumun gerçekleşmesi öncesinde çevresine yönelttiği beyanları veya dinsel görüşleri tek başına dikkate

¹⁹⁰Özgül, **a.g.e.**, s.272; Erman, **a.g.e.**, s.149 vd.

¹⁹¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.364; Bayraktar, **a.g.e.**, s.140.

alınarak müdahaleden el çekilmemelidir, hekimin bu durumda dahi varsayılan rıza koruması altında olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹².

Objektif ve sübjektif unsurları dikkate alarak hastanın varsayılan rızasını tespit etme ve bunu ispat görevi hekimindir¹⁹³. Hekim, hastanın daha öncesinde veya hasta vasiyetinde dile getirmiş olduğu düşüncelerini dikkate alabilecektir ancak bu durumda dahi hastanın bu açıklamalarının müdahale anındaki gerçek iradesini yansıtır yansıtmadığı araştırılmalıdır. Hasta yakınlarının iradeleri ise ancak hekime varsayılan rızayı belirlemede yardımcı olacak, tek başlarına belirleyici olmayacaklardır. Bu kimseler kendi kanaatlerini değil hastanın bu durumda göstereceği iradesine yönelik düşüncelerini hekime ileteceklerdir¹⁹⁴.

Hekim açısından yanlış değerlendirme yapma riski yüksektir ve bu nedenle mümkün olduğunca hastanın önceden rızasını almaya çalışmalı, bu imkan dahilinde olmadığında yeterli zamanın varlığı halinde vasi tayini yoluna başvurmalıdır. Ancak yeterli vaktin bulunmadığı hallerde hekim, ölümle yaşam arasında şüphe halinde daima yaşam lehine karar vermelidir¹⁹⁵. Objektif ve sübjektif kriterleri dikkate alarak müdahaleye girişen hekim, yaptığı varsayımın yanlış olduğu sonradan anlaşılrsa dahi varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır¹⁹⁶. Öyle ki bu durumda Türk Ceza Kanunu'nun 30. Maddesindeki hata kurumu uygulama alanı bulacaktır. Varsayılan rızanın maddî koşullarının oluşmamasına rağmen, tıbbi müdahale uygulayıcısı hekim bu koşulların oluştuğunu zannederek müdahaleye girişmişse, TCK md. 30/3 gereğince kastı ortadan kalkacaktır. Somut olayın objektif ve sübjektif koşullarını yanlış değerlendiren hekim başkasının hukuksal alanına girdiğini bilmekle birlikte, kanunun davranışına izin veren koşulların gerçekleştiğine inanmakta ve hukuka uygunluk durumu içerisinde bulunduğunu zannetmektedir. Varsayılan rızanın

¹⁹² Kangal, **a.g.m.**, s.238.

¹⁹³ Özgül, **a.g.e.**, s.273 ; Hakeri ,**a.g.e.**, s.365.

¹⁹⁴ Özgül, **a.g.e.**, s.273 ; Hakeri ,**Tıp Hukuku**, s.365.

¹⁹⁵ Erman, **a.g.e.**, s.152 ; Hakeri, **a.g.e.**, s.366.

¹⁹⁶ Koca,Üzülmez, **a.g.e.**,s.294.

maddi koşullarında kaçınılmaz hata durumunda failin kastı ortadan kalkar. Bununla birlikte maddi koşullardaki hatanın kaçınılabılır niteliği üzerinde de tartışılması gereklidir. Taksirli eylem kriterlerinin dikkate alındığı bu bahiste, hekim gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, maddi koşullarda hataya düşmeyecekti sonucuna varılıyorsa hatanın kaçılmazlığından söz edilemez. Hekimin ameliyatın genişletilmesini hastanın yararına olarak zorunlu gördüğü ve ilgiliye sorulsaydı rıza göstereceği kanaatine, dikkat ve özen eksikliği üzerine hatalı şekilde vardığı vakıda, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşülmüştür artık hekimin kasten yaralamasından söz edilemeyecekse de taksirle yaralama suçundan sorumluluk gündeme gelecektir¹⁹⁷.

Hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü (garantörlük) ile hastanın aydınlatma yükümlülüğü arasındaki dengenin, hastanın haklarının korunması bakımından en makul noktada tespitin yapılması gerekir. Acil durumlarda, hayati tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda yaşama hakkı gibi üstün özellikte temel yarar dikkate alınacak, şüpheden yaşam hakkının yararlandırılması yolu seçilecektir¹⁹⁸.

Yine rıza beyanı üzerine girişilen ameliyatın, genişletilmesi konusu da varsayılan rıza kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim 2847 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu'nun 4. Maddesinde yer alan ameliyatın seyri sırasında tıbbi zorunluluk nedeniyle hastalığın tedavisi için kastrasyonun gerektiği hallerde kastrasyon ameliyesinin yapılabileceğine ilişkin düzenleme dışında ameliyatın genişletilmesi hallerini kapsamına alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda ameliyatın genişletilmesi hallerinin başlangıçta soyut bir şekilde tüm tıbbi müdahaleyi kapsayan rıza açıklamaları ile değil varsayılan rıza prensiplerinin uygulanması ile çözümlenmesi yerinde olacaktır. Hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu bir durumda, önceden aksini gösterir bir irade beyanının da bulunmadığı bir halde, tıbbi

¹⁹⁷ Kangal, **a.g.m.**, s.244.

¹⁹⁸ Hakeri, **a.g.e.**,s.367.

zorunluluklar gereği ameliyat genişletilmelidir¹⁹⁹. Ancak ameliyatın yarıda bırakılması suretiyle hastanın rızasının alınması, hasta açısından tehlike oluşturmuyor ve bu konuda hastanın rızası olup olmadığı bilinmiyorsa ameliyata son verilerek hastanın rızasına başvurulmalıdır²⁰⁰.

Varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni görüşü, varsayıma davalı olarak hüküm tesis edilemeyeceği, hukuk kurallarının dayanağını oluşturan davranış normlarının gerçeklik üzerine bina edilmiş oldukları²⁰¹, bu kavramın özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan uydurma bir kavram olduğu²⁰² gerekçeleri ile eleştirilmekte, bizim de paylaştığımız bu görüşteki yazarlar, rıza açıklamasında bulunabilecek durumda olmayan kişilere yönelen tıbbi müdahaleler açısından görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni, hakkın kullanılması veya bazı hallerde bir mazeret sebebi dolayısı ile ceza sorumluluğunun söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler²⁰³. Öyle ki tabiplik mesleğini icra eden kişi tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan kimseye iyileştirilmesi amacına matuf gerekli müdahalede bulunmakla da yükümlendirilmiştir, bu yükümlülük gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi meşru kılmaktadır²⁰⁴.

Doktrin ve uygulamada tartışılan bir diğer kavram ise muhtemel rızadır. Bu kavram, varsayılan rızadan farklı olarak müdahale öncesinde hekimin gerçek rızayı alabilmesinin mümkün olduğu hallerde söz konusu olacaktır. Örnek olarak hastanın küçük bir müdahale için başvurduğu hekimin, daha büyük ameliye gereksinimi için rıza almaksızın başvuru konusunda tıbbi girişim esnasında daha ağır neticeler doğuran diğer girişimde bulunması hali gösterilmektedir. Burada olay sonrası perspektif (ex-post) bir yaklaşımla, hekim olay öncesinde aydınlatsaydı hasta rıza verirdi şeklinde bir düşünce üzerine tahlil yapılmaktadır. Sonuç olarak hekimin cezai sorumluluğu

¹⁹⁹ Hakeri, **a.e.**, s.367; Özgül, **a.g.e.**, s.275.

²⁰⁰ Özgül, **a.e.**, s.275.

²⁰¹ Özgenç, **a.g.e.**, s.380.

²⁰² Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.294.

²⁰³ Özgenç, **a.g.e.**, s.376; Koca/Üzülmez, **a.g.e.**, s.295;

²⁰⁴ Özgenç, **a.g.e.**, s.376.

hastanın daha sonra sorgulanmassına bağlıdır ve hasta sonradan memnun olduğunu açıklarsa hekimin cezai sorumluluğunun doğmayacağı ileri sürülmektedir. Amaçlanan hastayı tekrar uyandırarak hasta adına riski artırmak yerine müdahalede bulunan ve böylece hasta yararına hareket eden hekimin ceza tehdidinden arındırılması ise de bu görüş ceza hukukuna yabancı olmakla eleştirilmekte, hekimler için özel ve fiili bir hukuka uygunluk nedeni yarattığı ileri sürülmektedir. Bu nedenledir ki bu yönde bir hukuka uygunluk nedeni yaratılması yerine hekimin geniş br aydınlatılmış rıza yükümlülüğü ile donatılarak sorunun çözümü önerilmektedir²⁰⁵.

1.2.3. TIBBİ STANDARTLARA UYGUNLUK

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için aranacak diğer bir koşul da müdahalenin, yapıldığı tarih itibariyle tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmiş olması, yani tıbbi standartlara uygun müdahalede bulunulmasıdır. Bu çerçevede hekimin, genellikle kabul gören ve tıp ilminin uygulanması artık mutad yöntem haline gelmiş olan prensiblerini bilmek ve sanatının kurallarına uygun doğru teşhis koyup bu teşhise göre bir tedavi önermek ve bu tedaviye gerekli her türlü tedbirleri alarak uygulama zorunluluğu bulunmaktadır²⁰⁶.

Hastanın rızası ve hekimin tedavi amacı ile hareket etmiş olması tıbbi müdahaleyi tümüyle hukuka uygun kılmak için yeterli olmayacaktır. Ancak rıza üzerine gerçekleştirilen müdahale tıbbi standartlara uygunluğu halinde hukuka uygun hale gelecektir²⁰⁷.

Hekimler meslekleri ve uzmanlıkları ile ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmelidirler. Bu kapsamda tıbbi standart kavramı ortaya çıkmaktadır. Biyo-tıp sözleşmesinin 4. Maddesi uyarınca “araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun

²⁰⁵ Sebastian Schulze Bühler, “Almanya’da Tıbbi Müdahalede Muhtemel Rıza-Hasta Özerkliğinin Sınırları”, Çev. Şölen Çakıroğlu, Hukuk Köprüsü, Cilt: 8, Sayı: 15, Aralık 2018, Sayfa: 131.

²⁰⁶ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 3.Bası, Ankara, 1987 , C.II , S.1, s.416.

²⁰⁷ Mahmut Koca, “Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, Yetkin, 2007, S.93.

olarak yapılması gerekir”. Tıbbi deontoloji nizamnamesi ise 13/1 maddesinde hekimin bilimsel gerekliliklere uygun olarak teşhis koyacağını ve gereken tedaviyi uygulayacağını belirtmektedir. Yargıtay da bu konuda verdiği kararında “doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla yükümlüdür”²⁰⁸ demekte tıbbi standartlara uygunluğun tıbbi müdahale için bir şart

²⁰⁸Yargıtay 4.HD, 29.06.1977, 2876/5612 “...13.7.1972 günü 1948 doğumlu (Y) karındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Dahiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaie mütehasısının ilgili olması nedeniyle, acele, olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve Jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile hymene tazyik etmek suretiyle annüler olan kızlık zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu yönde taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dinlenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır. Davalı aleyhine açılan ceza davası, yüksek sağlık şurasının anılan raporundaki (hekim kusurunun bulunmadığı) görüşüne dayanılarak beraatle sonuçlanmış ve müdahilin temyizi üzerine dava Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince 1803 sayılı Af Yasası hükümlerince ortadan kaldırılmıştır. Hukuk Hakimi de, aynı rapordaki görüşe dayanarak, tazminat davasını reddetmiş bulunmaktadır. O halde, bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun; 1) Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli şartların nelerden ibaret bulunduğu, 2) Hukuka uygunluğu sınırlarının, 3) Olayda, davalı hekimin taksirli davranışının bulunup bulunmadığının, 4) Yüksek Sağlık Şurası Raporunun her halükarda hukuk hakimini bağlayıp bağlayamayacağının saptanması olmalıdır. Bu itibarla anılan yönler üzerinde kısaca da olsa durulmasında yarar vardır. Doktrinde Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla; A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır. İlk koşul olayımızda mevcuttur. Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince; Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır. Nihayet, HUMK. hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayırık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır. O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır...” şeklinde karar vermiştir.

olduğunu ortaya koymaktadır. Günümüzde sağlık görevlilerinin özen yükümlülüklerinin belirlenmesinde “standart” kavramı kuvvetle vurgulanmaktadır²⁰⁹.

Naklen, Mustafa Kıcılioğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara-2011, s.333-334.

²⁰⁹ Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2013/16133E, 2013/24707K ve 06.11.2013 Tarihli karar “Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde, yasaların öngördüğü amaçlarla, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygun olduğundan doğan zararlı sonuçtan failin sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak; hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı olup, hekim müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış ise, başka bir anlatımla tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmış ise hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda da komplikasyon söz konusu olacağından, bu durumda da hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde kendisine bel fıtığı teşhisi konulan ölen A. K.'a, beyin ve sinir hastalıkları uzmanı olan sanık G. K. tarafından, önce Erzincan Devlet Hastanesi'nde ilaç tedavisinin uygulandığı, ilaç tedavisinden olumlu sonuç alınamaması nedeni ile ameliyat için gerekli tüm tetkiklerinin yapıldığı ve hastanın değerlerinin uygun çıkması üzerine ameliyat kararının alındığı, ameliyat öncesi yapılan tüm hazırlıkların tıp kurallarına uygun olduğu, sanık doktor tarafından 01.12.2006 günü yapılan ameliyatın yaklaşık 1 saatte bitirildiği, hastadaki karın ağrısı ve taşikardi gelişimi nedeniyle, hastanın genel cerrahi uzmanlarınca ikinci kez ameliyata alındığı ve sanık doktor tarafından yapılan ilk ameliyatta hastanın sol iliyakarterinde kesiye neden olunduğunun tespit edildiği, iç kanamaya neden olan damar yaralanmasının onarıldığı ve ikinci ameliyata son verildiği, ikinci ameliyatta sol iliyak arterinin üç ayrı yerindeki yaralanmadan ikisinin tespit edilip onarıldığı, ancak birisinin tespit edilememesi nedeniyle A. K.'ta iç kanamanın devam ettiği, iç kanama nedeniyle hastada böbrek yetmezliğinin geliştiği ve 03.12.2006 günü solunum-dolaşım durması nedeniyle hastanın hayatını kaybettiği, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 12.05.2010 raporunda ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 19.01.2012 tarihli raporlarında, ölene konan bel fıtığı teşhisinin, ameliyat kararı ile öncesi yapılan tetkik ve hazırlıklarının tıbben uygun olduğu, bel fıtığı ameliyatlarında çalışma sahasına yakın yer olan vasküler yapılara yakın komşuluk içinde olunmasından dolayı bu tür ameliyatlarda damar yaralanmalarının görülebilen bir komplikasyon olarak kabulü gerektiği, erken fark edilip hemen müdahale edilmesinin ve yapılan tüm işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu mütalaa edilmiş ise de, 26-29 Mayıs 2009 tarihli Yüksek Sağlık Şurası raporunda, sanık doktorun gerçekleştirdiği bel fıtığı ameliyatındaki özensizliği nedeni ile batin içi büyük damarda yaralanmaya ve iç kanamaya, bunun sonucu olarak da hastanın ölümüne neden olan böbrek yetmezliğine sebebiyet verdiği, gerek ameliyat sırasındaki özensizliği, gerekse de ameliyat sonrası hastasını takip ve tedavisinde gerekli özeni göstermemesi nedenleri ile sanığın kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında, bilirkişi incelemelerin bağlayıcı olmayıp, delilleri değerlendirme araçlarından biri olması, bu kapsamda raporlar arasında hiyerarşik bir durumdan da bahsedilmeyip, değerlendirmede somut olaya ve bilimsel verilere uygunluk ölçüsüyle hareket edilebileceği anlaşılmakla, sanığa kusur izafe eden Yüksek Sağlık Şurası raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu, bu raporda da belirtildiği üzere, sanığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasındaki kusurlu davranışlarının hastanın ölümüne neden olduğu, sanık doktorun işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olmadığı ve ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği, komplikasyonun ancak tıbbistandardlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği, bu nedenlerle sanığın dosya kapsamına uygun olan Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi”

Standart kavramı olaylara ve tehlikelere devamlı uyum sağlayan bir süreci ifade etmekte, dinamik bir yapı ortaya koymaktadır²¹⁰.

Tıbbi standart kavramı ile anlatılmak istenen tıp biliminin genel olarak tanınip kabul edilmiş kurallarıdır. Yargıtay tıbbi standarta ilişkin “Muhakkak olmayan, tartışılan ve genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz”²¹¹tespitinde bulunmaktadır. Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleleri sırasında özen yükümlülüklerini belirleyen tıbbi standart, tıbbi müdahalenin yapıldığı zamana ve hekimin bu standarta ulaşabilme olanağına göre belirlenir. Dolayısı ile bir pratisyen hekimden ortalama düzeydeki bir pratisyen hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranış kalıpları beklenmektedir. Gelişmiş olanaklara sahip bir hastanede görev yapan doktordan da, bir sağlık ocağında görev yapan hekimden daha fazla özen göstermesi beklenir²¹².

1.2.4. ENDİKASYON – TIBBİ GEREKLİLİK (TIBBİ MÜDAHALELERİN KANUNEN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLAN AMAÇLARA YÖNELİK OLMASI)

Hukuka uygun tıbbi müdahalenin koşullarından bir diğeri de müdahalenin, tıp biliminin verilerine göre gereklilik veya zorunluluk taşıması, diğeri adıyla endikasyondur²¹³.

²¹⁰ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.373.

²¹¹ Yargıtay 13.HD. 14.10.1974-2637/2492 “ Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafında yapılan ameliyatlarda beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz. Yapılan müdahalede ihmal ve tedbirsizliğin varlığının kabulü için ölçü, zararı meydana getiren sübjektif niteliklerine bakılmaksızın orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimamdan ibarettir...”

²¹² İ.Hamit Hancı, **Malpraktis**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 29.

²¹³ Özgül, **a.g.e.**, s.277; Ayan, **a.g.e.**, s.9.

T.C. Anayasası'nın 17. Maddesinde açık bir biçimde kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi “tıbbi zorunluluk” şartına bağlı kılınmıştır. Anayasal düzenlemeye paralel olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 12. Maddesinde “teşhis, tedavi veya koruma maksatlı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez” hükmü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13/3 fıkrasında ise “tabip veya dış tabibi; teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” hükmü ihdas edilmiş ve tıbbi zorunluluk şartı mevzuatımıza dahil edilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca her tıbbi müdahale kural olarak tıbben zorunluluk taşımaktadır.

Doktrinde de, ilgilinin rızası, endikasyon şartı bulunmaksızın girişilen müdahalelerde tek başına yeterli görülmemektedir. Örnek olarak askerlikten muaf kalabilmek, sigorta ödemesi hak edebilmek gibi nedenlerle girişilen tıbbi müdahaleler endikasyon yokluğundan kişinin rızası olsa dahi hukuka uygun görülmemektedir²¹⁴.

Bir hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik olan tedbirler yanında, hazırlayıcı, teşhis edici, veya sonradan yapılan müdahaleler de tıbbi zorunluluk içinde değerlendirilmektedir

Tıbbi zorunluluk, sosyal ve psikolojik zorunluluk halini de kapsamaktadır²¹⁵. Sünnet sosyal, estetik müdahaleler ise psikolojik zorunluluk durumuna örnek verilebilir. Bu tip müdahalelerde dolaylı tedavi amacı söz konusudur ve olağan tıbbi müdahalelere ilişkin esaslar bu müdahaleler için de geçerli olacaktır²¹⁶.

Diğer yandan herhangi bir endikasyon bulunmamasına ve doğrudan bir tedaviyi amaçlamamasına rağmen yapılan, verici bakımından organ nakli, cinsiyet

²¹⁴ Ezgi Cankurt, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, İstanbul, 2018, s.154.

²¹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 457.

²¹⁶ Özgül, **a.g.e.**, s.278.

değişikliği, suni dölleme ve tedavi amacına yönelik araştırmalar gibi müdahalelerde de endikasyon şartının sübut bulduğu kabul edilecektir²¹⁷.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN CEZAI SORUMLULUĞU

Hekim, bireylerin sağlığına, vücut bütünlüğüne yönelen tıbbi müdahalelerde bulunurken, bu menfaatleri korumak ve iyileştirmek amacı gütmektedir. Tıbbi faaliyetlerin temelini oluşturan bu amaç yukarıda açıkladığımız hukuka uygunluk şartları ile birlikte hekimin sorumsuzluğunu doğurmaktadır²¹⁸.

Hekimin tıbbi müdahale safahatı öncesinde gerçekleştirmekle mükellef olduğu tıp mesleğini kanunen icraya yetkili olma ve hastanın rızasını alma koşullarını gerçekleştirmemesi başlı başına cezai sorumluluğunun doğmasına yol açabilecektir. Ancak bu şartlar yerine getirilse dahi hekimin sorumsuzluğu sınırsız değildir. İşlenen tipik fiilin haksızlık teşkil edip etmediği konusunda yargıya varırken failin bu fiil karşısındaki manevi durumunu da gözönünde bulundurmak gerekir. Haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olarak anlaşılması gereken kast ve taksir, hekimi sorumlu hale getirebilecektir²¹⁹.

Tez konusu taksirli sorumluluk olduğundan kast başlığı temel şekilde ele alınmıştır.

2.1. KASTTAN DOĞAN SORUMLULUK

2.1.1. Kast Kavramı

²¹⁷ Petek/Gürbüz, *Sağlık Hukuku*, Eskişehir, 2013, s.77.

²¹⁸ Çakmut, *a.g.e.*, s.241.

²¹⁹ Özgenç, *a.g.e.*, s.227.

Kanunun suç saydığı bir eylemden ötürü kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten gerçekleştirilmesi gerekir²²⁰. Öyle ki sorumluluğun temel şartı, insan davranışının iradi olarak gerçekleştirilmesidir²²¹. Kast, suç tipinde yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesidir²²². Fail yasada öngörülmüş olan objektif suç unsurlarının tümünü bilmeli ve bunları istemelidir. Hareketin ve neticenin istenmemiş olması halinde kast yoktur²²³. Doğrudan kastın tanımı gerek uygulama gerekse doktrinde bu şekilde kabul edilmekle birlikte, “olası kast” olarak adlandırılan bir diğer kast türünün tanımı ise failin hareketinin belli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngördüğü halde, bu hareketi yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun demesi şeklinde yapılmaktadır²²⁴.

Olası kastta, faildeki isteme unsurunun yerini “failin neticeyi onaylamış veya hiç olmazsa göze almış (kabullenmiş) bulunması” almaktadır²²⁵. Fail, sonuç açısından vurdumduymaz davranmakta, bu sonucun önüne geçmek bakımından hiçbir çaba sarf etmemektedir.

2.1.2. Hekimin Kastından Doğan Sorumluluğu

Hekim tıbbi müdahalesini hastasını tedavi etmek, iyileştirmek, korumak amaçlarıyla gerçekleştirecektir. Bu gaye güdülmeksizin hastasına yaralama, zarar verme veya öldürme amacı ile müdahalede bulunan hekim, neden olduğu sonuçtan kasıtlı suç kapsamında sorumlu olacaktır²²⁶. Örneğin, doktorun tıbbi müdahaleyi kastını gizlemek için kullandığı durumlarda normal bir kimse gibi kastına dayalı eyleminden sorumlu olması gerekir. Yargı kararına konu bir olayda hekim, eşinden boşanıp kendisi ile evlenmesi yönünde tehditlerde bulunan sevgilisine, B-12 vitamini

²²⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, **İleri Teknoloji Tıbbi ve Hekim- Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2006, s.11

²²¹ Özgenç, **a.g.e.**, s.225.

²²² Hans-Heinrich Jescheck, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 2007, s.32.

²²³ Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.221.

²²⁴ Dönmezer, Erman, **a.g.e.**, s.162 ; Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.231.

²²⁵ Jescheck, **a.g.e.**, s.33.

²²⁶ Bayraktar, **a.g.e.**, s.203.

olduğunu söyleyerek HIV ve hepatit virüsleri enjekte etmiş ve kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmuştur²²⁷.

Tıbbi müdahale esnasında hekimin kasten bir hastaya zarar vermesi olağan görülmesine de bir takım özellikli durumlarda hekimin kastına dayalı sorumluluğu kabul edilmektedir.

Tıbbi müdahale uygulayıcısı olan hekim, müdahale öncesi hukuka uygunluk şartları olarak yukarıda ayrıntıları ile değindiğimiz, rıza almaksızın, aydınlatma yapmaksızın veya endikasyon bulunmaksızın giriştiği her türlü tıbbi müdahale dolayısıyla kasten yaralama suçundan sorumlu tutulabilecektir²²⁸. Tıbbi girişimde bulunulması öncesinde sağlanacak olan bu şartlara uygun olmayan müdahale, meslek kurallarına uygun olsa dahi suç oluşturacaktır²²⁹. Nitekim hukuka uygun tıbbi müdahalenin şartı olarak ortaya konulmuş olan bu unsurların kasten yerine getirilmemesi halinde tipik eylem kasten yaralama suçunu meydana getirecektir ve hekimin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ilgilinin rızası, görevin yerine getirilmesi veya hakkın icrası kurumlarından yararlanması mümkün olmayacaktır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi uygulamasında, müdahalenin iyileştirme amaçlı olması halinde dahi kasten müessir fiil suçunun oluşacağı yönünde birçok örnek bulunmaktadır²³⁰.

Bir diğer müdahale öncesi şart olan tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye kanunen yetkili olmak, hekim olmayan kişiler için kasti eylemleri dolayısı ile sorumluluğu gündeme getirecek ise de, hekim kişiler için odaya kayıt olmama vb. nedenlerle ülkede çalışma hakkının bulunmaması, hekimi gerçekleştirdiği

²²⁷ James Filkins, “With No Evil Intent The Criminal Prosecution Of Physicians For Medical Negligence”, **The Journal Of Legal Medicine**, 22, s.473, dn.56. ; Türk Hukuku’nda bu durumun tezahürü Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. Maddesinde yer almaktadır: “... Tababet prensip ve kaidelerine aykırı ve aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”

²²⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.449.

²²⁹ Fatih Selami Mahmutoglu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, **İleri Teknoloji Tıbbi ve Hekim- Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2006, s.13

²³⁰ Yener Ünver, “Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Sağlık Hukukuna İlişkin Yeni Tarihli Bazı Önemli Kararları”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Yıl 1, Sayı 1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 142.

müdahaleler kapsamında kasten yaralama veya öldürme suçlarından sorumlu kılınmamalıdır. Burada hekim yalnızca 1219 sayılı TŞSTİDK. hükümleri çerçevesinde sorumlulukla karşılaşmalıdır²³¹.

Yukarıda ayrıntıları ile değindiğimiz üzere hukuka uygun tıbbi müdahalenin temelinde yatan ve hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının bir tezahürü olan hukuka uygun rıza beyanını almayan hekimin eylemi de hukuki korumadan yoksun kalacaktır. Nitekim, hür iradeye dayanan hasta isteği, hastanın iyiliğinden önde gelmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına değer verilmemesi dolayısı ile hekim, TŞSTİDK. un 70. Maddesi kapsamında idari para cezası yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır²³². Ancak asıl önemli olan hekimin eyleminin, ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olan rıza beyanının korumasından çıkması sebebiyle ceza kanunu kapsamında cezalandırılmasıdır.

Tedaviyi ret hakkının kullanılması halinde icrai davranışta bulunmak hekimi kasten yaralamadan sorumlu kılacaktır²³³. Hekimin, kastına dayalı tipik fiili, tıbbi standartlara uygun yapılsa ve hatta başarılı bile olsa, bu şartlar altında kasten yaralama suçunu oluşturacaktır²³⁴. Geçerli bir rıza beyanı için en önemli unsur ise aydınlatma yükümlülüğüne uyulmuş olmasıdır. Dolayısı ile hekimin sorumluluğu için aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması yeterli olup, ayrıca bir meslek kusuru işlenmesi aranmayacaktır²³⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü gerekli ve yeterli bir biçimde yerine getirilmezse, hasta rızası alınmış olsa bile bu rıza hukuken geçersiz olacak, tıbbi müdahale teşhis ve tedavi amacıyla yapılsa dahi hukuka aykırı görülecektir²³⁶. Öyle ki aydınlatma, ilgilinin rızasından ayrık bir kurum olmakla birlikte, rıza alınmadan önce yerine

²³¹ Hakeri, **a.e.**, s.449.

²³² Çakmut, **a.g.e.**, s.238.

²³³ Akif Mutaş, “Ötenazi”, **I. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi Bodrum 2015**, Legal Yayıncılık, Temmuz 2016, s.763.

²³⁴ Erman, **a.g.e.**, s.120.

²³⁵ Erman, **a.g.e.**, s.120.

²³⁶ Özgenç, **a.g.e.**, s.373-374.

getirilmesi halinde açıklanan rıza beyanını meşru kılan bir önkoşuldur. Bu önkoşul yerine getirilmezse hekim eylemi sonucuna göre öldürme veya yaralama suçundan cezalandırılır²³⁷.

Hasta özerkliği ve kendi geleceğini tayin hakkı, görevin ifası ya da bir diğer görüşe göre varsayılan rızaya dayalı olarak acil tedavi niteliğinde olmayan ve sadece teşhis amaçlı yapılacak araştırmaları da engellemektedir. Hekim bu müdahalenin tıbben gerekli olmasından dolayı müdahalenin hukuken icra edilebileceği görüşünden hareketle girişimde bulunmuş ise, doktorun hatası kaçınılabilir nitelik arz edecek ve doktor koruma alanı dışına çıkacaktır. Oysa ki doktor yanılarak hastanın daha önce çok geniş kapsamlı bir rıza gösterdiğini varsayarsa, burada fiili (izin normunda hata) yanılma söz konusu olur²³⁸. Bu durumda Alman Ceza Kanunu 16. Maddesinde esaslı hata olarak adlandırılan kurum kastı ortadan kaldırır. Esaslı hata taksirden kaynaklanıyorsa ve taksiri cezalandıran bir suç tipi varsa, fail taksirle işlenen suçtan dolayı cezalandırılır²³⁹. Türk Ceza Kanunu ise, hata kurumu ile ilgili farklı bir düzenlemeye yer vermiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde “kaçınılamaz hata” aranmakta ve ancak bu halde failin hatasından yararlanacağından söz edilmektedir²⁴⁰. O halde hekimin kaçınılabilir şekilde ceza sorumluluğunu kaldıran rızayı varsayarak hareket etmesi halinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı söylenebilir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları konusunda hataya düşülmesi halinde, failin bu fiile ilişkin kastının olmadığı dolayısı ile de kusurluluğun değil manevi unsurun ortadan kalktığı söylenecektir.

²³⁷ Yener Ünver, “Alman Sağlık Hukukuna İlişkin Önemli Yargı Kararları”, **Adli Bilimciler Derneği 3. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi Bursa 2016**, Seçkin., Ankara, 2016, s.282-283.

²³⁸ Yener Ünver, “Alman Sağlık Hukukuna İlişkin Önemli Yargı Kararları”, **Adli Bilimciler Derneği 3. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi Bursa 2016**, Seçkin, Ankara, 2016, s.282.

²³⁹ Jescheck, **a.g.e.**, s.33.

²⁴⁰ Türk Ceza Kanunu, R.G. Tarih 12.10.2004, Sayı 25611, Madde 30 - (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.(4) (Ek fıkra: 29.06.2005 - 5377 S.K/Madde 4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

Örneğin hekimin algılama yeteneği yeterince gelişmemiş bir kimsenin bu yeteneğe haiz olduğu hususunda yanılğıya düşmesi halinde işlenen suç açısından kastının varlığından bahsedilemeyebilir. Ancak yanılğının kaçınılabılır olduğu durumlarda TCK.30/3 maddesi bu korumayı sağlamayacaktır. Yanılğının kaçınılabılırlığı ise taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütlere göre belirlenecek, kaçınılabılırlık halinde taksirle işlenebilir bir suçtan söz ediliyor ise fail ancak taksirinden dolayı cezalandırılacaktır²⁴¹.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde cezai sorumluluğunun doğacağına ilişkin bir çok mahkeme kararı bulunmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, gerekli olmayan ve yalnızca tavsiye edilen apandisitinin alınmasına yönelik tıbbi müdahale, 17 yaşındaki hasta ve ailesine aydınlatma yapılmaksızın ve de rıza alınmaksızın gerçekleştirilmiştir. Mahkemeye göre, zorunluluk taşımayan ve acil bir durum teşkil etmeyen bir müdahalede hekim, rıza konusunda daha özenli davranmalıdır. Acil olmayan bir tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için, rıza gösterecek olan kişinin rızasının sonuçlarını tartabilecek durumda olması gerekir. Hekim müdahaleyi gerektirir nedenler ile gerektirmeyen nedenleri ayrıntılı olarak anlatmalı, karar verecek kişilere zaman tanımalıdır. Bu şartları sağlamayan hekim yerel mahkemece taksirli yaralamadan sorumlu görülmüş ise de yüksek mahkeme, hiç kimsenin ancak uzak bir ihtimal olan ölüm tehlikesini bertaraf etmek, belki de hiç gerçekleşmeyecek ilerideki enfeksiyonları önlemek amacıyla apandisitinin alınmasına rıza göstermeyeceği, hele ki bunun 17 yaşındaki bir çocuktan beklenmeyeceği, aile ile konuşulmasının şart olduğu gerekçeleri ile hekimi kasten yaralama suçundan sorumlu bulmuştur²⁴².

Yüksek mahkemenin diğer kararlarında da aydınlatma ve rıza koşullarının ne denli sıkı bir biçimde araştırıldığı gözlemlenmektedir. Yüksek Mahkeme bahsetmeye değer farklar taşıyan tedavi alternatiflerinin, tedavi yönteminin ruhsat almış, ülkede

²⁴¹ Özgenç, a.g.e., s.465-467

²⁴²BGH NJW 1959, 826 (Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.447).

geçerli bir yöntem olup olmadığının hastaya aktarılmamasının²⁴³ rıza beyanını geçersiz kılacağını belirtmiş ancak cezai sorumluluk için aydınlatma yükümlülüğüne tam olarak uyulması halinde hastanın iradesini de değiştirecek bir sonuç doğurması şartını aramıştır²⁴⁴.

Özel hukuk alanında salt aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sorumluluk nedeni olarak görülmesine karşın mahkeme, içtihatlarında hastanın kurallara uygun bir aydınlatma halinde rıza vermeyeceği ispatlanamıyorsa hekimin ceza hukuku bağlamında sorumlu olmayacağını kabul etmektedir²⁴⁵. Alman Hukuku'nda hekimin özel hukuk sorumluluğu için geliştirilen hipotetik rıza kavramı bu kapsamda ele alınmalıdır. Hipotetik rızada, kurallara uygun bilgilendirme olmadan hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığının, usulüne uygun bir bilgilendirme yapılmış olması durumunda da hastanın rıza göstereceği söylenebilir ise, ortadan kalktığı kabul edilmektedir. “Hekim hastayı aydınlatmış olsaydı hasta müdahaleye rıza göstermeyecekti” sonucuna varıldığında müdahaleyi gerçekleştiren hekim için kasten yaralama suçu gündeme gelecektir. Hipotetik rıza, yukarıda izah olunan varsayılan rıza görüşünden farklı olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, hukuka aykırılık aşamasından önce incelenmesi gereken ve objektif isnadiyeti ortadan kaldıran bir neden olarak ele alınmaktadır²⁴⁶. Gerçekten de doktorun aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi, hastanın rıza açıklamasında etki doğurmazsa ve bu nedenle yükümlülük ihlali tipik netice üzerinde etkili olmazsa normatif isnadiyet ilişkisi yoktur. Aydınlatılmış rıza açıklaması halinde de aynı müdahaleye girişilecektiye neticenin haksızlığından söz edilemeyecektir²⁴⁷.

Yine aynı kapsamda içtihat edildiği üzere, aydınlatma yapılmadan girişilen tıbbi müdahalede normal koşullarda belirtilmesi gerekmeyen bir riskin gerçekleşmiş

²⁴³ BGH NStZ 1996, 34 (Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 449).

²⁴⁴ Erman, **a.g.e.**, s.121.

²⁴⁵ BGH NStZ 1996, 35.

²⁴⁶ Kangal, **a.g.m.**, s.225.

²⁴⁷ Rosenau, “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, s.641.

olması da hekimi aydınlatmama dolayısı ile ceza hukuku bağlamında sorumlu kılmayacaktır²⁴⁸.

Riskler hakkında bilgilendirilmeyen bir hastaya yapılan müdahale sırasında söz konusu risk gerçekleşmez ise ve hasta bu konuda bilgilendirilse dahi, başka bir gerçekçi tedavi seçeneğinin varlığının söz konusu olmaması halinde de hekimin bu müdahaleden sorumlu tutulmamasının gerektiği ileri sürülmektedir²⁴⁹.

Bu verilere göre hekimin aydınlattığı konularda riskin gerçekleşmiş olması halinde ve aydınlatmadığı konularda riskin gerçekleşmemiş olması halinde ceza hukuku bağlamında sorumluluğu doğmayacaktır²⁵⁰. Dolayısı ile aranmakta olan hekimin ihmali veya icrai hareketi ile doğan sonuç arasında bir nedensellik bağının varlığıdır. Bu suretle aydınlatmanın ceza hukuku sorumluluğundaki etkisi hafifletilmekte ve hekimlere uygulamada bir koruma sağlanmaktadır.

Yine daha az masrafları olduğu için riskli ve başarı şansı daha az olan bir tedavi yöntemini uygulaması durumunda da hekim kasttan dolayı sorumlu tutulmalıdır²⁵¹. Zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanabildiği durumlarda ise ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği belirtilmektedir²⁵².

Yukarıda tanımını verdiğimiz olası kast kapsamında hekimin icrai hareketlerinden sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Şöyle ki, hekimin taksirli fiili ile neden olduğu, hasta vücudunda yabancı madde unutulması veya hastaya yanlış bir ilaç verilmesi gibi yaralanmaları kendisini sorumluluktan kurtarmak gayesi ile gizleyen ve buna bağlı olarak da hastada ölüme varan ağır neticelerin doğması halinde, hekim bu sonuçtan olası kastla sorumlu tutulacaktır. Yine hekimin deontoloji kurallarına aykırı olarak, acil hastalarından öncelik verilmesi gereken hasta yerine bir diğerine tıbbi yardıma girişmesi ve hastanın ölebileceğini öngörmesine rağmen önlem

²⁴⁸ BGH NJW 1991, 2347.

²⁴⁹ Erman, **a.g.e.**, s.121.

²⁵⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.526.

²⁵¹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.205

²⁵² Özgenç, **a.g.e.**,s.382.

almaması halinde de olası kastla insan öldürme suçu gündeme gelebilecektir. Nitekim hekim, olmasını öngördüğü ve bildiği bu ağır neticeyi kabullenmiş olacaktır. Hastanın sakat kalması veya ölmesi ihtimalinin varlığını bilmesine rağmen, bilimsel deneylere yasal koşullara aykırı olarak riskleri önemsemeyerek devam eden hekim de risklerin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan neticeden olası kastla sorumlu olmalıdır .

2.2. TAKSİRDEN DOĞAN SORUMLULUK

2.2.1. Taksir Kavramı

Sözlüklerde “Kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme, kabahat, günah” karşılığı ile yer bulan taksir, hukuk terminolojisi içerisinde ise, failin ceza kanunundaki suç tipini, onu ihlal etmeyi istemeksizin, özen gösterme mükellefiyeti koyan normu ihlal ederek gerçekleştirmesi ve özen gösterme mükellefiyeti bulunmasına rağmen, fark etmemesi veya normu ihlal edebileceğinin mümkün olduğunu görmesine rağmen, mükellefiyetlerine aykırı olarak, neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi hallerinde neticeye sebep olması halleri olarak ortaya konulmaktadır²⁵³. Daha yalın bir tanıma göre ise, fail tarafından istenilen neticenin öngörülebilir olduğu halde öngörülmemesi veya öngörüldüğü halde istenmeden gerçekleştirilmesidir. İstenmeyen netice failin dikkatsiz ve özensiz davranması sonucunda öngörülemez ve gerçekleşirse, failin bu neticeyi taksirle meydana getirdiği söylenebilecektir²⁵⁴.

Türk Ceza Kanunu ise 22. Maddesinde taksiri, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde tanımlamaktadır. Dikkat yükümüne aykırılık, bilinçli bir kişinin ilgilendiği konu ile bağının kopması olarak tanımlanırken,

²⁵³ Jescheck, **a.g.e.**, s.47.

²⁵⁴ Savaş, **a.g.e.**, s.195.

özen yükümüne aykırılık, ortak tecrübe kurallarına aykırı ihmali tutum sergilemek şeklinde açıklanabilecektir²⁵⁵.

Taksir, başlığı altında yer alan bir diğer konu ise bilinçli taksir kurumudur. Bilinçli taksirde fail, somut olayda yapmış olduğu hareketin olası sonuçlarını öngörmüş, ancak becerilerine güvenerek hukuk düzeninin yasakladığı davranışına devam etmiş, fakat hareketinin neden olabileceği sonucun da oluşmaması için tüm gayreti göstermiş, gayretine rağmen istenmeyen netice meydana gelmiştir. Örneğin, hekim, hastasının vücuduna alerjik bir reaksiyon ile önlem almadan analjezi uygulaması sonucu hastanın yaralanması veya ölmesi halinde, hekimin bilinçli taksirle öldürme veya yaralama suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir²⁵⁶. Bilinçli taksirde kanunda yer alan tipin gerçekleşmeyeceğine olan güven karakteristik bir özellik arz etmektedir²⁵⁷.

Taksirli suçların ceza kanunlarında düzenlenme amacı, bireyleri dikkatli davranmaya, hukuk kurallarını ihlal etmemek konusunda gayret göstermeye yönlendirmek, zararlı ve tehlikeli fiilleri yaptırıma bağlayarak toplum düzenini korumaktır²⁵⁸. Fail, toplumun kendisine yüklemiş olduğu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır. Basit taksirde, öngörmediği ve istemediği neticenin oluşumunda dikkatsiz ve tedbirsiz olduğu için cezalandırılırken, bilinçli taksirde öngördüğü halde engel olmadığı için cezalandırılmaktadır²⁵⁹.

Taksir nedeniyle bireylerin sorumlu tutulabilmesi için ise;

-Eylemin taksirle işlenebilen bir suç oluşturması,

-Hareketin iradi olması,

²⁵⁵ Savaş, **a.e.**, s.195.

²⁵⁶ Turan, Ateş, **Hekimlerin Cezai Ve Hukuki Sorumluluğu**, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2007, s. 125.

²⁵⁷ Jescheck, **a.g.e.**, s.48.

²⁵⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, C.2, s.253.

²⁵⁹ Savaş, **a.g.e.**, s.195.

-Neticenin istenmemesi ancak öngörülebilir nitelikte olması

-Hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması

Şartları aranacaktır.

2.2.2. Hekimin Taksirinden Doğan Sorumluluğu

Faaliyet alanları bireylerin vücut bütünlükleri ve yaşamları olan hekimlerin, mesleklerini yerine getirirken yüksek dikkat ve özen göstermeleri zorunluluk arz etmektedir. Hekim kendisinden beklenebilecek olan objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek kişilerin yaşam veya sağlıkları bakımından zararlı bir sonucun doğabileceğini öngörmemiş ise taksirli hareket etmiş olacak ve bu fiili neticesinde kişinin ölümü halinde taksirle öldürme²⁶⁰, yaralanması halinde ise taksirle yaralama suçlarından kusuru göz önüne alınarak cezalandırılabilecektir²⁶¹. Kaldı ki hekimlerin genellikle cezai sorumlulukları teknik olarak tıp sanatını uygularken veya uygulamaları dolayısı ile ortaya çıkan sonuçlardan kaynaklanmakta

²⁶⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/12–578 E., 2012/43K ve 07.02.2012 Tarihli kararında “ ...Sağra kesesinde taş bulunan ölenin Özel Lokman Hekim Hastanesinde genel cerrah olarak görev yapan sanık tarafından ameliyat edildiği, ancak ameliyat sırasında kesilmemesi gereken ana sağra kanalı ile birlikte koledogunun da kesildiği, ameliyattan bir gün sonra bilirubin değerinin yükselmesi nedeniyle Ankara Üniversitesi İbni Sina Hastanesine sevk edilen ölenin, bu hastanede sağra yollarını görüntüleyebilmek amacıyla kendisine ercp – endoskopik retrograt kolanjiopankreatografi– uygulandığı, incelemeler sonucunda aynı uygulamanın yeniden yapılmasına karar verildiği, ancak ercp cihazının bozulması nedeniyle uygulamanın bu kez Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapıldığı, daha sonra ilk ameliyatta kesilen kısmın onarılması amacıyla İbni Sina Hastanesinde yeniden ameliyata alındığı, ameliyattan iki gün sonra aynı hastanenin yoğun bakım ünitesinde hayatını kaybettiği olayda... ameliyat esnasında operatörün uygulayabileceği intraoperatif kolanjiografi gibi bir görüntüleme yönteminin bu yaralanmayı gösterebileceği” açıklaması karşısında; sanığın, kendi bilgi ve tecrübesine güvenip, hastanede bulunan kolanjiografi görüntüleme cihazını kullanmayarak laparoskopik yöntemle kapalı olarak başladığı, ancak yeterli görüntü alınamaması nedeniyle açık olarak gerçekleştirdiği ameliyat esnasında, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lüka kanalı zannedip kesmesi neticesinde gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğuna...” karar vermiştir. Nitekim taksirli suçlarda, fail iradi davranmakla birlikte, hukukun önem taşımayan bir neticeyi öngörürken, hukukun önem taşıyan başka bir neticenin meydana gelmesine neden olmaktadır. Öngörülemeyen bu neticenin meydana gelmesine failin objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebep olmaktadır. Dolayısıyla taksirli suçun haksızlık unsurunu, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Somut olayda hekim, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek koledok kanalını lüka kanalı zannedip keserek hastanın ölümüne sebep olmuştur...”

²⁶¹ Mahmut Koca, “Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara, Yetkin, 2007,s.95.

ve bu durumlarda hekimin taksirle işlediği suçtan sorumluluğu söz konusu olabilmektedir²⁶².

Yukarıda açıkladığımız üzere, öngörülen neticenin istenmeyerek gerçekleşmeyeceğine dair inançla hareket edilmesi halinde ortaya çıkan bilinçli taksir kurumu, tıp hukuku alanında bu tanımlar uyarınca her tıbbi müdahalede gündeme gelebilecektir. Nitekim hekim, müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri de çoğunlukla öngörmektedir. Bu durum hekimlerin bilinçli taksirden sorumluluğu için ilave bir takım koşulların aranmasını zorunlu kılmaktadır. Hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, hekimin mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir²⁶³. Örneğin hastanın ısrarla neredeyse tüm ağrı kesici ilaçlara karşı alerjisi olduğunu, bu ilaçlardan herhangi birini aldığında yüzünün-gözünün şiştiğini, nefes almakta zorlandığını ifade etmesine rağmen hekimin, hiçbir önlem almadan analjeziği uygulaması ve hastanın alerjik bir reaksiyon ile yaşamsal tehlike geçirmesi veya ölmesinin, bilinçli taksir olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Kısaca bilinçli taksirde hekim, yaptığı hareketin zararlı bir sonuca yol açabileceğini öngörmesine rağmen, “inşallah bir şey olmaz” mantığı ile bu harekete devam edecektir²⁶⁴.

Hekimlerin dikkat ve özen yükümlülükleri, tıbbi standart kavramı altında değerlendirilmekte olup yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız bu standartlara dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmaması dolayısı ile oluşan aykırılıklar, hekimlerin bu taksirli eylemlerinden sorumluluklarını gündeme getirmektedir.

Tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personeli anılan tıbbi standartlara uygun hareket etmiş, eşdeğeri statüdeki ortalama bir sağlık personelinin aynı hal ve

²⁶² Koca, a.e., s.94.

²⁶³ Kayaer, a.g.e.,s.150; Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.1010.

²⁶⁴ Gürsel Çetin, “Tıbbi Malpraktis”, **Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48** , Şubat 2006, ss.31-42, s.41.

şartlar altında göstereceği özeni göstermiş ise, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleşen kötü neticeden sorumluluğuna gidilemeyecek ve doğan kötü sonuçların sorumluluğu tıbbi standartlara uygun hareket eden sağlık personeline yüklenemeyecektir. Bu durumda ortaya çıkan kötü netice komplikasyon niteliği taşıyacaktır. Ancak hekime sorumluluk yüklenmemesi için, hekimin hastasını söz konusu neticeye karşı aydınlatmış olması gerekir. Tıbbi standart kavramı komplikasyon ile tıpta kötü uygulama arasındaki ince çizgiyi bu şekilde ortaya koymaktadır.

2.2.2.1. Komplikasyon Kavramı

Tıbbi yardım ve müdahale sırasında meydana gelen ve hastalığın doğal sonuçları veya uygulanan tedavinin yan etkileri olarak ortaya çıkan durumlar, komplikasyon olarak adlandırılmaktadır²⁶⁵. Danıştay komplikasyonu, ‘‘tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuç ‘‘ olarak tanımlanmaktadır²⁶⁶. Tüm tıbbi uygulamalar hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır, bu müdahalelerde zararlı neticeler her an meydana gelebilmektedir. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır²⁶⁷. Örneğin ‘‘cerrahi bir müdahalede bulunmak için hastanın bayıltılması

²⁶⁵ Mustafa Kıcalıoğlu, ‘‘Yargı Kararları IşığındaDoktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu’’ **Terazi Hukuk Dergisi** Aralık 2006 Sayı 4, s.22.

²⁶⁶ Danıştay 15. Daire, 2015/ 8936E, 2016 / 1604K ve 10.03.2016 tarihli kararı, ‘‘...Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilir ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemez veya öngörülebilse bile (hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak kabulü gerekmektedir. Yine bu noktada, tıbbi standartlardan sapılmaması, mesleki tecrübe kurallarına riayet edilmiş olması gereklidir. Yine meydana gelen komplikasyon sonrası süreçte de uygulanan teşhis ve tedavinin de tıp kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu noktada komplikasyon sonrası yönetim süreci de hizmet kusurunun varlığını tespit etme adına önem arz etmektedir...’’

²⁶⁷ Ahmet Çolak, ‘‘Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları’’, **Hekim Forumu Dergisi**, Aralık2002 Ocak 2003 s.32.

halinde bu hastanın şok sonucu ölmesi her an için ihtimal dahilindedir”²⁶⁸. Fakat bu risk olgusuna rağmen, tıbbi müdahaleler yasaklanmamakta ve bunlardan meydana gelecek sonuçlar da hukuka aykırı sayılmamaktadır.

Meydana gelen zararlı neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapma ve riskleri olarak kabul görmekte, bu risk alanı içerisinde hareket eden sağlık personeli ise özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun hareket ettiği sürece cezai sorumluluk taşımamaktadır²⁶⁹. Bu durumlarda “izin verilen risk” kavramı ortaya çıkmaktadır.

Tıbbi müdahale kapsamındaki riskler, izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe komplikasyon olarak adlandırılırlar ve komplikasyonun varlığı halinde de tıbbi uygulama hatasından söz edilemez²⁷⁰. Ancak izin verilen riskin tıbbi karşılığının komplikasyon olduğu bir çok eserde belirtilmiş²⁷¹ olsa da bunun doğru bir tespit olduğu söylenemez. Çünkü tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale kapsamında oluşan komplikasyonlar zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş tıbbi uygulama yapılmaz ise ortaya çıkan komplikasyon tıbbi uygulama hatasına dönüşür ve sağlık personelinin sorumluluğunu gerektirir²⁷². Dolayısı ile ortada bir komplikasyon bulunmasına karşın sonrasında izin verilen risk alanının dışına çıkılması bir malpraktis durumunu ortaya çıkarmıştır. Günümüzde tıbbi uygulama hatası (malpraktis) açısından asıl sorgulanan konu, bu tip komplikasyonların ortaya çıkışı değil; ancak komplikasyonun farkına varılması ve farkına varıldığında yapılması gereken standart yaklaşımın gereğince uygulanıp uygulanmadığıdır.

²⁶⁸ Kayıhan İçel, **Ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluk**, İstanbul,1966, s.139.

²⁶⁹ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul,1972, s. 207; Y.13.HD.9.6.2006-6683 E. 9443 K. “Tıbbın gerçek ve kurallarına uygun davranmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz” aktaran Mustafa Kıcaloğlu, **a.g.e.**,s.24.

²⁷⁰ AhmetÇolak, “Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları”, **Hekim Forumu Dergisi**, Aralık2002 Ocak 2003 s.32.

²⁷¹Hancı, **a.g.e.**, s. 30.

²⁷² Ebru Sevindik Atıcı, **Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006, s. 69.

2.2.2.2. İzin Verilen Risk

Toplumsal yaşamın bir çok alanında gerçekleştirdiğimiz hareketler önceden öngörülebilir nitelikte bir çok zarar veya tehlike neticesini içlerinde barındırmaktadır. Birtakım hukuki yararların ihlali veya ihlal tehlikeleri olmaksızın bu hareketlerin yapılabilmesi mümkün değildir. Trafikte araç kullanımı, endüstri tesislerinin işletilmesi, inşaat alanlarında ve maden ocaklarında yapılan çalışmalar bu kapsamda gösterilebilecek basit örneklerdir. Sportif faaliyetler de, bünyesinde büyük bir risk barındıran ancak bu risk göze alınmaksızın gerçekleştirilemeyen bir başka örnek durumdur. Bilimsel gelişmelerin oldukça hızlı bir şekilde gerçekleştiği günümüzde riskin hayatın her alanına girmesi ile bu örnekler çok daha genişlemektedir.

Tıbbi müdahaleler de bir çok zarar ve tehlikeyi beraberinde getiren bu hareketlerden birini teşkil ederler. Bununla birlikte, içerdikleri kaçınılmaz ve tamamıyla bertaraf edilemez nitelikteki, her zaman ortaya çıkması mümkün risklerine rağmen bu müdahaleler kanun koyucu tarafından yasaklanmamakta hatta teşvik edilmektedir. Çünkü tıbbi müdahaleler, toplumsal gelişmeler ve bu gelişmelerin sonucu olarak insanların menfaati için yararlı ve gereklidirler²⁷³.

Tıbbi uygulamaların en önemli aktörleri olan hekimler kararlarında serbest olmalı, gerektiğinde ameliyat kararını rahatça alabilmeli ve en iyi müdahale yolunu, kendisini sorumluluktan kurtarma kaygısı altında olmadan seçebilmelidir.²⁷⁴ Bu durumda karşımıza izin verilen risk alanı çıkmaktadır. Genel bir tanımla izin verilen risk, toplumsal yararlar nedeniyle toplum tarafından tolerans gösterilen riskler şeklinde ortaya konulabilir²⁷⁵. İzin verilen risk kapsamında toplumsal bakımdan yararlı amaçları gerçekleştirmek için kaçınılmaz tehlikeleri yaratan ve bu tür tehlikeleri neticede gerçekleştiren kimsenin, tehlikeyi ortadan kaldırmak veya

²⁷³ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin verilen Risk**, İstanbul,1998 s.7; Özlem Yenerer Çakmut, “Tıbbi müdahalede bulunacak hekimin ceza hukuku açısından sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, Şubat 2003, s. 318.

²⁷⁴ Çakmut,**a.g.m.**, s. 319.

²⁷⁵ Ünver,**a.g.e**, s.10.

azaltmak için işin niteliğinin gerektirdiği şekilde davranması ve bireysel olarak da mümkün olan güvenlik önlemlerini alması halinde onun izin verilen bir şekilde hareket ettiği ve sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir²⁷⁶.

Tıbbi müdahale özelinde izin verilen risk alanı, tıbbın o gün itibarıyla ulaştığı seviyenin gereği olan metot ve usuller kullanılarak gerçekleştirilen teşhis, tedavi ya da operasyonlarda, meslek kurallarına uyulduğu, acemilik gösterilmediği sürece zararlı dahi olsa doğan sonuçlardan sorumlu olmamayı ifade eder. Çünkü hukuk düzeni, gereklerine uygun icra edilen bir tıbbi müdahalenin dikkat ve özen yükümüne de uygun hareket edilmiş olması halinde meydana gelebilecek ölüm yahut yaralanma sonuçlarını olağan saymış, bunu müdahalenin normal riski olarak kabul etmiştir ve hukuken kabul edilebilir bir müdahalede de hekimin sorumluluğundan söz edilemez²⁷⁷. Yargıtay da bir içtihadında “Yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi , tıp ilminin kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise, doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez” diyerek, hekimin izin verilen risk alanında gerçekleştirdiği müdahalesinden dolayı sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir²⁷⁸.

Tıbbi müdahalelerde, izin verilen risk kavramı çeşitli şekillerde açıklanmakta ve bu açıklamalar kapsamında bu kavrama farklı işlevler yüklenmektedir.

Bir görüşe göre izin verilen risk kavramı dikkat ve özen yükümlülüğüne riayetsizliğin bulunmamasını sağlayan bir unsur olarak, kusurluluk ile birlikte bulunan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebin değişik bir ifadesini teşkil etmektedir. İzin verilen risk ile taksirin bulunmadığı görüşü ile hakkın icrası görüşleri örtüşmektedir. Bu görüşteki Bayraktar’a göre, taksirli durumlar izin verilen riskin veya hakkın icrasının sınırlarının dışına çıkılması halinde belirmektedir²⁷⁹. Özek tarafından savunulan bir başka görüş ise, izin verilen risk kavramının aslında nedensellik bağının

²⁷⁶ Ünver, **a.g.e.**, s. 11.

²⁷⁷ Çakmut, **a.g.m.** , s. 318.

²⁷⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. 29.06.1967 tarih 2876-5612 Esas - Karar.

²⁷⁹ Bayraktar, **a.e.**, s. 209.

kesilmesinin bir şekli olduğunu savunmaktadır. Yazar bu tür bir tıbbi müdahalede meydana gelen ölüm veya yaralanma neticesinin müdahaleyi yapan doktorun kusurundan değil, doğal bir sapmadan meydana geldiği ve doktorun müdahalesi ile netice arasında bir nedenselliğin bulunmadığını belirtmektedir²⁸⁰.

Ayrık bir görüş olarak izin verilen riskin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği görüşler ise, tıbbi müdahalelerin normal risk ve sapmalarının cezai sorumluluğu doğurmayacağını savunmaktadırlar²⁸¹.

Bir başka görüşe göre ise, izin verilen risk, işin niteliğinin gerektirdiği özenden hareketle somutlaştırılan diğer araçlar yanında bir yardımcı araçtır. Bu nedenle, izin verilen riske bir kendine özgü hukuka uygunluk sebebinin rolünü vermek yanlış olacaktır. Kavramın önemi, objektif olarak gerekli özenin neyi içerdiğini göstermesidir. Ünver de bu görüşe paralel olarak izin verilen risk kavramının ayrı bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediğini, mevcut hukuka uygunluk sebeplerinin yanında fiilin objektif isnadiyetini ortadan kaldıran bir unsur olduğunu belirtmektedir²⁸².

Bu görüşler kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekirse icra edilen tıbbi uygulama kapsamındaki hareketlerin, bireylerin hukuki yararlarını ihlali ile nedensel değer taşıdığı açıktır. Burada çözülmesi gereken husus, bu fiilini kasten icra eden hekimin netice bakımından sorumlu olup olmayacağıdır ki bunu da açıklamaya en elverişli görüş objektif özen yükümlerine uyan hekime vuku bulan neticenin objektif olarak isnad edilemeyeceği görüşüdür. Kanaatimizce de en makul çözüm bu olacaktır.

Sonuç olarak objektif özen yükümlülüğünün sınırlarını ortaya koyan izin verilen risk çerçevesinde “tıp mesleğinin gerekleri yerine getirilerek yapılan bir tedavi

²⁸⁰ Ünver, **a.g.e.**, s. 335.

²⁸¹ Ünver, **a.e.**, s.334.

²⁸² Ünver, **a.e.**, s. 197.

veya cerrahi müdahalede sonuç olumlu ya da olumsuz olsa da” sağlık personeli cezalandırılmayacaktır²⁸³.

2.3. TIBBİ MÜDAHALEDE TAKSİRLİ SUÇLAR

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek hastanın ölümüne veya yaralanmasına sebep olması durumlarında kanun koyucu hekimin taksirli eyleminden cezalandırılmasını düzenlemiştir. Taksiri oluşturan tipik davranışlardan tedbirsizlik, belirli bir olumsuz neticenin meydana gelmesine engel olabilecek tedbirlerin alınmayışı iken, dikkatsizlik, özene aykırı biçimde gerçekleştirilen icrai hareketi ifade eder²⁸⁴.

Alınması gerekli tedbirler, ortak hayat veya meslek tecrübesinin gerekliliklerine dayanmaktaysa, ihlalinde tedbirsizlikten söz edilmektedir. Bu açıdan objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, belirli bir müdahaleyi icra etmesi gerekirken, ihmal gösteren hekim, işbu tedbirsizliği ile zarar arasından nedensellik bağı kurulduğu takdirde, olumsuz neticeden sorumlu tutulacaktır. Yapılması gerekli tetkiklerin yapılmaması veya belirli bir müdahalenin olası reaksiyonu halinde kullanılması gerekli ekipmanın bulunmaması halinde tedbirsizlikten söz edilebilecektir²⁸⁵. Hekimin dikkatsizlik oluşturan davranışı ise tıp biliminin kurallarına uyulmayan hareketlerin gerçekleşmesi, örneğin hastaya ağır dozda ilaç verilmesi ile gerçekleşir²⁸⁶.

Hastanın yaralanması ya da ölmesi neticesine göre de ilgili madde hükümleri uygulanır. Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suç tipleri TCK bakımından ayrı ayrı

²⁸³ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1992, c.2, s.203.

²⁸⁴ İçel, **Ceza hukukunda taksirden doğan sübjektif sorumluluk**, s.198-199.

²⁸⁵ Emre Dizdar, “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, Haziran 2018, İstanbul, s.164.

²⁸⁶ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 216

maddelerde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK ile birlikte taksirle öldürme 85. maddede, taksirle yaralama suçu ise 89. maddede düzenlenmiştir.

2.3.1. Hekimin Taksirle Öldürme Suçu

Taksirle öldürme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişilere Karşı Suçlar kısmının Hayata Karşı Suçlar başlıklı bölümünde 85. madde de düzenlenmiş olup maddenin ilk fıkrasında suçun temel şekline yer verilirken ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli halleri kanunlaştırılmıştır.

“(1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan) altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”²⁸⁷

2.3.1.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Taksirle öldürme suçunda korunan hukuki değer; yaşama hakkıdır. Yaşama hakkı hem kişisel hem de toplumsal bir değer taşımaktadır. Dolayısıyla bu hakkın ihlaline yönelik fiillerin taksirli de olsa bir yaptırımı mevcuttur.

2.3.1.2. Suçun Maddi Unsurları

2.3.1.2.1. Fail ve Mağdur

Suç, neticenin meydana gelmemesi için dikkatli ve özenli davranmakla yükümlü olan, herhangi bir kimse tarafından işlenebilir nitelikte ise de konumuz bakımından suçun faili hekim olabilecektir. Mağdur ise herhangi bir insandır. Suçun oluşması için önemli olan mağdurun eylem tarihinde hayatta olmasıdır. Bu durumda sağ olarak doğduğu andan ölümü anına kadar her birey suçun mağduru olabilecektir²⁸⁸.

²⁸⁷ R.G.25611 Sayı 12.10.2014.

²⁸⁸ Gökcan, **a.g.e.**, s.517.

Anne karnındaki bir bebek suç mağduru olamazken, beyin ölümü gerçekleşen bir kimseye karşı da bu suç işlenemez²⁸⁹.

2.3.1.2.2. Fiil

Taksirle öldürme suçunun maddi unsuru, taksire dayalı ihmali veya icrai bir hareket ile bir kişinin ölümüne sebep olmaktır. Burada önemli olan yapılan hareketin “bir insanın ölümüne neden olabilecek” nitelikte bulunmasıdır²⁹⁰.

Failin hareketi ile netice arasında bir ilişki bulunmalıdır. Öyle ki ölüm sonucunun failin hareketi neticesinde olması gerekmektedir. Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında “Taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir. Sonucun tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır” içtihadını ortaya koymuştur²⁹¹.

Hekimin hatalı müdahalesi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı yoksa hekimi sorumlu tutmak mümkün olmaz. Çünkü taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmalıdır²⁹².

Failin taksirli hareketine başka sebeplerin katılmasıyla meydana gelen ölüm neticesinin olduğu durumlarda fail taksirle öldürme suçundan değil taksirle yaralama suçundan sorumlu olur²⁹³.

Fail konumundaki hekim bu suç yönünden ancak netice öngörülebilir durumda ise suçlanabilecektir. Öngörülebilir olmayan netice karşısında hekimin taksirli suç

²⁸⁹ Bilge Nur Ürekli, “Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu”, İstanbul, 2017, s.79.

²⁹⁰ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt 2, Seçkin, Ankara 2008, s.375.

²⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16.10.2007 Tarih 192/221 Esas Karar.

²⁹² Gökcan, **a.g.m.**, s. 518.

²⁹³ Ürekli, **a.g.e.**, s.78.

bakımından dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünden ve buna aykırılığından söz edilemez²⁹⁴.

2.3.1.3. Manevi Unsurlar

Failin (Hekimin) basit veya bilinçli taksir ile hareket ederek istenmeyen neticeye sebep olması aranır. Burada neticenin öngörülebilir olması ve failin hareketi sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. Hekimin yukarıda izah ettiğimiz üzere öngörülebilir neticeyi öngörmeden gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin sonuçlarından basit taksirle, neticeyi öngörüp istemediği hallerde de bilinçli taksir ile hareket ettiği kabul edilir.

2.3.1.4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşması eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. TCK. 85 madde suçu hukuka uygunluk sebepleri bakımından bir özellik göstermez. Hekimlik görevinin ifası, ilgilinin rızası şeklinde açıkladığımız hukuka uygunluk nedenleri uygulama alanı bulacaktır.

2.3.1.5. Suçun Nitelikli Halleri

Hekimin, tedbirsiz ve dikkatsizliği neticesinde birden fazla insanın ölümüne ya da birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi hali taksirle öldürme suçu bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmektedir.

Hekimin bilinçli taksir ile hareket ederek, ölüme sebebiyet vermesi durumunda TCK madde 22/3'e göre cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır.

2.3.2. Hekimin Taksirle Yaralama Suçu

²⁹⁴ Gökcan, a.g.e., s.518.

Taksirle yaralama suçunda fail objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sebebiyle öngörülebilir yaralama neticesini öngörememesinden ve bu hususta bir önlem almadığı için neticeden sorumlu olur.

Taksirle yaralama suçu TCK'nın kişilere karşı suçlar bölümündeki 89. madde de yer almaktadır.

“(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 fıkraya 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 fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”²⁹⁵

2.3.2.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuksal değer; insan bedeninin bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı, insanın fiziksel ve ruhsal rahatlığı, iyiliğidir²⁹⁶.

2.3.2.2. Suçun Maddi Unsurları

2.3.2.2.1. Fail ve Mağdur

TCK. 89 madde suçu yönünden fail ve mağdur yukarıda taksirle öldürme suçuyla eş özellikte olup, önceki başlıkta yapmış olduğumuz açıklamalar yaralama suçu için de geçerli kabul edilmektedir.

2.3.2.2.2. Fiil

Yaralama suçunun oluşabilmesi için failin hareketi sonucu mağdurun vücuduna acı vermesi, sağlığını ya da algılama yeteneğini bozması gerekir.

Kanun koyucunun yaralama neticesini izah ettiği norm TCK. 86 maddesi olup bu maddeye göre; “...başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama

²⁹⁵ R.G.25611 Sayı 12.10.2014.

²⁹⁶ Gökcan, **a.g.e.**, s.551; Ürekli, **a.g.e.**, s.86.

yeteneğinin bozulmasına neden olan...” yaralama eylemine vücut veren kişi olarak kabul edilmektedir. Bu tanım hekimlerin tıbbi müdahalelerin sıkça vücut verdikleri tipik eylemleri karşılamaktadır.

Sağlığın bozulması; kişinin mevcut sağlığının kötüye gitmesine ya da mevcut hastalık veya sağlık sıkıntısının daha kötüye gitmesine sebebiyet veren yaralama hareketleri bu kapsamda kabul edilmektedir. Sağlığın bozulması durumu süreklilik arz etmek zorunda değildir. Geçici bir süre bozulması da suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir. Algılama yeteneğinin bozulması ise ruhsal varlığın sağlıklı olarak sürdürebilmesi yönünden kişiye göre normal olan durumdan sapmaları ifade eder. Tıp bilimi tarafından akıl hastalığı sayılan durumlar bu kapsamda değerlendirilmekte, akıl hastalığına girmese dahi bir kimsenin algılama, düşünme, düşüncesine ve iradesine göre hareket etme yeteneğindeki herhangi bir bozukluk da bu kapsamda değerlendirilir²⁹⁷.

Hastanın ruhsal bütünlüğünde de yaralama suçu meydana gelebilir. Şöyle ki; psikolojik tedavi faaliyetlerini gerçekleştiren hekim, hastanın ruhsal durumunda daha da bozulmaya yol açarsa yaralama suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Yapılan hareketler sonucu, mağdurun sinir krizi geçirmesi de sağlığın bozulması kapsamındadır²⁹⁸.

2.3.2.3. Manevi Unsurlar

TCK. 89 madde suçu yönünden manevi unsurlar yukarıda taksirle öldürme suçuyla eş özellikte olup önceki başlıkta yapmış olduğumuz açıklamalar yaralama suçu için de geçerli kabul edilmektedir.

2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

²⁹⁷ Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s.138.

²⁹⁸ Gökcan, a.g.e., s.553.

Taksirle yaralama suçunun oluşması da eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Taksirle yaralama suçunun hukuka aykırılık unsuru, taksirle öldürme suçunda geçerli hükümler ile aynı niteliktedir.

2.3.4. Suçun Nitelikli Halleri

2.3.4.1. Failin Birden Fazla Kişinin Yaralanmasına Neden Olması

TCK. 89/4 madde fıkrası gereği hekimin eylemi sonucunda birden fazla kişinin yaralanması, suçun yaptırımı bakımından cezada ağırlaştırıcı bir sebep teşkil eder.

2.3.4.2. TCK 89/2. Ve 89/3 Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştıran Haller

Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale neticesinde kanun koyucunun maddenin 2. Ve 3. Fıkrasında sınırlı şekilde saydığı hallerden birinin meydana gelmesi halinde takdir olunacak cezada artırılma gidileceği, bu durumların netice sebebiyle ağırlaşan nitelikte haller oldukları düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI VE KUSURUN TESPİTİ

3.1. UYGULAMA HATASI (MALPRAKTİS)

3.1.1. Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramı

Dilimize tıbbi uygulama hatası olarak çevrilebilen malpraktis, Latince “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiş olup, “kötü, hatalı uygulama” anlamındadır¹. Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal² şeklinde özetlenen bu terimler bir çok şekilde tanımlanmaktadır.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. Maddesinde malpraktis:

“Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir”³.

Bir başka tanım ise Dünya Tabipler Birliği tarafından yapılmış ve 1992 yılındaki 44. genel kurulda, tıbbi uygulama hatası “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” olarak tanımlanmıştır⁴. Benzer bir tanım Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı’nda benimsenmiş ve tasarının 3. Maddesinde tıbbi kötü uygulama, “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” şeklinde açıklanmıştır.

¹ Gürsel Çetin, “Tıbbi Malpraktis”,Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, ss.31-42, s.31.

² Hancı,a.g.e., s.30.

³ Hakeri, Tıp Hukuku, s.779.

⁴ Polat,a.g.e., s.31.

Doktrin tarafından da tıbbi uygulama hataları çeşitli şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. Bir görüş malpraktisi yalnız tedavi hatası kapsamında ele alırken⁵, daha geniş bir tanımlamaya göre tıbbi uygulama hataları “hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların” tamamını içermektedir⁶. Başka bir tanıma göre ise, doktorun uygulanabilir bir bakım veya tedavi standardını ihlal ederek hastaya zarar vermesidir⁷. Bütün bu tanımların ortak noktası, hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda hastanın maddi veya manevi zarara uğramasıdır.

Tıbbi uygulama hatası, teşhis hatası, tedavi hatası, organizasyon hatası, üstlenme hatası şeklinde tıp uygulamasının bir çok aşamasında karşımıza çıkan bir üst kavram niteliği taşımaktadır⁸. İcrai veya ihmali surette ortaya çıkabilecek uygulama hatalarının, bu alt başlıklarının da ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

3.1.2. Tıbbi Uygulama Hatası Türleri

3.1.2.1. Teşhis Hatası

Teşhis, “en doğru tedavi yolunu gösteren bir tıbbi işlemdir”⁹. Hekimin teşhis yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir hukuksal düzenleme bulunmamaktadır¹⁰. Ancak hekim teşhis için gerekli bütün tıbbi müdahaleleri, tetkikleri yapmak ve elde ettiği sonuçları da tıp biliminin gereklerine uygun olarak yorumlamak yükümü altındadır. Bu kapsamda ortaya çıkan hatalar teşhis hatası olarak adlandırılırlar¹¹. Teşhis sürecinin gecikmesi, bilime aykırı, güncel olmayan, eksik usullerle hatalı teşhis ya da teşhis

⁵ Bkz.Cengiz Hortoğlu, “Tedavi Hataları”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2006, s.12.

⁶ Çetin,**a.g.e.**, s. 31.

⁷ Kıcaloğlu,**a.g.e.**, s.17,18.

⁸ Hakeri,**Tıp Hukuku**, s.783.

⁹ Aşçıoğlu,**a.g.e.**, s. 79.

¹⁰ Şenocak, **a.g.e.**,s.61.

¹¹ Hakeri,**Tıp Hukuku**, s.789.

konulamaması, testin uygulanması sırasına yapılan hatalar neticesinde hastaya zarar verilmesi teşhis hataları niteliğinde eylemlerdir¹².

Hekimlerin ortaya koydukları tanıların mutlak, kesin ve güvenilir olduklarından söz edilemez. Hekimlerin, teşhis aşamasında yaptıkları faaliyet aslen hastalığın az ya da çok tanınmasından ibarettir.¹³ Ancak olanakları dahilinde tanı konulabilecek bir vakada hastalığın tanısının konamamış olması bir tıbbi uygulama hatasını sonuçlayacak ve hekimin sorumluluğunu gerektirecektir. Örneğin bir kadın doğum uzmanının, anne ve bebeğin klinik durumunu doğru olarak değerlendirememesi, yüksek riskli gebelikleri belirleyememesi tıbbi hata olarak sık ortaya çıkan durumlardır¹⁴.

Hekimin yükümlülüğü, tıbbi müdahalenin her aşamasında olduğu gibi bu aşamada da başarılı olmak yani başarılı teşhis yapmış olmak değildir. Hekim, uzmanlığının, hastalığın gerektirdiği şekilde hareket etmek yükümlülüğü altındadır. Uygulamada hekimlerin teşhislerindeki başarısızlık, çoğu kez hekim dışı faktörlerden ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile her teşhis hatası bir tedavi kusuru olarak nitelendirilemez.

Yapılan işlemler neticesinde konulan teşhis, o an için doğru gözükmeyle birlikte sonrasında yanlış olduğu ortaya çıkabilir. Çünkü hastalık belirtileri çoğu kez çok açık olmazlar ve değişik sebeplere işaret edebilirler¹⁵. Değişik kaynaklardan alınan verilerin de hata paylarının bulunduğu gözetildiğinde, kesin ve doğru tanının sınırlarının olacağı kabul edilmelidir. Hekimin bilgisi, deneyimi veya becerisi onu her zaman teşhis hatalarından uzak tutamaz¹⁶.

¹² Sermet Koç, “Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis Ve Hekim Sorumluluğu”, s.15. www.toraks.org erişim tarihi, 14.03.2019

¹³ Hakeri, **a.e.**, s.790.

¹⁴ Polat, **a.g.e.**, s.35.

¹⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.789.

¹⁶ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.80.

Yüksek Sağlık Şurası'nın yanlış teşhis koyulup koyulmadığına dair raporunun istendiği bir vakada Şura, “akut apandisit tanısının zor koyulduğunu”, hekimin gerekli ortalama özeni göstermesine karşın bronşit-gastrit teşhisi koymasının onun kusurunu sonuçlamayacağını belirtmiştir¹⁷. Yabancı mahkemelerden verilen kararlar da hekimin yaptığı teşhisin değerlendirici bir yargı olduğuna, fiili gözlemlerden çıkarılan sonuçların söz konusu olduğuna, ortaya konan teşhisin hastanın şikayetlerinin tıbbi nedenlerinin neler olabileceğine dair hekimin kanaatini ortaya koyduğuna ve dolayısıyla da her zaman aksinin ortaya çıkmasının mümkün olabileceğine işaret etmektedirler¹⁸. Bu veriler de göstermektedir ki teşhisin başarıya ulaşmamış olması her zaman bir tıbbi uygulama hatasını sonuçlamayacaktır.

Hekim, tıbben gerçekleşecek olanları keşfetmemekten de sorumlu tutulamaz. Örneğin check-up yaptıran bir kimsenin tetkik sonuçları iyi çıkmasına karşın ertesi gün kalp krizi geçirmesinde kontrolü yapan hekim kural olarak sorumlu değildir¹⁹.

Hekimin, ortaya çıkan yanlış teşhisten bir uygulama hatası olarak sorumlu tutulması ancak belirli durumlarda söz konusu olabilmektedir. Hekim, eksik araştırma ve nitelendirme hatası halinde sorumlu olacaktır²⁰. Bu durumlarda da hekimin temel bir hatasının varlığı halinde sorumluluğu gündeme gelmelidir.²¹

Doktor tanı koymada, araç olarak kullanması zorunlu olan tüm yöntem ve araçları tüketmek zorundadır. Bunlardaki eksiklik doktorun kusurunu ortaya koyar²². Teşhis hatası hekimin gerekli ve önemli bulgulara ulaşmak için hiç girişimde bulunmaması, geç veya yetersiz girişimi şeklinde oluşabilir. Örneğin bir kafa travmasında kafa grafisinin çekilmemesi nedeniyle kafatasındaki çökme kırığının

¹⁷ Hancı, **a.g.e.**, s.54.

¹⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s.791.

¹⁹ Öztürkler, **a.g.e.**, s.302.

²⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2014 / 19276 E, 2015 / 12213 K 30.06.2015 tarihli kararında taksirle öldürme suçundan yargılanan sanık hekim hakkında “... zamanında hemotoraks tanısı konularak tıbbi ve cerrahi tedavisinin yapılmamış olması nedeniyle Fethiye Devlet Hastanesinde görevli Dr. ... kusurlu olduğunun...” ifadeleri ile “teşhis hatası”nın varlığına ve sanığın cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

²¹ Hakeri, **a.g.e.**, s.791.

²² Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 81.

saptanamaması bir teşhis hatası teşkil edecektir²³. Ancak hekimden beklenen her durumda imkan dahilindeki tüm tetkikleri yaptırması değildir.

Hastalık ne kadar belirgin ise, hekim de o kadar hastaya yük yükleyici ve masraf çıkarıcı teşhis yöntemlerinden vazgeçebilir. Belirtilerin ağır bir hastalığa işaret etmesi durumunda ise, hekim hastalığı açığa çıkarmaya yönelik tüm tedbirleri almalıdır²⁴. Örneğe dönülecek olursa, hekimin yükümlülüğü her basit kafa travması olgusuna kafa grafisi çekmek değildir. Kaldı ki hiçbir bulgusu olmayan basit bir kafa travmasında böyle bir kırık, kafa grafisi çekilmediği için atlansa bile, bu hata izin verilen risk sınırları içerisinde değerlendirilebilir. Aynı kafa grafisinin, kafasına sert bir cisimle vurulması sonrasında şuur kaybı tanımlayan, bulantı ve kusması olan bir hastada çekilmemiş olması halinde ise bir kusur ortaya çıkacaktır.²⁵ Dolayısı ile araştırmada açık bir eksiklik halinde hekimin kusuru gündeme gelmelidir.

Yargıtay teşhis hatasını konu alan bir içtihadında “Basit bir parmak muayenesi ile biyopsi yapmadan rektum kanseri tanısı konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu ömrünün sonuna kadar büyük abdestini karnından yapmak durumunda bırakılmasında davalı yüzde yüz kusurludur” hükmünü vermiştir.²⁶

Hekimin bu kapsamdaki tıbbi uygulama hatasına öğretide ise şu örnek verilmektedir: “Beyin kanaması ve beyin tıkanması, hastada koma hali yaratmaları ve yüz renginin dışında aynı belirtileri göstermeleri dolayısıyla birbirlerine çok benzemektedir. Kanama ve tıkanmayı teşhis ve tedavi edebilmek için hekimin öncelikle hastanın belinden su alması zorunludur. Suyun kanlı olması beyin kanamasını, kansız olması ise tıkanmayı ortaya çıkarmaktadır. Hekimin bunu yapmadan müdahaleye girişmesi, hastayı ölüme kadar götürebilen ters sonuçlar

²³ Çetin,a.g.e., s.39.

²⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.791.

²⁵ Çetin,a.g.e.,s. 39.

²⁶ Y.HGK. 16.02.1972- 1971/4-137/105 Aşçıoğlu, a.g.e.,s.81.

meydana getirmektedir. Böylece hekimin hastanın belinden su almaması ihmal ve tedbirsizlik teşkil etmektedir.”²⁷

Bir doktorun bizzat muayene ile sağlık durumu hakkında doğrudan tanı koymadığı bir kimse hakkında üçüncü kişilerin ifadesine dayanarak gerçek dışı teşhiste bulunması doktorun sorumluluğunu doğuracaktır²⁸. Ancak hasta yakınlarının sözlü açıklamalarına dayanan uzaktan teşhisler çok istisnai durumlarda kabul edilmektedir. Buna benzer bir durum olarak hastayı daha önce muayene eden kliniklerin ilaç tavsiyelerini bizzat muayene yapmaksızın devam ettiren, ilaçların yan etkilerini araştırmayan, hastanın gittikçe artan şikayetlerini tetkik etmeyen²⁹ hekimin de hatalı tıbbi uygulamadan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir.³⁰

Doktor, tanı koymak için pozitif ve biyolojik tanı araçlarının yanı sıra gerektiğinde bir meslektaşını konsültasyona çağırmalı veya daha uzman kuruluşların yardımını sağlamalıdır.³¹ Hastanın şikayetleri ve bulguları ortaya çıkartılamadıysa ve belirli bir hastalığa ilişkin kesin bir görüntü sunmuyorsa, önemsiz bir hastalık söz konusu olmadıkça, hekim mutlaka ek muayeneler yapmalıdır.³²

Gerekli araştırmaların yapılması sonrasında sıra elde edilen bulguların ve tetkiklerin değerlendirilmesine gelecektir³³. Hekim nitelendirmeyi yaparken bir mantıksal işlem ortaya koyar. Bu nedenle çeşitli yorumlara uygun verilerin doğru

²⁷ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 212 dn.43.

²⁸ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.81; “Hekim eğitiminin yeteri kadar iyi olmamasının, eğitimcilerin de iyi olmamasının, yeterli tecrübenin bulunmamasının mazur görülebileceği, ancak bizzat muayene yapmadan tıbbi müdahale yapılmasının ise mazur görülemeyeceği...” Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Kararı, Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.795.

²⁹ “Sık tekrarlanan hemoroit şikayetine rağmen, teşhise yönelik rektal muayenenin yapılmamış olması” Hakeri **a.e.**, s.797, “Hastanın hikayesinde bir haftadan beri gelip geçen veya sürekli bir şekilde prekordial ve restrosteral şiddetli bir ağrı bulunmasına rağmen kalp nevrozu teşhisi koymaması...” YSŞ kararı 22.11.1967,6177, Bayraktar, **a.g.e.**, s.217 .

³⁰ Hakeri, **a.e.**, s.796.

³¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, 81; “...hastanın düzenli kontrollere gelmesi, bebeğin sağlığı hakkında bilgi talep etmesi üzerinde doktorun radyoloji uzmanı meslektaşdan konsültasyon istemesi uygun olurdu...” Hancı s.61.

³² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.797.

³³ Çetin, **a.g.e.**, s.39.

tanımlanmasında bir nitelendirme kusuru olmamalıdır³⁴. Ancak yapılan araştırmalar çok açık bir hastalık belirtisini ortaya koymuş ancak hekim bunu teşhis edememiş ise bir tıbbi uygulama hatasından söz edilmelidir³⁵. Çünkü hekim, başarılı teşhisle yükümlü olmasa da araştırma verilerini tıp biliminin ortaya koyduğu bilgilere göre değerlendirmekle yükümlüdür.³⁶ Aynı örneğe dönülecek olursa, hastanın grafisi çekilmiş olmasına karşın çökme kırığının görülememiş olması bu duruma bir örnek teşkil eder. Çekilen grafideki kırığın açıkça görülebilir olmasına karşın fark edilememesi ağır bir nitelendirme kusuru oluşturacaktır³⁷. Burada yine hekimin, ortalama bir hekimden göstermesi beklenen dikkat ve özen yükümüne uygun hareket edip etmediğine göre değerlendirme yapılacaktır.

3.1.2.2. Tedavi Hatası

Tıbbi uygulama hatalarının ortaya çıkabileceği ikinci aşama tedavi aşamasıdır. Bazı durumlarda tanı doğru olmakla birlikte hekimin uygun bulduğu ve uyguladığı tedavi geçerli tıbbi bilgiler ışığında uygunsuz ya da yetersiz olabilir³⁸. Hekimin tıbben gerekli olan bir hareketi yapmaması tedavi hatası olabileceği gibi, tıbben gerekli olmayan bir hareketi yapması da tedavi hatasıdır. Hekimin tıbbi müdahale sırasında ve sonrasında hatalı karar vermesi de tedavi kusuru olarak değerlendirilir³⁹. Tedavi kusurunun belirlenmesinde genel kural ve tıbbi standartlardan ne kadar sapılmış olduğu önemlidir⁴⁰.

³⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s.82.

³⁵ Hakeri, a.g.e., s.791.

³⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., s.82.

³⁷ Çetin, a.g.e., s.39.

³⁸ Oğuz Polat, "Tıbbi Uygulama Hataları", (çevrimiçi) <http://www.adlitip.org.tr/?p=52>, 05.10.2009.

³⁹ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.798.

⁴⁰ Bkz. Danıştay 15. Daire, 2015/ 8936E, 2016 / 1604K ve 10.03.2016 tarihli kararı, "...Bakılmakta olunan davada, davacının her iki göz kapağındaki düşüklük şikayetiyle yaptığı başvuru nedeniyle davalı idarece, 17.05.2012 tarihinde "Bilateral bitöz cerrahisi" ile yapılan operasyon sonrasında davacının göz kapağının yukarı kalkması (overconnection) nedeniyle göz kapaklarının tam kapanmaması ve görme bozukluğu olduğu görülmüştür. Pitozis düzeltme operasyonunu icra edecek bir uzmanın göz kapağını ne kadar yukarı kaldırması gerektiğini öngörmesi uzmanlığının bir gereği olmalıdır. Operasyon sonrası göz kapağının kapanamayacak bir şekilde yukarı kalkması öngörülemez veya öngörülse bile önlenemeyecek olan bir sonuç değildir. Öte yandan, yapılan operasyonun birden fazla aşamalı olmayıp tek süreçte sonlandırılabilen bir operasyon olması nedeniyle adli tıp kurumunca ikinci

Tedavi hatası kapsamı içerisinde çok değişik hatalı uygulamalar bulunmaktadır. Bunlardan önem arz eden bir kaçı üzerinde ayrı ayrı durulması yerinde olacaktır.

3.1.2.2.1. Araç ve Metod Seçiminde Hata

Hekim kural olarak tanı ve tedavide kullanacağı araç ve metodları seçmekte serbesttir. Ancak hekim seçimini yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı ve seçimini haklı gösterebilmelidir. Hekim hastası için en az acı verecek, en az tehlikeli yöntemi seçmek durumundadır⁴¹. Yerleşmiş tedavi yöntemlerinden ayrılan doktor bu tercihini objektif nedenlere dayandırmalıdır. Örneğin o hastalığın tedavisinde yaygın bir şekilde kullanılan ilacı tercih etmeyen hekim bu ilacın o hasta bakımından daha tehlikeli durumlar doğurabileceği nedenine dayanıyorsa objektif bir nedene dayanıyor demektir.⁴² Haklı neden olmaksızın tehlikeli yöntemin seçilmesi doktorun sorumluluğunu gerektirir. Örneğin hekimin ilaç tedavisi ile iyileşmesi mümkün bir hastalık (duodanal ülser) durumunda ameliyat yöntemini seçmesi⁴³, ya da yalnız apseli olan dişin çekilmesi⁴⁴ durumlarında hekimin araç ve metod seçiminde hata yaptığı söylenebilir .

bir müdahale ile giderilebilecek olunmasının, durumu bir komplikasyon olmaktan çıkardığı da tartışmasıdır. Bu durumda operasyonda göz kapaklarına yapılan müdahalenin tıbbi standart dışına çıkılarak cerrahi müdahalenin kusurlu yapılması nedeniyle olduğu açık olup anılan tıbbi olumsuzlukların hizmet kusuru kavramının niteliği dikkate alındığında komplikasyondan öte, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi ve meslekte acemilikten doğduğu sonucuna varılmıştır...”

⁴¹ Bkz. Danıştay 15.Daire, 2016/4982E, 2017/1471K ve 30.03.2017 Tarihli karar “...İstanbul 8. İdare Mahkemesince; 18.03.2008 tarihinde Hastanesi'ne doğum yapmak üzere yatırılan 'in doğum sırasında birtakım problemler yaşanması ve doğumun normalden fazla sürmesi üzerine, bebeğin baş bölgesinin, anne rahminde, kritik noktaları aşıp aşmadığı araştırılmadan anne rahminden çıkarılması için vakum yönteminin denendiği, sezaryenle doğumun gecikmeli olarak gerçekleştirildiği, bebeğin yanlış müdahale sonucunda geç tahliye edilmesinin, bebeğin beyninin oksijensiz kalmasına ve bebekte kalıcı hasarlar oluşmasına neden olduğu, sağlık kurulu raporuna göre %83 oranında özürlü olduğunun tespit edildiği, tedavinin yanlış ve geç uygulandığı gerekçesiyle çok ağır maddi ve manevi zarar gördükleri mevcut zararlarının yasal faizi ile birlikte davalı idareden tahsilinin davacılar tarafından istenilmiş olduğu...”

⁴² Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.82; Hakeri, **a.g.e.**, s.357.

⁴³ Hancı, **a.g.e.**, s.103.

⁴⁴ “Dişhekimini kurtarabileceği bir dişi çekerse hatalı uygulamada bulunmuş olur.”(Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, 19 Nisan 1981) Namal, **a.g.e.**

Doktor kesin tartışmasız tanı ve tedavi yöntemi olan durumlarda bunlara uymamasından doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Ayrıca yerleşmiş tedavi yöntemlerinden ayrılan doktor, olağandan fazla dikkat ve özen göstermeli ve tercih ettiği tedavinin sonuç vermediğini gördüğü an standart metodları uygulamaya geçmelidir.

Hekimin araç ve metod seçimindeki özgürlüğü mutlak değildir. Nitekim hekim seçimlik metodların varlığı halinde hastasına danışmalı, onun vereceği karara göre tedaviyi sürdürmelidir⁴⁵. Aksi halde hekimin gerek rıza yönünden gerek doğacak zararlardan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁶

3.1.2.2. Hasta Vücudunda Yabancı Madde Unutulması

Yabancı madde unutulması şeklinde gerçekleşen tıbbi uygulama hataları tedaviye eşlik eden hata olarak adlandırılmaktadır. Özellikle cerrahi müdahalelerde ortaya çıkan bu durum, hastanın sağlığında ciddi zararlara hatta ölümlere yol açabilmektedir.⁴⁷

Hekimlerin tedavi kusurları yalnız norm haline gelmiş tıp kurallarıyla sınırlı değildir, hekim tedavi nedeniyle hastanın zarar görmemesi için durum ve koşulların gerektirdiği özeni göstermek zorundadır. Doktorun eylemlerinde kusur kendisinden beklenen gerekli özeni ve sadakat yükümlülüğünü eksik veya hiç yerine getirmediği hallerde oluşur. Kusurun tespitinde objektif ölçü dikkate alınır⁴⁸.

Bu kapsamda özen eksiklikleri en çok ameliyatlarda hastanın tedavi nedeniyle açılan vücut boşluklarında kompres, tampon gibi maddelerin unutulması şeklinde

⁴⁵ “Endike ise, hasta daha masrafsız olan amalgam dolgu olanağından haberdar edilmelidir. Masrafi artıran pahalı metal inley ya da dişin renginde estetik dolgular ancak endikasyon bulunuyorsa hastaya tekliif edilmelidir.(Koblenz Eyalet Yüksek Mahkemesi , 2 Mart 1999)” Namal, **a.g.e.**

⁴⁶ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.83.

⁴⁷ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.802.

⁴⁸ Bkz. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 1982/ 7237E, 1983 / 1783 K ve 14.03.1983 tarihli karar, “...*Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutulması, biziatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır...*”

ortaya çıkmaktadır. Bu unutkanlıkların sağlık personelinin, özellikle de hekimin kusurundan sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında tıbbi müdahale esnasında vücutta yabancı madde unutulması tedavi hatası olarak görülmekte ve operatör hekimin sorumluluğu kabul edilmektedir⁴⁹. Danıştay da içtihatlarında bu görüşü kabul etmiş ve oluşan tedavi hatası dolayısı ile idarenin sorumluluğunun söz konusu olduğuna karar vermiştir⁵⁰.

Bu çeşit unutkanlıklarda doktorun sorumluluğuna gidilmesi, karşılaştırmalı hukukta da karşımıza çıkmaktadır. Fransız Hukuku'nda yaralar içerisinde alet veya kompreslerin unutulması, 1931'den bu yana bir tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir. Sonrasında da bu yönde bir çok mahkeme kararı ortaya koyulmuştur. Fransız İstinaf Mahkemesinin bir içtihadı uyarınca doktor, ameliyattan önce veya sonra kullanma zorunluluğunda olduğu penslerin hastanın karnında unutulmalarını önleyecek önlemleri almak zorundadır. Doktorun gerekli önlemleri almaması nedeniyle onun sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir⁵¹.

ABD'de de temyiz mahkemesi bir kararında hastanın karnında gazlı bez unutulmasından hekimin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Alman uygulaması ise yerleşik içtihatlarında, yabancı madde unutulmasının otomatik olarak tedavi hatası olarak kabul edilmesi görüşünü paylaşmamakta, bir tıbbi uygulama hatasının var olup olmadığının somut olaya göre denetlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ameliyatın hangi koşullar çerçevesinde gerçekleştiği, ameliyat sırasında ortaya çıkan durumlar,

⁴⁹ “Uyuşmazlık... ameliyat sırasında karında koher penisinin unutulmasına ilişkindir operatörün ameliyat yaparken mesleki değil meslek dışı dikkatinin bile böyle olaya asla meydan vermemesi gerekir. Bu cerrahlıkla uzmanlık dışında kendisine verilen bilgi dışında bir ödevdir Sağlığı kendisine emanet edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. Müdahalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi işin ağırlığının da kusurun ağırlık derecesini bertaraf etmesi olanağı yoktur...” Y.4.HD.16.05.1968 4365/4310 Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.85.

⁵⁰ “Her ne kadar bilirkişi incelemesinde bu durum hizmet kusuru olarak nitelendirilmemiş ise de, uygulamada batın bezlerinin sayılarak kullanıldığı, dolayısı ile ameliyattan sonra eksik olduğunun bilinebileceği, bu nedenle idarenin hizmet yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermediği gerekçesi ile istenen maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.” Danıştay 10.D. 1997/4841-1999/6049, Öztürkler, **a.g.e.**, s. 326.

⁵¹ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s. 86.

hekimlerin aldıkları tedbirler değerlendirilmelidir. Operatör ameliyat sonrasında gerekli kontrolleri yapmalı ve her şeyin tam sayıda olduğuna emin olduktan sonra operasyonu sonlandırmalıdır.⁵²

3.1.2.2.3. Kontrol ve Gözetim Hatası

Sağlık personeline tıbbi müdahale nedeniyle yüklenen özen yükümlülüğü yalnız fiilen tedavinin uygulanmasını değil tedavi sonrasında da kapsamına alır⁵³. Hekim tedavi sürecini ve başarısını sürekli gözetim altında bulundurmalıdır⁵⁴. Kontrol gözetim hatasına, yaşamsal fonksiyonların yeteri kadar gözetilmemesi, koruma tedbirlerinin alınmaması, ameliyat sonrası yetersiz gözlem örnek olarak verilebilir. Fransız Yargıtayı bir kararında, hastanın ameliyat sonrası gözetiminin anesteziistin görevi olduğuna, hasta gözetim odasında kendisine gelen kadar bu görevinin sürdüğüne hükmetmiş ve hekimlerin postoperatif dönemdeki sorumluluklarını ortaya koymuştur⁵⁵.

Örneğin, enfeksiyon riski cerrahi prosedürlerin olmazsa olmaz riskidir. Ancak enfeksiyon kontrol prosedürlerinin tam olarak işlemesi ile risk belirgin düzeyde düşürülebilir.⁵⁶ İşte hekim operasyon sonrası dönemde kontrol prosedürlerini gereğince yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüklere aykırı davranış, kontrol ve gözetim hatası şeklinde gelişen bir tıbbi uygulama hatasını ve hekimin sorumluluğunu ortaya çıkartacaktır.

Yüksek Sağlık Şurası da bir çok kararında, operasyon sonrası dönemde hekimin sorumluluğunun sürdüğünü belirtmektedir.⁵⁷ Danıştay da yeterli gözlemin yapılmaması sonucu ortaya çıkan komplikasyonun fark edilmeyerek bir malpraktisin

⁵² Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.795.

⁵³ Aşçıoğlu, **a.g.e.**, s.90.

⁵⁴ Hakeri, **a.g.e.** s.808.

⁵⁵ Hakeri, **a.e.**, s.808.

⁵⁶ Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, 2005, Seçkin, s.187.

⁵⁷ “...Bu tip komplikasyonların laporoskopik cerrahide gelişebileceği aşıkardır. Ancak laporoskopik cerrahi uygulayan hekimler daha dikkatli bir intraoperatif yaklaşımda bulunmanın yanısıra, postop dönemde de hastayı daha yakından takip etmeliydiler...” Hancı, **a.g.e.**, s.60.

ortaya çıkması nedeniyle hizmet kusurunun varlığına hükmetmiştir⁵⁸. Gerekli kontrol ve gözlemin yapılmış olması halinde ise, müdahale esnasında ortaya çıkan komplikasyonun bir tıbbi hata doğurmayacağı Yüksek Sağlık Şurasınca da kabul görmektedir⁵⁹.

3.1.2.2.4. Tedavi Sonrası Danışma ve Tavsiye Hataları

Hekim, tedaviyi gerçekleştirirken hastasının iyileşmesi ve sağlığına kavuşması amacına hizmet etmektedir. Bir çok durumda hekimin tıbbi müdahalelerini tamamlaması ile tedavi sona ermemekte ve hastalığın tam anlamıyla ortadan kaldırılması hastanın da tedavi sürecine katılımını gerektirmektedir. Bu nedenle hekim hastasına önerilerde bulunmalı, hastasını tedaviye katılımı konusunda bilgilendirmelidir. Hekimin hatasında diyetle girmesini veya sigara içmemesini söylememesi bir tedavi hatası olarak nitelendirilmektedir. Hastaya hastalığının bulaşıcı olduğu ve diğer kimselerle ilişkilerini ne şekilde sürdürmesi gerektiği hakkında bilgi verilmemesi de hekimin kusurlu sayıldığı bir durum olarak kabul görmektedir.⁶⁰ Bu konuyla ilgili olarak Vermont Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda, hastasını, kırığın özel bir çivi ile tedavisinden sonra ağırlık taşıyamaması konusunda uyarmayan hekimin kusurlu olduğuna hükmedilmiştir⁶¹.

3.1.2.2.5. İlaç Kullandırmada Hata

Hatalı imal edilmiş veya bozuk ilacın kullanılmasından kural olarak ilaç yapıcısı sorumludur. Hekimin ilaç yapımındaki hataları önceden tahmin etme olanağı

⁵⁸ “...streptomisin enjeksiyonundan sonra, enjeksiyona bağlı olarak gelişebileceği ve ölüme yol açabileceği kabul edilen şokun önlenmesi amacıyla yeterli gözlemlerin yapılmadığı anlaşıldığında, bunun sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalı idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılmıştır.” Danıştay 10.D. 01.06.1994 2502/363 Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.809.

⁵⁹ “pelvis çatlaklarında... emboli riskinin yüksek olduğu, kanama riski olduğu, bu durumdaki hastanın takip edilmesi gerektiği, bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğu, bu kanamanın muhtemel komplikasyonlardan olduğu, olaya karışan tüm hekimlerin yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştiği, ortalama özen ve dikkati gösterdikleri, hekimlerin hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” YSS. Kararı 14-15 Aralık 1998 Hancı, **a.g.e.**, s.57.

⁶⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s.810.

⁶¹ Öztürkler, **a.g.e.**, s.138-139.

yoksa hekimin kusurundan da söz edilemeyecektir. Hekimin sorumluluğu, ilacın kullanılması ile ilgili özensizliğinde söz konusu olmaktadır. Hekim ilacın kullanılması ile ilgili tüm bilgileri eksiksiz olarak hastaya anlatmak ve gerektiğinde bunları reçeteye yazmakla yükümlüdür. Kullanmayla ilgili aydınlatma görevinde yüksek özen beklenmektedir⁶².

Hekimler, birden fazla ilaç kullanımının söz konusu olduğu vakalarda daha üstün bir özen göstererek, ilaçlar arasındaki etkileşimi de göz önünde bulundurmalarıdır⁶³. Her ilacın içerisinde ilacın yapıcı firması tarafından verilen bilgilerin bulunmasına karşın, hastanın bu tanıtıcı bilgileri okumamış olması hekimi sorumluluktan kurtarıcı bir etkiye sahip değildir.⁶⁴

Hekim, hastasını ilacı kullanması halinde ortaya çıkabilecek yan etkiler konusunda da uyarmalıdır. Almanya’da, hastanın, ilacın kullanılmasında sonra bir süre motorlu araç kullanmaması konusunda aydınlatılmamış olması, hekimin kusuru olarak kabul edilmiştir.⁶⁵

Hekimin hastasına yanlış ilaç vermesi veya hastaları karıştırarak başka hastaya önerilecek ilacın yanlışlıkla bir diğer hastaya yazılması, yanlış doz önerilmesi, bağımlılık yapan ilaç yazılması gibi durumlarda da bir tedavi hatasının varlığından söz edilebilecektir.⁶⁶

Hekim, somut vakadaki hastalık bakımından faydası olmadığını bildiği bir ilacı hastaya veremez. Ancak, kalıcı bir tedavisi olmayan durumlarda hastanın psikolojisini düzeltmek için birtakım ilaçlar önermesinde bir tedavi hatasından söz edilememelidir⁶⁷. Hekim ayrıca ilacın kimyasal yapısı ile hastanın kişisel durumunu

⁶² Hancı,**a.g.e.**, s.112.

⁶³ Polat,**a.g.e.**, s.35 ; “...verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı... doktorların gerekli dikkat,özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu oldukları kabul edilmiştir” 13.HD. 07.02.2005 12088/1728 Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.811.

⁶⁴ Hancı,**a.g.e.**, s.112.

⁶⁵ Hancı,**a.g.e.** s.112.

⁶⁶ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s. 811, 859 ; Aşçıoğlu,**a.g.e.**, s.108.

⁶⁷ Hancı, **a.g.e.**, s.114.

birlikte değerlendirerek yan etkisi en az olan ilacı seçmekle de yükümlüdür. Aksi durumda hekimin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.⁶⁸

Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 12. Maddesinde de “hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz.” Hükmüne yer verilerek, hekimlerin ilaç kullandırmadaki tıbbi standartlarının sınırı çizilmek istenmiştir.

Yargıtay ve Danıştay tarafından hekimin ilaç kullandırmadan doğan sorumluluğu kapsamında verilmiş bir çok içtihat bulunmaktadır. Yargıtay 13.HD. bir kararında, yüzündeki kırışık, leke, sivilce gibi izlerin silinmesi için doktora başvuran hastaya, kişinin sağlığına zarar verecek biçimde izinsiz ve ruhsatsız maddeyi uygulayarak hastanın yüzünde çok daha büyük zarara sebep olması nedeniyle hekimin ortaya çıkan tüm zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir⁶⁹.

Danıştay 10. Dairesi ise bir kararında, tedavide kullanılan ilacın yavaş olarak verilmesi gereken bir ilaç olmasına karşın, ilacın kullanımına ilişkin bu temel kurala aykırı davranılarak çocuğun ölümüne yol açılmasına ilişkin olayda, idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olduğunu belirtmiştir⁷⁰.

Hekimin sorumluluğu diğer sağlık personeline verdiği talimatlardan da kaynaklanabilir. Hekimin hemşireye decholin enjekte etmesini söylediği bir vakada hemşirenin cholin enjekte ederek hastanın ölümüne sebebiyet verdiği bir olayda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi hekimin sözlü talimatların yanlış anlaşılma ihtimalini göz önünde bulundurması ve gerekli tedbirleri alması gerektiğine, bu tedbirlerinin alınmamış olmasının bir hata teşkil ettiğine karar vermiştir⁷¹.

İlaç kullandırılmasında hata, yalnız hekimin sorumluluğunu ortaya çıkarmamaktadır. Bu kapsamda, bir hasta için kesinlikle tavsiye

⁶⁸ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.28.

⁶⁹ Y. 13.HD. 13.04.2006 905/5549 Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s.20 .

⁷⁰ Danıştay 10.D. 27.03.2002 1010/852 Hakeri, **a.g.e.**, s.813.

⁷¹ BGH 6, 286 Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.813.

edilmeyen(kontrendike) bir ilacın hekim tarafından yazılması halinde, eczacı bu ilacı kullanmaması gerektiğini bildiği halde hastaya vermiş ise, ilacın prospektüsünde bu tip bir hastalıkta kullanılmamasına dair aydınlatıcı bir bilgi yoksa ve kullanım sonucu hastada bir zarar ortaya çıkmış ise, hekimin yanı sıra eczacı ve ilacı imal eden firmanın sorumluluğu söz konusu olabilir⁷².

3.1.2.2.6. Enfeksiyon ve Hijyen Kurallarına Uyulmaması

Hasta vücudunda yabancı madde unutulması gibi, enfeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması şeklinde gelişen tıbbi uygulama hataları da tedaviye eşlik eden hata niteliği taşımaktadırlar. Hastanelerde izolasyon, el hijyeni, aletlerin bakımı ve hava dezenfeksiyonu gibi uygulamalarla hijyenin sağlanması gerekmektedir. Oluşabilecek enfeksiyonlara karşı tedbirler alınması da hekimin tıp standartlarına uygun müdahalesi kapsamına girmektedir.

Hastalar hastanelerde tedavi görürlerken kazandıkları mikroorganizmalar nedeniyle birtakım enfeksiyonlara maruz kalabilmektedirler. ABD’de hastaneye giren her yirmi hastadan bir tanesi virüsler, bakteriler, mantarlardan oluşan mikroplardan yeni bir enfeksiyon kapmaktadır. Bu tür enfeksiyonlardan dolayı ABD’de yılda 20.000 hasta hayatını kaybetmektedir.⁷³

Danıştay da verdiği bir kararında, enfeksiyon ve hijyen kurallarına aykırı davranışın klinik şefinin sorumluluğunun yanı sıra, idari hizmet kusuru teşkil edeceğine ve bir tıbbi uygulama hatasının varlığına hükmetmiştir⁷⁴. Uygulamadan bir

⁷² Hancı,**a.g.e.**, s.114.

⁷³ Öztürkler,**a.g.e.**, s.304.

⁷⁴ “Ameliyat sonucu enfeksiyon nedeni ile ölümünde idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek... açılmış olup...Enfeksiyon çıkmasından takriben 3 ay öncesine kadar ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin havasını dezenfekte edilmediği ve durumdan klinik şefinin haberdar olduğu... klinik şefine “enfeksiyon var!ameliyathaneyi kapatalım önerisine rağmen ameliyathane ve yoğun bakım ünitelerinin kapatılmayarak açık kalp ameliyatlarına devam edildiği ve 4 hastanın daha hastanede enfeksiyon kapmasına neden olduğu sabit görülen klinik şefi hakkında kamu davası açılarak yargılamanmasının gerektiği kanısına varılarak Yüksek Sağlık Şurasının raporu ile klinik şefinin 2/8 oranda kusurlu bulunduğu ve bunun üzerine de yargılamanın devam ettiği tespit edilerek... olayda idari kusur görülmemesi bozma nedeni yapılmıştır.” Danıştay 10.D. 2000/5068-1237 Öztürkler ,**a.g.e.**,s.318.

diğer örnek olarak ameliyat sonrasında hastanın, bulaşıcı hastalığı olan başka bir hasta ile aynı odaya bırakılması vakasında bulaşıcı hastalık kapması nedeniyle hekim sorumlu bulunmuştur⁷⁵.

3.1.2.3. Üstlenme Kusuru

Hekimden, tıp biliminde benimsenmiş ve kabul görmüş bilgilere sahip olması ve bunları uygulaması beklenir. Pratisyen hekim, uzman bir hekim ile aynı bilgi ve beceriye sahip olmayacaktır. Hekim tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken, sahip olduğu bilgi ve tecrübenin o tıbbi müdahale için yeterli olup olmadığını değerlendirmeli, bu değerlendirmeye göre müdahaleye girişmeli yahut daha yetkin bir meslektaşına danışmalı veya hastayı ona yönlendirmelidir. Hekimin uzmanlık yetkisini aşması durumunda üstlenme kusuru söz konusu olacaktır⁷⁶. Üstlenme kusuru, hekimin yeterli bilgi ve beceri sahibi değilken hastanın teşhis ve tedavisini üstlenmesi veya sürdürmesi hali olarak ifade edilebilir⁷⁷.

Hekimin uzmanlık alanının dışına çıkmasının yanısıra, yeterli uzmanlığı bulunsa dahi hastalık, yorgunluk gibi sebeplerle uzmanlığını gereğince yerine getiremeyeceği durumlarda da üstlenme kusurundan söz edilebilir⁷⁸. Operatör hekim yalnız kendisinin değil yardımcılarının da o müdahale için yeterli uzmanlığa sahip olmasını sağlamalıdır. Aksi halde sorumluluğuna gidilebilecektir⁷⁹.

Eğitim gören ve uzman olmayan bir asistanın yetki ve sorumluluğu ancak bir pratisyen hekim kadar olacaktır. Dolayısı ile bu hekimler bir pratisyen hekimin yetki alanında kalan her türlü müdahaleyi tek başlarına gerçekleştirebilirler. Ancak

⁷⁵ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.824.

⁷⁶ “Pratisyen hekimce yapılmaması gereken kürtaj(yetkisini aşan bir şekilde) sonucu oluşan uterus rüptüründe hekim 8/8 oranında kusurludur.(Ağır ihmal tespit edilmektedir)” Öztürkler, **a.g.e.**, s.167.

⁷⁷ Gültezer Erol, Hatırnaz, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 337.

⁷⁸ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.853.

⁷⁹ “Tedavinin özenli yürütülmesi için yardımcıların özenle seçmemek ve onları denetim altında tutmamak kusurlu davranış olarak kabul edilebilir. Uzman yardımcı kullanmadan yapılan ameliyatlarda; doktor , bu nedenle kusurlu kabul edilmiştir.” (Duai Mahkemesi 1931) Aşçıoğlu, **a.g.e** s. 89.

uzmanlık alanı ile ilgili müdahalelerin yapılmasında asistan hekim ancak uzman nezaretinde ve denetiminde öğrenmek amaçlı olarak bu tür uygulamalarda bulunabilir. Asistan hekim gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerde uzman hekimin sağlayacağı standardı sağlamakla yükümlenir⁸⁰. Bu müdahalelerin yasal açıdan yetki alanına girmesi ancak uzmanlık belgesinin alınması ile söz konusu olacaktır⁸¹.

Asistanların uzmanlık alanlarında müdahalede bulunmasında söz sahibi olan uzman hekimlerin, müdahaleyi asistanın yetenek ve bilgisi dahilinde görmesi halinde dahi, asistan bu kararın açıkça yanlış olduğunu, kendisinin bu müdahale için yetkin olmadığını görebiliyor ise bu duruma itiraz etmelidir⁸². Gözetmeni olan hekimin, güvenilir bir asistanına tek başına müdahalede bulunması konusunda yetki vermesi durumunda, herhangi bir komplikasyon halinde hemen müdahale edebilecek durumda ise sorumluluğu doğmayacaktır⁸³. Aksi halde oluşabilecek zararlardan sorumlu olacaktır.

İntörn öğrencilerin durumu da asistan hekimlerle benzerlik göstermekle birlikte durumları daha katıdır. Nitekim bu öğrenciler yalnız uzman hekimin gözetiminde onun vereceği görevleri yerine getirmek şeklinde tıbbi müdahalelere girebilirler ve ötesinde bir müdahale üstlenemezler. Aksi durumlarda öğrenci ve hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir⁸⁴.

Bir ameliyatın bir hekim tarafından ilk kez yapılacağı durumlarda, tecrübe eksikliği nedeniyle riskin daha fazla olduğu aşıkardır. Bu riskin önlenmesini sağlamak amacıyla ameliyatı yapan hekimin daha tecrübeli, uzman, başka bir meslektaşı tarafından kontrol edilmesi gereklidir. Aksi halde bir tıbbi uygulama hatası gündeme

⁸⁰ “Kadın doğum eğitimi alan bir asistan hekim de, doğum yaptırmayı üstlendiğinde, uzman hekimin sağlayacağı standardı sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle belli bir tekniği henüz beceremeyen asistan hekimin müdahaleyi üstlenmemesi gerekir.” (Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Kararı) Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.855.

⁸¹ Çetin, **a.g.e.**, s.38.

⁸² Hakeri, **Tıp Hukuku.**, s.854.

⁸³ Hakeri, **a.e.**, 856.

⁸⁴ Hakeri, **a.e.**, s.854-855.

gelebilecektir. Bu kontrol herhangi bir olumsuzluk anında müdahalede bulunabilecek konumda olmayı da kapsar⁸⁵.

3.2. TIBBİ MÜDAHALELERDE KUSURUN TESPİTİ

Hekimlik mesleğinin kendine özel yapısı, ekip çalışmasını gerektirmesi, çok sayıda uzmanlık dalına ayrılmış olması, özgün terminolojisi, ülkenin sosyo-ekonomik yapısı göz önüne alındığında, hekimlerin taksire dayalı cezai sorumluluklarının mahkemelerce belirlenmesindeki güçlükler açıktır⁸⁶. Tıbbi müdahaleden doğan davalar, çoğunlukla uyuşmazlık konusu olayın çözümü için özellik arz eden teknik bilgi ve deneyim gerektirmektedir Bu nedenle, eğitimi almış ve konusunda uzman kişilerden yararlanması gündeme gelmektedir⁸⁷. Dava konusu olay ortalama bir insanın genel bilgi ve tecrübesiyle anlayabileceği kadar açık ise bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulmayacaktır⁸⁸.

Ceza muhakemesi kanunumuzda da (Madde 63⁸⁹) çözümü uzmanlığı gerektiren, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınabileceği düzenlenmiştir. Geniş anlamıyla bilirkişi, hakimın sahip olmadığı ve uyuşmazlığın çözümü için gerekli gördüğü teknik bilgilerin kendisine sağlanması amacıyla, yargısal bir kararla tayin edilen, verdiği bilgiler ve yaptığı açıklamalarla hakime yardımcı olan kimselerin tümüdür⁹⁰.

Hastada bir zarar ortaya çıktığında, ortaya çıkan zararın tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, uygulamada sağlık personelinin kusuruna gidilip

⁸⁵ Hakeri, a.e. s.819.

⁸⁶ Işıl Pakiç, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, **Adli Bilimler Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, Eylül 2014, Sayfa: 56.

⁸⁷ Halide Savaş, “Tıbbi Hata Davalarında Resmi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 82 Sayı 3, 2008, s.1355

⁸⁸ Abdullah Hızal, Sekan Çınarlı, “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2015, s.20.

⁸⁹ RG. Tarih: 17/12/2004 Sayı : 25673

⁹⁰ Abdullah Hızal, Sekan Çınarlı, “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2015, s.15.

gidilemeyeceğini belirleme görevi tıbbi bilirkişilerindir⁹¹. Hatta bir tıbbi uygulama yapabilmek için gereken bilgi birikim ve uzmanlık o kadar üst düzeydir ki tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan davalarda sonucu mahkeme heyeti ve avukatlardan çok bilirkişilerin belirlediği, sonuç olarak bir hekimin cezai sorumluluğuna ağırlıklı başka bir hekimin karar verdiği söylenebilir⁹². Bir görüşe göre tıbbi bilirkişi hekim ve davayı yürütecek hakim, iki körün bir arabayı çekmesine benzetilmekte ya da hakim bilmediği bir dile yazılmış bir kanunun tercümesine bakarak anlayıp uygulamaya çalışmasına benzetilmektedir⁹³. Kanunların uygulanmasında esas olan hukuksal kavramlardır ve bunları hakim, bağımsız bir biçimde nitelendirir ve özen yükümlülüğüne dair kararını verir⁹⁴.

Tıbbi bilirkişiler, hekimin kusurunun varlığını belirlerken, oluşan zararın, güncel tıbbi standartları dikkate alarak izin verilen risk alanında kalan bir komplikasyon mu yoksa bir tıbbi uygulama hatası mı olduğuna dair tespitini ortaya koyacaklardır. Bilirkişinin görevi incelenen olayda, dikkat ve özen yükümlülüğünün ölçüsünü ortaya koymak ve sağlık personelinin hangi noktada bu yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya çıkarmaktır⁹⁵.

Tıbbi uygulama hatasının tahlilini yapacak bilirkişinin öncelikle ilgili konunun uzmanı olması beklenmektedir. Tıp bilimleri alanındaki uzmanlaşmanın geldiği nokta bilirkişi raporlarında da uzmanlık alanının gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Bilirkişi olarak atanacak kişilerde aranacak özellikler ise doktrinde şu şekilde sıralanmaktadır⁹⁶; “

⁹¹ Oğuz Polat, “Tıbbi Uygulama Hataları” (çevrimiçi), <http://www.adlitip.org/?p=52>, 05.10.2009.

⁹² Hızal, Çınarlı, **a.g.m.**

⁹³ Prof. Savatier’in görüşünü aktaran Mustafa Reşit, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954, s.101.

⁹⁴ Hakeri, **Tıp Hukuku**, s.1015.

⁹⁵ Nur Bilgen, “Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı5, Aralık 2005, s.39.

⁹⁶ Hızal, Çınarlı, **a.g.m.**, s.17; Oğuz Polat, “Bilirkişilik ve Adli Tıbbın Yargıdaki Önemi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 798.

- Bilirkişi kendi uzmanlık alanını ilgilendiren konularda güvenilir ve sağlam tıp bilgisine sahip olmalıdır.
- Tıbbi sorunun ait olduğu hukuksal alanla ilgili temel bilgilere sahip olmalıdır.
- Tıbbi takdir yetkisinin varlığı ve özellikle de hekimlik yetki ve sınırlarını bilmelidir.
- Çok sayıdaki tıbbi olgulardan hukuken önemli olan temel hususları ayıklayıp ortaya çıkarabilme yeteneği bulunmalıdır.
- Tıbbi olguyla ilgili olarak ortaya çıkardığı sonuçları bir hukukçunun anlayabileceği biçimde ifade edebilmeli ve somut bilimsel, mantıksal kriterlerle gerekçelendirebilmelidir.
- Yeni bir olgu karşısında yazılı görüşünü değiştirmesi gerektiğinde özeleştiri ve esneklik yeteneğine sahip olmalıdır.
- Uyuşmazlık konusu ve taraflarına karşı objektif ve tarafsız olmalıdır.
- Görevi veren makam yönünden güvenilir olmalıdır.
- Deontoloji ve bilirkişilik görevini birbirinden ayırabilmelidir.”

Bir tıbbi müdahalenin değerlendirilmesi için görevlendirilen bilirkişinin temel görevi, yapılan eylemle ortaya çıkan sonuç arasında bir nedensellik bağını kurabilmektir. Hastada ortaya çıkan zararın tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, uygulamanın kusurlu olup olmadığını tıbbi bilirkişi tespit edecektir. Tıbbi bilirkişi, bu tespiti yaparken, uygulamayı yapanın eğitim düzeyini göz önünde bulunduracak ve aynı ortam koşullarında bir hekimin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediğini raporunda deęerlendirecektir⁹⁷. Bu nedenledir ki tıbbi uygulama hatalarını konu alan davalarda bilirkişi, hekimin kusurunu değerlendirirken öncelikle bakım standardını tespit etmelidir. Bu standardın tespitinde her uzmanlık alanı kendi uzmanlık alanı ile ilgili uygulamalardaki asgari standartları saptamalıdır. Bu standartlar, müdahalenin yapıldığı tarihteki tıbbi ve teknik koşullara göre belirlenecektir⁹⁸.

Temel olarak bilirkişi raporlarına konu edilen tıbbi uygulama hataları, iletişim eksiklikleri, kayıt hataları, yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyon eksikliği,

⁹⁷ Oğuz Polat, “Bilirkişilik ve Adli Tıbbın Yargıdaki Önemi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 10, Aralık 2014, s. 799.

⁹⁸ Pakiş, **a.g.m.**, s.53.

aydınlatma ve onam eksiklikleri, tanı hataları, tedavi hataları, hatalı karar alınması, girişim hataları ve teknik hatalar, terk etme ve özen eksikliği olarak görülmektedir⁹⁹.

Tıbbi standardı ortaya koyan bilirkişi sonrasında hastada bir zarar ortaya çıkmış ise, bunun izin verilen risk alanında kalan bir komplikasyon (olası risk) olup olmadığını belirleyecektir. Komplikasyon ile tıbbi uygulama hatası ayrımı mutlak surette bilirkişi değerlendirmesini gerektiren bir tespittir. Bilirkişi ortaya çıkan zararın komplikasyona bağlı olduğunu, müdahalenin izin verilen risk alanında kaldığını, saptadığı durumlarda, buna yönelik zamanında ve uygun önlemlerin alınıp gerekli müdahalelerin yapılıp yapılmadığını araştırarak, hekim ancak izin verilen risk alanında gelişen zararlı neticeye yönelik zamanında tanı koyup gereken müdahaleleri yapmış olması halinde sorumlu olmayacaktır¹⁰⁰.

Tıbbi uygulama hatası iddiası kapsamında sağlık personelinin cezalandırıldığı olayların yaklaşık %20 sinde olayların ölümle sonuçlandığı bilinmektedir¹⁰¹. Bu yüksek oran komplikasyon-malpraktis ayrımının çok net bir şekilde ortaya koyulmasını gerekli kılmaktadır.

Tıbbi standarttan bir sapmanın varlığı bilirkişi tarafından tespit edildiğinde, bu sapmanın zararlar ilişkisi, illiyet bağı araştırılmalıdır. Hekimin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, zararlı sonuç, hekimin kusurlu eyleminin uygun nedeni ve sonucu olmalıdır. Bu hususta raporlama yapan bilirkişi, hekimin yapması gerekenle yapılanın ne olduğunu göstermeli, nedenlerini açıklayarak, taraf ve yargı denetimine elverişli rapor oluşturmali, raporun objektifliğini ortaya koymak adına vardığı sonuca götüren kaynakları ve tıbbi görüşleri bu rapora eklemelidir¹⁰².

⁹⁹ Polat, “Bilirkişilik ve Adli Tıbbın Yargıdaki Önemi”, s.798.

¹⁰⁰ Pakiş, **a.g.m.**, s.54.

¹⁰¹ 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, Şubat 2006**,(s.55-69) s.67.

¹⁰² Hızal, Çınarlı, **a.g.m.**, s.18.; “Böyle bir olayda böyle bir sonucun ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimlerine elverişli rapor almak...” Yargıtay 13. H.D. 28.11.2005, 2005/11159 E. , 2005/17474 K.

Ceza usul yasamızın 64. Maddesinde, bilirkişilerin bölge adliye mahkemesi yargı çevreleri için oluşturulacak listelerde yer alan kişilerden, bu listelerde ilgili bilirkişinin bulunmaması halinde farklı listelerden ve burada da bulunmaması halinde kanunda yazılı şartları taşıyan kişilerden seçileceği kanunlaştırılmıştır. Kanun koyucu öncelikle kanunun belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişilerden yararlanılması usulünü öngörmüştür¹⁰³. Adli tıp uygulamalarında, Adli Tıp Kurumu Başkanlık ve şubeleri ile üniversitelerin adli tıp anabilim dalları resmi bilirkişi olarak kabul edilmektedir. Resmi bilirkişi olarak kanunla tespit edilen bu kurumlar mahkemeler tarafından görüş istendiğinde bunu kabul etmekle yükümlüdürler. Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınmasını zorunlu kılan TŞSTİDK. Md. 75 in iptali sonrasında Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alma zorunluluğu ortadan kalktığı gibi Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 3/6/2010 tarih ve 2009/69 Esas 2010/79 Karar sayılı kararında, “mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belirli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir” tespiti yargılama sürecinin aksamadan sağlıklı yürütülmesi adına Adli Tıp Kurumu ile de sınırlı kalınmaksızın, uzman bilirkişi atanabileceğini ortaya koymaktadır. Kurum'un iş yükü ve yapısı gereği her alandan yalnızca bir uzman barındırması gözetilerek kurumla sınırlı bilirkişilik uygulaması eleştirilmekte, tıp fakülteleri ve eğitim araştırma hastanelerinin sürece daha çok katılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁴.

Bilirkişi incelemeleri genelde dosya üzerinden yapılmaktadır. Bu nedenle, dosyaların zamanında ve eksiksiz doldurulması önemlidir. Özellikle, konsültasyon ve tetkik sonuçlarının zamanı belirtilerek dosyada yer alması gereklidir. Bazı olgularda ise zarar gördüğü iddia edilen hastanın muayene edilmesi ve muayene bulguları

¹⁰³ RG. Tarih: 17/12/2004 Sayı : 25673

¹⁰⁴ Hızal, Çınarlı, **a.g.m.**, s.22.

üzerinden raporlama cihazına gidilmektedir. Sağlık kuruluşu kayıtları, tüm tetkik ve grafileri, konsültasyon notları incelenmekte, ölümle sonuçlanan vakılarda varsa otopsi bulguları değerlendirilerek sonuç rapor tanzim edilmektedir¹⁰⁵.

Ceza usul yasamızda uzman mütalaası olarak tanımlanan yeni bilirkişi uygulaması ise gelişmiş tüm ülkelerde yaygın şekilde uygulanan bir yöntem olup, kanunun 67. Maddesinin 6. Fıkrasında, “Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler” düzenlemesiyle temellenmiştir. Uzman görüşü raporu, mahkemenin idaresi, yargılamanın süresi yönünden önemli olduğu kadar, verilecek kararı doğrudan etkileyecek hukuksal bir delil niteliği taşımaktadır. Bu kurum ile yargılamanın tüm tarafları bir bilirkişi görüşünü dosyaya yansıtma imkanı bulmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Pakiş, **a.g.m.**, s.55.

¹⁰⁶ Polat, “Bilirkişilik ve Adli Tıbbın Yargıdaki Önemi”, s.798.

SONUÇ

İnsan üzerinde tıp biliminin uygulanmasını oluşturan her türden müdahale, tıbbî müdahale olarak nitelenmektedir. Tıbbî müdahaleler, yaşam hakkı, sağlık hakkı ve hastanın kendi kaderini tayin hakkını ilgilendirmektedir.

Tıbbi müdahale, tıbbın gereklerine ve hekimlik mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapılsa dahi bir zararın doğma ihtimali her zaman olasıdır. Ancak böyle durumlarda ortaya çıkacak ve tıbben izin verilen risk alanlarına dahil olumsuz neticelerden hekim sorumlu tutulmayacaktır.

Ceza hukuku bakımından, tıbbî müdahaleler tipik fiil teşkil etmektedir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının bazı koşulları bulunmaktadır. Bunlar, tıbbi müdahalenin tıp mesleğini kanunen icraya yetkili kimse tarafından gerçekleştirilmesi, hastanın tabbi müdahaleye rıza göstermesi, tıbbi standartlara uygunluk ve kanunen öngörülmüş amaçlar için yapılmasıdır. Hukuk düzeninin tıbbî müdahalenin ifası konusunda yetkilendirdiği tek kişi, istisnaî haller dışında hekimdir.

Kişinin kendi geleceğini tayin hakkı ve hekimin tedavi yükümlülüğünün yansıması olarak hastanın yapılacak tıbbi müdahale konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Hastanın muhtemel risklerden haberdar olması ve hekimin olası olumsuz sonuçlardan sorumluluğunun doğmaması için aydınlatma işleminin yapılması önemlidir. Aydınlatmanın şekli konusunda özenli davranılması ve aydınlatma işlemin kayıt altına alınması gereklidir. Modern tıp anlayışı, salt hastanın iyiliğini gözetken patenalist anlayıştan uzaklaşmış ve hastanın kendi geleceğini tayin ve vücudu, sağlığı üzerinde karar verebilme hakkına büyük önem vakfetmiştir. Bu nedendir ki salt hasta iyiliğini gözetmek hekimin ceza sorumluluğundan kurtulmasını sonuçlamayacaktır.

İnsan hakları alanındaki gelişmelerin, hekimlerin ve idarenin sorumluluğunu genişlettiğini görmekteyiz. Her ne kadar fiziki şartlar, hekim sayısı, bilgi ve tecrübe bakımından hekimin yetersizliği ve hastanın eğitim seviyesi gibi etkenlerin tıbbi

müdahalelerde olumsuz sonuçları artırdığı görülmekte ise de bunların hukuki sorumluluk açısından mazaret olmayacağı da aşıkardır.

Hekimler ve diğer sağlık personelinin gerçekleştirdiği, bünyelerinde bir çok risk barındıran tıbbi müdahaleler kapsamında, risklerin gerçekleşmesi hastalar üzerine ölüme kadar varan ağır neticeler doğurmakta, bu ağır neticelerden hekimin sorumlu tutulması ise hekim için de bir o kadar ağır müeyyideleri gündeme getirebilmektedir. Sorumluluğun bu denli ağır oluşu karşısında, konunun derinlemesine incelenmesi ve netlik kazanması zorunluluk arz etmektedir.

Hekimlerin, tıbbi müdahalelerde cezai sorumluluklarının hukuk düzenimizde henüz tam anlamıyla açıklığa ve belirli bir çerçeveye kavuşturulduğundan söz etmekse mümkün gözükmemektedir. Özellikle 5237 sayılı TCK ile hukukumıza giren bazı kavram ve maddeler hekimler açısından problem teşkil etmekle birlikte, sorumluluğun belirli kalıplara oturtulmasını da engellemektedir. Aslında temel problem burada herkes için getirilmiş olan genel hükümlerin hekimler hakkında da uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Hekimi kavgada ince bıçağını çekerek karşısındaki yaralayan bir kişi seviyesine indirgeyen bu değerlendirme, tedavi amacı güden uygulama için haksızlık olarak görülmektedir. Hukuk düzeni tarafından korunan değerlerden vücut bütünlüğü ve sağlıklı yaşama hakkı, kendi geleceğini tayin hakkını koruyan normlara dönüşmekte ve bu haklar çatışmasında zarar gören hekim olmaktadır.

Tababet alanında genel hükümlerin uygulanması geniş bir yorumu zorunlu kılmakta, sorumluluk sınırları adeta doktrin ve uygulayıcı kararları ile çizilmektedir. Hekimlik mesleği ve tıp dünyası kendine ait ve kendi özel durumlarına uygun hükümlere ve kavramlara ihtiyaç duymaktadır. Özellikle ceza kanunlarımız hekimler bakımından ciddi riskler ve belirsizlikler barındırmaktadır. Yukarıda arz ettiğimiz bilinçli taksir düzenlemesi de bu belirsizliklerin başında gelmektedir. Bu denli ağır sorumluluk getiren kurumların hekimler için ne şekilde uygulanacağı ise hali hazırda belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizlik, hekimlik mesleğini zedelemekte, hekimlerin mesleklerini büyük bir baskı altında icraya zorlamaktadır. Öyle ki bazı hekimler, bazı tıbbi müdahalelere başvurma hususunda isteksiz ve tereddütlü

davranmakta, defansif tıp uygulamaları her geçen gün çoğalmaktadır. Sorumluluk sınırlarının netleştirilmesi ise yeni ve tababetin yapısına uygun kanun düzenlemeleri ile mümkün olabilecektir.

Çalışmamızda geniş yer bulan aydınlatılmış rıza, hekimin aydınlatma yükümlülüğünde sınırların ceza hukukunun amacına uygun şekilde çizilmemiş olması, özel hukuk alanındaki değerlendirmelerin ise hekimlerin cezai sorumluluklarını oldukça ağır kılması dolayısı ile eleştirilmeye mahkumdur. Ceza hukuku, tıbbi müdahalelerde yapılan aydınlatma eksiklikleri için kendisine has bir sistem geliştirmelidir.

Ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve özellikle bilinci kapalı hastalar yönünden müdahaleyi meşru kılacak hukuka uygunluk nedeninin tespiti de bir başka tartışmalı başlık olup, temel olarak özel hukuk alanının ürünü olan varsayılan rıza kurumunun hekimlere bir meşruiyet zemini oluşturup oluşturmadığı da netleştirilememiştir. Bu alan hekimlik görevinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ile varsayılan rıza gibi oldukça soyut bir kurumun çatışması da hekimler için bir belirsizlik oluşturmaktadır. Keza varsayılan rıza, bilinci kapalı kişinin gelişen koşullarda gerçek düşüncesinin bilinemeyeceği ve varsayımlar üzerine ceza sorumluluğunun inşa edilemeyeceği gibi haklı görülebilecek nedenlerle eleştirilmektedir.

Hekimin cezai sorumluluğu kasıtlı veya taksirli eylemlerinden doğabilecektir. Hekimlerin, hukuka uygunluk koşullarına uymaksızın müdahalede bulunmaları halinde, gerçekleştirdikleri tipik fiil nedeniyle kasıtlı olarak sorumlu tutulmaları söz konusudur. Bu ihtimalde, ölüm neticesi gerçekleştiğinde kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır. Rıza koşuluna uyulmaksızın icra edilen müdahale sonucunda ölüm gerçekleşmediğinde, hekimin salt vücut bütünlüğünü ihlalden dolayı kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekecektir.

Hekimlerin ceza sorumluluğunun en temel konusu ise bu çalışmanın da başlığını oluşturan taksirli sorumluktur. Hekimlerin taksirli eylemlerine yönelik

sorumlulukların cezalandırılmasının temelinde; hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, mesleğini icra ederken ihmalkâr davranması sonucu hastaların sağlığına, vücut bütünlüğüne zarar vermesi yatmaktadır. Kanunumuzda temel olarak hekimlerin tıbbi müdahaleler dolayısı ile karşı karşıya kalabilecekleri iki taksirli suç düzenlemesi bulunmaktadır. Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları, hekimler yönünden temel tehdit olup, yapılan tıbbi müdahale neticesinde bir takım ağır neticelerin doğması durumunda cezai müeyyidenin de oldukça ağırlaştığı görülmektedir.

Tıbbi standartlara uyulmaksızın tatbik edilen tıbbi müdahalede, oluşan kötü neticeden hekimin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Çoğunlukla tedavi hatası olarak beliren tıbbi uygulama hataları birçok şekilde vuku bulabilmekte ve hekimin tüm bu alanlardan sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Hekimin cezai sorumluluğunun anlaşılması ve tespiti ise, suç konusu tıbbi müdahalede tıbbi standardın doğru şekilde belirlenerek, nedensellik bağının kurulabilmesi ile mümkündür. Hukuk uygulayıcılarının, konusu uzmanlık gerektiren tıbbi müdahale alanında bilirkişi görüşü olmaksızın doğru tahliller yapması oldukça güçtür. Kanunda düzenlenen bilirkişilik ve uzman mütalaası kurumları yargılamanın taraflarına ışık tutacak araçlar olarak öngörülmüştür. Ancak uygulamada yargılamanın tüm kesimleri bilirkişilik tatbikatından şikâyet etmektedirler. Şikâyetin temelinde yargılama makamlarının tüm hizmeti resmi bilirkişi kurumlarından alma ısrarı yatmaktadır. Tıbbi bilirkişilik uygulamasında üniversitelerin ve eğitim-araştırma hastanelerinin daha fazla görev alması, yine konusunda uzman hekimlerden resen oluşturulacak heyetlerin bilirkişi olarak seçilmesi, özellikle iş yükü ve nitelikli değerlendirme yapılmaması temelli şikâyetleri, ortadan kaldırılabilecektir.

BİBLİYOGRAFYA / KAYNAKÇA

- Akünel, Teoman: “ 2238 Sayılı “ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ” Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler ”, TürkHukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu ”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul.
- Ateş, Turan: **Hekimlerin Cezai Ve Hukuki Sorumluluğu**, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2007.
- Sevindik Atıcı, Ebru: “Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2006.
- Aşçıoğlu,Çetin: **Tıbbi Yardım ve El atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993.
- Ayan,Mehmet: **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı 1991.
- Aydın, Ceyda: “Alman Ceza Hukukunda Hekimlerin Aydınlatma Yükümlülüğüne Aykırı Davranışlarından Kaynaklanan Sorumlulukları”, **Hukuk Köprüsü**, sayı 15, Aralık 2018.
- Balkır, Zehra Gönül: “Organ Nakillerinde vericilerin rıza ehliyeti”, **Kocaeli Barosu Dergisi**, 2010/01, s.17-38.
- Bayındır, Sinan: “’İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)’”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 24, Sayı 1, 2018, ISSN 2146-0590, ss. 77-121,
- Bayraktar, Köksal: **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul,1972.
- Bilgen, Nur: “Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları”, **Hukuksal Perspektifler Dergisi**, s.5, Aralık 2005, s.38-42
- Cankurt, Ezgi: Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, İstanbul, 2018.

Casals, Miquel Martín,

Igualada, Jordi Ribot,

Feliu, Josep Solé: “Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments” **European Journal of Health Law** ,2003/1, s. 153-181.

Centel, Nur,

Zafer, Hamide,

Yenerer Çakmut, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3.bs., İstanbul, Beta, 2006.

Çakmut,Özlem Yenerer: “Tıbbi müdahalede bulunacak hekimin ceza hukuku açısından sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2/2003

Çakmut,Özlem Yenerer: **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal,2003.

Çetin,Gürsel: Tıbbi Malpraktis Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48 şubat 2006 s.31-42 (çevrimiçi)<http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4802.pdf> 05.04.2009.

Çilingiroğlu, Cüneyt: **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Çolak,Ahmet: “Komplikasyon mu? Malpraktis mi? Malpraktis Davalarının Asli Unsurları”, **Hekim Forumu Dergisi**, Aralık2002 Ocak 2003

Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4.bs., Ankara, Seçkin, 2006.

Deryal, Yahya: “Hekimlik İçin Türk Olma Şartı Ya Da .Yabancı Hekim Yasağı” , (çevrimiçi) <http://www.haksay.org/index.php?q=node/110>, 15.02.2019.

Dizdar, Emre: “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, Haziran 2018, İstanbul

Dönmezer, Sulhi: **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998

Dönmezer, Sulhi,

Erman, Sahir:

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım, ,C.2, 6. Bası, İstanbul,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

Erbaş, Rahime:

“Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK md. 101)” İÜHFM C. LXXIII, S.1 s. 91-128, 2015.

Er, Ünal:

Sağlık Hukuku, Ankara, Savaş, 2019.

Erdoğan, Ersoy:

“Hekim Hakları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007.

Erem, Faruk:

Ceza Hukuku Hususi Hükümler, c.2., Ankara, 1968.

Erman, Ragıp Barış:

Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, Seçkin, 2003.

Erman, Ragıp Barış:

“Türk Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza ve Tedaviyi Ret Hakkı”, **Fasikül**, Sayı 4, Mart 2010.

Ertem, Burcu:

“Tıp Ceza Hukukunda Kendi Geleceğini Tayin Hakkının Yansıması Olarak Rıza Ve Sınırları”, Ankara, 2015.

Filkins, James:

“With No Evil Intent The Criminal Prosecution Of Physicians For Medical Negligence”, **The Journal Of Legal Medicine**, Sayı:22.

Gökcan, Hasan Tahsin:

Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin, 2017,

Gülşen, Recep:

” Hekimlerin Çocuk Düşürtmede Oluşan Cezai Sorumluluğu ”, İl. SağlıkHukuku Kurultayı, Ankara Barosu yayını, Ankara: 7-8 Kasım 2008, s. 183.

Hakeri, Hakan:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2017.

Hakeri, Hakan:

Tıp Hukuku, Ankara, Seçkin, 2018.

Hakeri, Hakan:

“Öğrencilerin Yaptığı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Sorunu”, (çevrimiçi) <http://www.medimagazin.com.tr/mm-ogrencilerin->

yaptigi-tibbi-mudahalelerin-hukuka-uygunlugu-sorunu-ky-52135.html, 03.08.2019

Hakeri, Hakan: “İhmalî Suçlar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı.4, Ağustos 2007.

Hakeri, Hakan: “Türk Ceza Kanunu 83. Madde Bağlamında Hekimlerin Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, Yetkin, 2007.

Hakeri, Hakan: **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, Ankara, Seçkin, 2006.

Hancı, Hamit: **Malpraktis**, Ankara, Seçkin, 2006.

Hatırnaz, Erol Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 2015.

Hızal, Abdullah, Çınarlı, Serkan “Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilikilişilik Uygulamaları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2015

Hortoğlu, Cengiz: “Tedavi Hataları”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Mart 2006.

İçel, Kayıhan: **Ceza hukukunda taksirden doğan subjektif sorumluluk**, İstanbul, 1966.

İçel, Kayıhan,

Akıncı-Sokullu, Füsun,

Özgenç, İzzet,

Sözüer, Adem,

Mahmutoğlu, Fatih S.,

Ünver, Yener: **Suç Teorisi**, 3.bs., İstanbul, Beta, 2004.

İnceoğlu, Sibel: “İnsan Hakları Bakımından Otanazi” Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C.3, S. 2, 2006

Jescheck, Hans-Heinrich: **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 2007.

- Kangal, Zeynel T.: “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt.15, 2011, sayı 4.
- Kayaer, Nebahat: “Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu”, İzmir, 2012.
- Keyman, Selahattin: “**Hekimin Cezai Sorumluluğu**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1978.
- Kıcalıoğlu, Mustafa: **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara-2011,
- Kıcalıoğlu, Mustafa: “Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu” **Terazi Hukuk Dergisi**, Aralık 2006, Sayı 4
- Kızıroğlu, Serap Keskin: “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme Ve Kısırlaştırma Suçları,” Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul, 2013.
- Koca, Mahmut: “**YTCK.da Hukuka Uygunluk Sebepleri**” Ceza Hukuku Dergisi, Ekim 2006, Sayı1, Yıl 1.
- Koca, Mahmut: “Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006**, Ankara, Yetkin, 2007.
- Kocasakal, Ümit: “Yeni Türk Ceza Kanununda Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.3. Sayı:2, 2006.
- Koç, Sermet: “Adli Tıbbi Açından Malpraktis Ve Hekim Sorumluluğu”, s.15. www.toraks.org
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Günışığı Yay., İstanbul, Nisan 2005.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler Işığında Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Ceza Sorumluluğu”, **İleri Teknoloji Tıbbi ve Hekim-Hasta İlişkisi, Uluslararası Katılımlı 2. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2006.

- Mosenheuer, Andreas: “Hekimlerin Cezalandırılabilirliğinin Sınırı Olarak, Varsayımsal Rıza”, **V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Namal,Arın: “Dişhekimisi ve malpraktis” (çevrimiçi) <http://www.ido.org.tr/dergiarsiv103.asp?ID=1450> 01.02.2019
- Oğuzman, M.Kemal,
- Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006,
- Otacı, Cengiz: **Kasten Öldürme Suçları**, Ankara, Seçkin, 2009.
- Önder,Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer: **TCK İzmir Şerhi**, C.1. Genel Hükümler, 3.bs., Ankara, 2006.
- Özbek, Veli Özer: **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı**, Cilt 2, Seçkin, Ankara 2008
- Özcan, Mesut: **Hekimin Tıbbi Hatalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- Özek, Çetin: “Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, **İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası**, Cilt 28, 1965.
- Özgül, Mehmet Emin: **Yeni tıbbi yöntemlerin hukuka uygunluğu** , İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2010
- Özpınar, Berna: **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara barosu, Ankara, 2007.
- Özsunay, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Ödevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu**, İstanbul, 1983.
- Öztürk, Bahri,

- Erdem, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10.bs., Ankara , Seçkin, 2008.
- Öztürk, Bahri: “Ötenazi”, **V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Öztürkler,Cemal: **Hukuk Uygulamasında tıbbi sorumluluk,teşhis,tedavi ve tıbbi müdahaleden doğan tazminat davaları**, 2.bs., Ankara, Seçkin, 2006.
- Pakiş, Işıl: “Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik”, **Adli Bilimler Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, Eylül 2014.
- Panting, Gerard: "The theory of consent", **East African Medical Journal** 07/2005; Vol. 82 s.131-132 (çevrimiçi) <http://0-web.ebscohost.com.divit.library.itu.edu.tr/ehost/detail?vid=1&hid=9&sid=ee1aea3e-2fae-4cf9-8890-3ef4b4973d43%40sessionmgr14&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=cmedm&AN=16167735> 17.12.2009.
- Polat, Oğuz: **Tıbbi Uygulama Hataları**, Ankara, Seçkin, 2005.
- Polat, Oğuz: “Tıbbi Uygulama Hataları”, (çevrimiçi) <http://www.adlitip.org.tr/?p=52>, erişim tarihi 05.02.2019.
- Polat, Oğuz: “Bilirkişilik ve Adli Tıbbın Yargıdaki Önemi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 10, Aralık 2014
- Reşit, Mustafa: **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954.
- Rosenau, Henning: “Rıza gösterme ehliyetine sahip olmayanlarda aydınlatma ve rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çeviren Ali Kemal Yıldız, cilt 3, sayı 2, Aralık 2006.
- Rosenau, Henning: “Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza”, Çev. Ahmet Hulusi Akkaş, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2013.
- Savaş, Halide: “Tıbbi Hata Davalarında Resmi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 82, Sayı 3.

- Savaş, Halide: **Yargıya yansıyan tıbbi müdahale hataları**, Ankara, Seçkin, 2013.
- Şenocak, Zarife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, Turhan, 1998.
- Şuekici, Sevim: “Tıpta yanlış uygulamalar nedeniyle hekimin sorumluluğu ve mesleki sorumluluk sigortası”, (çevrimiçi) <http://sdplatform.com/KonukYazarMakale.aspx?ID=27>, 14.02.2018.
- Tacir, Hamide: **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011
- Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 3.Bası, Ankara, 1987, C.II, S.1
- Teke/Alkan/Başbulut/Cantürk: **Tıbbi uygulama hataları ile ilgili kanuni düzenlemelere hekimlerin bakışı ve bilgilendirme düzeyi: anket çalışması** (çevrimiçi) www.biyotetik.org.tr/makaleler/Malpraktis/Teke.pdf, 15.03.2009.
- Tetik, Dilara: “Hekimlerin Sorumluluğu- Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bunun Ceza Hukuku Bakımından Sonuçları”, **Hukuk Köprüsü**, sayı 15, Aralık 2018.
- Ünver, Yener: **Ceza Hukukunda İzin verilen Risk**, İstanbul, 1998.
- Ünver, Yener: “Türk Tıp Hukuku’nda Rıza”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı**, C.3, S.2, Yıl:2006.
- Ürekli, Bilge Nur: “Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu”, İstanbul, 2017.
- Yalvaç, Gürsel: **Hukuksal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, editörler: Bilge, Yaşar - Geçim, İ. Ethem, 1. Bası, Baskıev yayını, İstanbul, 2012.
- Yaşar, Osman,

Gökcan, Hasan Tahsin ,

Artuç, Mustafa: **Türk Ceza Kanunu**, C.2.,Ankara, Adalet, 2010.

Yavuz İpekyüz, Filiz: **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat, 2006.

Yenidünya, Caner: **“ Hekimin Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu ”, Sağlık Hukukunda Dünyada ki Son Gelişmeler**, İstanbul, 2009.

Yenisey, Feridun: **“Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

Yılmaz, Battal: **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet, 2017.

Yılmaz, Işık, Ş. Berfin: **“Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**
“ TBB Dergisi 2012 (98) s.393.

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 ,Şubat 2006 ,s.55-69,(çevrimiçi)**
<http://www.ctf.edu.tr/stek/bb48.htm>, 02.04.2009