

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TÜRK HUKUKUNDA HEKİMLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN

Hazırlayan
Batuhan DEMİRTAŞ

Malatya-2021

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

TÜRK HUKUKUNDA HEKİMLERİN CEZAI SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Batuhan DEMİRTAŞ

Tez Danışmanı:

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN

Malatya-2021

ONUR SÖZÜ

Dr. Öğretim Üyesi İbrahim DURHAN'ın danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırladığım “Türk Hukukunda Hekimlerin Cezai Sorumluluğu” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel kurallara uyarak, tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün kaynakların hem metin içinde hem de kaynakçada kurallara uygun biçimde gösterilenlerden oluştuğunu belirtir, bunu onurumla doğrularım.



ÖZET

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de tıp alanında son yıllarda birçok olumlu gelişme yaşanmaktadır. Gerek sağlık kurumlarının sayısı ve niteliğindeki artış gerekse de hekimlerin eğitimi ve tıbbi malzeme kullanımındaki olumlu gelişmeler, geçmişe nazaran hatalı tıbbi uygulama konusunda bir farkındalığın ortaya çıkmasını sağlamıştır. Her ne kadar durum böyle de olsa, hatalı tıbbi uygulamalar maalesef artarak devam etmektedir. Bazen bu hatalı uygulamalar ceza hukuku bağlamında suç oluşturan fiillerin ortaya çıkmasına dahi neden olmaktadır.

Dünya genelinde hekimlerin cezai sorumlulukları konusunda çok fazla akademik ve bilimsel çalışma mevcuttur. Ülkemizde de yeni yeni gelişen bu alanda akademik ve bilimsel düzeyde çalışmalar ortaya konulmaya başlanmıştır. Biz bu çalışmamızda kendi hukukumuzda hekimlerin cezai sorumlulukları konusunda ne gibi düzenlemelerin mevcut olduğunu, hekimlerin hangi fiillerinin hangi suça vücut verdiğini ve bir suç ortaya çıktığında hekimlerin ne gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalacaklarını inceleyeceğiz.

Çalışmamızda yer verdiğimiz suç tiplerini incelerken de özellikle hekimin fail olduğu durumlarda, suç tipinin genel görünüm şeklinden ne gibi farklı özellikler göstereceği, bazı suç tipleri bakımından ortaya çıkan tartışmalı ve farklılık arz eden durumların neler olduğu ve yargı kararlarında hekimin fail olması durumunda suçun görünümünün nasıl olacağı üzerinde duracağız.

Bu bağlamda, çalışmamızın ilk kısmında konuya kısa bir giriş yapılacak, ikinci kısmında konumuz bakımından önemli olan bazı kavramlar açıklanacak, üçüncü kısmında hekimlerin hukuki, idari, mesleki etik ve cezai sorumluluklarına kısaca değinilecek, dördüncü kısmında kamu görevlisi olan hekimlerin soruşturma izni süreci incelenecek, beş ve altıncı kısımlarında hekimler tarafından işlenebilecek suçlar ve kabahatler detaylıca açıklanacak ve yedinci kısmında -sonuç bölümünde- çalışma konumuz ile ilgili kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

Çalışmamızda her suç tipini incelerken önce suç tipine ait genel bilgiler vermeye, ardından çalışmamızın asıl konusunu oluşturan hekimin suçun faili olması durumunda suç tipi bakımından tartışmalı olan ve özellik arz eden durumları değerlendirmeye çalışacağız.

Bu değerlendirmeyi yaparken de hekimin suçun faili olduğu durumlarda suçun görünüm şeklinde nasıl farklılıklar olacağını yargı kararları ışığında ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Hekim, Hasta, Yaşam Hakkı, Tıbbi Uygulama, Komplikasyon, Rıza, Taksirle Yaralama, Taksirle ldrme.



ABSTRACT

As in the world, there have been many positive developments in the field of medicine in our country in recent years. Both the increase in the number and quality of health institutions, as well as the training of physicians and the positive developments in the use of medical equipment have led to an awareness of malpractice compared to the past. Although this is the case, erroneous medical practices unfortunately continue to increase. Sometimes these erroneous practices even lead to the emergence of criminal acts in the context of criminal law.

There are many academic and scientific studies on the criminal liability of physicians around the world. In our country, academic and scientific studies have begun to be put forward in this newly developing field. In this study, we will examine what kind of regulations exist in our own law regarding the criminal liability of physicians, which actions of physicians give rise to which crime, and what sanctions physicians will face when a crime occurs.

While examining the types of crimes we have included in our study, it has been discussed how the type of crime will differ from the general appearance of the crime, especially in cases where the physician is the perpetrator, what are the controversial and different situations that arise in terms of some crime types, and what the appearance of the crime will be if the doctor is the perpetrator in judicial decisions we will stop.

In this context, in the first part of our study, a brief introduction to the subject will be made, in the second part some concepts that are important for our subject will be explained, in the third part, the legal, administrative, professional ethical and criminal responsibilities of physicians will be briefly mentioned, in the fourth part, the investigation permit process of public servants will be examined. In the sixth part, crimes and misdemeanors that can be committed by physicians will be explained in detail, and in the seventh part - the conclusion part - a brief evaluation will be made about our study subject.

In our study, while examining each type of crime, we will first try to give general information about the type of crime, and then we will try to evaluate the controversial and peculiar situations in terms of the type of crime, if the physician, who is the main subject of

our study, is the perpetrator of the crime. While making this evaluation, we will try to reveal how the appearance of the crime will differ in the light of judicial decisions in cases where the physician is the perpetrator of the crime.

Keywords: Physician, Patient, Right to Life, Medical Practice, Complication, Consent, Negligent Injury, Negligent Killing.



İÇİNDEKİLER

ONUR SÖZÜ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
KISALTMALAR	x
1. GİRİŞ	1
2. TIP HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ	4
3. TIP HUKUKUNDA HEKİMİN SORUMLULUK TÜRLERİ	8
3.1 Hekimlerin hukuki sorumluluğu.....	8
3.2 Hekimlerin idari sorumluluğu.....	12
3.3 Hekimlerin mesleki etik sorumluluğu	13
3.4 Hekimlerin cezai sorumluluğu	14
4. KAMU GÖREVLİSİ OLAN HEKİMLERİN SORUŞTURMA İZNİ SÜRECİ	16
4.1 4483 sayılı Kanun’a tabi kamu görevlisi hekimler bakımından	16
4.2 2547 sayılı Kanun’a tabi kamu görevlisi hekimler bakımından	18
5. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLEN SUÇLAR.....	19
5.1 Kasten öldürme ve kasten yaralama suçları	19
5.2. Kasten öldürme ve yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçları	28
5.3 Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları	35
5.4 İnsan üzerinde deney ve deneme suçu	51
5.5 Organ veya doku ticareti suçu.....	55
5.6 Çocuk düşürtme suçu.....	62
5.7 Kısırlaştırma suçu	74
5.8 Verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçu.....	77
5.9 Belgede sahtecilik suçları	94
5.10 İrtikap suçu	103
5.11 Rüşvet suçu.....	110
5.12 Görevi kötüye kullanma suçu.....	115
5.13 Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu	123
5.14 Genital muayene suçu	130
5.15 Hekim olmadığı halde hasta tedavi etme veya hekim unvanı takınma suçu.....	135

6. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLEN KABAHAHLER	141
6.1 Yetkisiz hekimlik kabahati	141
6.2 Bazı normlara aykırılık kabahati.....	143
6.3 Yetkisiz diş hekimliği yapma kabahati.....	144
6.4 Sağlık meslek mensubu gibi çalışmak veya unvanı takınmak kabahati	146
6.5 Hastanın rızası olmaksızın bir müdahale yapmak kabahati.....	147
7. SONUÇ	149
KAYNAKÇA.....	152



KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ErcÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Kanunu
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı

s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: Ve benzerleri
vd.	: Ve diğerleri

1. GİRİŞ

Hekimlik mesleği uzun bir bilimsel ve akli geçmişe, geleneğe dayanmaktadır. Hekimlerin yaptıkları iş doğası gereği insanın en temel hakkı olan yaşama hakkının hayata geçirilmesinde çok büyük bir öneme sahiptir. Yaşama hakkı Anayasamızın 17. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde hukuki koruma altına alınmış olan insanın doğuştan kazanmış olduğu, vazgeçilemez ve devredilemez en temel hakkıdır. Bu hakkın gerçek manada hayata geçirilmesinde en önemli işlevi hekimler yerine getirmektedir. Böylesi önemli bir görevi üstlenmiş olan hekimlerin sorumluluklarının da buna paralel olarak diğer insanlardan daha farklı olması doğaldır.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken karşı karşıya kaldıkları sorumluluk türlerini hukuki, idari, mesleki etik ve cezai olmak üzere 4 başlık altında toplayabiliriz.¹

Hekimin hukuki sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. maddesinde yer alan haksız fiile dayalı kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı bir eylem, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Hekimin idari sorumluluğu; kamu görevlisi olan hekimlerin kamu hastanelerinde yapmış olduğu hatalı tıbbi müdahalelerden kaynaklanmaktadır. Kamu hastanesinde çalışan bir hekim tarafından yapılan hatalı bir tıbbi müdahalede idarenin hizmet kusuru vardır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde *“idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından tam yargı davası açılabileceği”* hükme bağlanmıştır. Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrası *“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”* hükmünü içermektedir. Böylece, hekimin kusurundan dolayı ortaya çıkan zararlar sebebiyle idare tarafından ödenen

¹ Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, 2008/57 (3), s. 227.

tazminatın daha sonradan zarara neden olan hekimden rücu edilerek istenmesi mümkün hale gelmektedir.

Hekimin mesleki etik sorumluluğunun temelini 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi² (Tüzük) oluşturmaktadır. Bu Tüzüğün 1. maddesine göre hekim ve dış hekimlerinin etik bakımından uymakla yükümlü bulundukları kurallar mezkur Tüzük'te gösterilmiştir. Ayrıca Türk Tabipleri Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda kabul edilmiş olan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da bu bağlamda hekimlerin mesleki etik sorumluluğunu düzenleyen kurallar arasındadır.

İşbu çalışmamızın asıl konusunu hekimlerin cezai sorumluluğu oluşturmaktadır. Hekimlerin cezai sorumluluğu ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kusursuz ceza olmaz ilkesi gereğince kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu bakımdan hekimin kusuru ya kasta ya da taksire dayalı olmalıdır. Kast; Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. (md. 21/1) Taksir ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. (md. 22/2) Bu tanımlardan yola çıkarak şunu söyleyebiliriz ki; hekim eğer olumsuz sonuca bilerek ve isteyerek sebebiyet vermişse sorumluluğu kasta dayalıdır. Ancak; bu olumsuz sonuca dikkatsizliği, tedbirsizliği veya özensizliği dolayısıyla sebebiyet vermişse, bu durumda sorumluluğu taksire dayalıdır. Bununla beraber hekimin gereken tüm özen ve dikkati göstermesine rağmen ortaya çıkan bazı olumsuz neticeler de olabilir. Bu olumsuz neticeler *komplikasyon* olarak kabul edilir ve bu durumlarda hekimin hiçbir sorumluluğu -evleviyetle de cezai sorumluluğu- söz konusu olmaz.³

Ülkemizde insan hakları alanındaki gelişmelerin doğal olarak hasta hakları üzerinde de etkide bulunduğu söylenebilir. Hastaların sağlık sisteminden ve sağlık personelinin beklentilerinin artmış olması, medyada yapılan yayınlarla toplumun hassasiyetinin artması ve bazı avukatların bu tür davaları özel çalışma alanı olarak

² R.G. 19.02.1960 T., S:10436.

³ Koç, Sermet, "Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 14.

belirlemeleri gibi hususlar tıbbi müdahaleler bakımından şikayetlerin artmasının nedenleri olarak belirtilmektedir.⁴

Biz bu çalışmamızda hekimlerin cezai sorumluluğunun hekimlik mesleğinin kendi özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle hareket ederek; hekimlerin suçun faili olması durumunda, suçları ve kabahatleri gerek mevzuattaki düzenlemeler bağlamında gerekse de yargı kararları ışığında değerlendirmeye çalışacağız. Bu bakımdan; hekimlerin sorumluluklarını etkilemesi dolayısıyla tartışmalı olan, özellik arz eden ve genel durumdan farklılık gösteren hususlara özellikle değinmeye gayret edeceğiz.

⁴ Çetin, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006, s. 31.

2. TIP HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan hekimler tarafından işlenebilen suçları ve kabahatleri detaylıca incelemeye geçmeden önce çalışmamızla alakalı bazı kavramları açıklamak ve tıp hukukuna genel olarak bir giriş yapmak uygun olacaktır.

Tıp; Türk Dil Kurumu sözlüğünde *hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, hekimlik, tababet.* şeklinde tanımlanmaktadır. Genel olarak tıp, “insan sağlığının sürdürülmesi ya da bozulan sağlığın yeniden düzeltilmesi için uğraşan, hastalıklara tanı koyma, hastalıkları tedavi etme ve hastalık ve yaralanmalardan korumaya yönelik çalışmalarda bulunan birçok alt bilim dalından oluşan bilimsel disiplinlerin şemsiye adı.” şeklinde tanımlanabilir.⁵

Hukuk; Türk Dil Kurumu sözlüğünde, *toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü, tüze.* şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk kavramının öğretilerinde birçok farklı tanımla karşılaşılır. Genel olarak hukuk, “toplumu düzenleyen ve bu hususta devlet tarafından yaptırımlar uygulanan kuralların bütünü.” şeklinde tanımlanabilir.⁶

Tıp hukuku; sağlık hukukunun bir alt dalı olarak; tıbbın uygulanmasından kaynaklanan sağlık personelinin hak ve yükümlülükleri, yasal sorumluluğu, hasta hakları, ilaç hukuku, medikal hukuk gibi konuları ele alan bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalının temel özelliği; disiplinlerarası bir hukuk dalı olması ve anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku ve medeni hukuku ilgilendiren yönlerinin bulunmasıdır.⁷

Her ne kadar tıp hukukunun bu çalışmamızda bizi ilgilendiren kısmı ceza hukuku yönünden olsa da muhakkak ki hukuku bir bütün olarak düşünmek ve değerlendirmeler yaparken tüm hukuku bütüncül bir bakış açısıyla irdelemek ve incelemek gerekmektedir. Sağlık hukuku tıp hukukunu da kapsayan bir alan olup sağlık hukuku şu şekilde tanımlanabilir: “Sağlık hizmeti talep eden hastalar ile talep edilen hizmeti sunan sağlık mensupları ve kurum/kuruluşlar ile olan ilişkilerin düzenlendiği bir alandır.”⁸

⁵ Hakeri, 2020, s. 52.

⁶ Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, (14. Baskı), Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 25.

⁷ Hakeri, 2020, s. 52.

⁸ Özçetin, Selvi ve Murat Balaban, Sağlık Hukuku, Bizim Akademi Yayınları, Ankara 2013, s. 12.

Hekim; Türk Dil Kurumu sözlüğünde, *insanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip.* olarak tanımlanmaktadır. Genel olarak hekim, “özellikle modern toplum hayatında, hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme ve dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunabilme yetkisi tanınmış kişiler.” şeklinde tanımlanabilir.⁹ Öğretide yapılan bir başka tanım ise şöyledir: “Doktor, tıp fakültesini bitirmiş, pratisyen veya uzman, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edilen kişidir.”¹⁰

Hasta; Hasta Hakları Yönetmeliği’nde¹¹, *sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi ifade etmektedir.* şeklinde tanımlanmıştır. (md. 4/b) Öğretide ise; hasta kavramının “bir tedavi işlemine, bir cerrahi müdahaleye rıza gösteren, müdahalenin pasif tarafı olan kişi.” olarak da tanımlanabileceği belirtilmektedir.¹²

Hastalık; Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde, *organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, ruh sağlığının bozulması durumu.* şeklinde tanımlanmaktadır.

Tedavi; “hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması.” olarak tanımlanabilir. Tedavi ayrıca, “hastalık sayılan bozuklukları gidermek ve azaltmak için yapılan, tıbbi, cerrahi ve psikolojik ameliyeler.” olarak da tanımlanmaktadır.¹³

Tıbbi müdahale; tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi -yani hekim- tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder.¹⁴ Öğretide bir başka tanıma göre; tıbbi müdahale, “resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel veya ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçimde gerçekleştirilen bir girişim.” olarak ifade edilebilir.¹⁵ Yine öğretide yer alan bir başka tanıma göre “tıbbi müdahale; tıp mesleğini icra etmeye yetkili olan sağlık

⁹ Hakeri, 2020, s. 52.

¹⁰ Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara 1991, s. 5.

¹¹ R.G. 01.08.1998 T., S:23420.

¹² Hatemi, Hüseyin, “Özel Hasta Gruplarının Hakları”, Sağlık Hakkı, 2006 (1), Ankara, s. 42.

¹³ Güreli, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İÜHF, 1979, 1980, 1981, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. 45-47, S. 1-4, s. 271.

¹⁴ Ayan, 1991, s. 5.

¹⁵ Çilingiroğlu, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 15.

personeli tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak hastalıkları tedavi etmek amacıyla gerçekleştirilen faaliyetleri, tedavi ve bakım sürecini kapsayan ve tıp bilimi kurallarına göre yapılan işlemleri” ifade etmektedir.¹⁶ Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol’ün 2. maddesinde “müdahale” kavramı şöyle tanımlanmıştır:

“Bu protokolün amaçları bağlamında müdahale terimi,

1.Bir fiziksel müdahaleyi ve

2.İlgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir.”

Bu konuda mevzuatımızdan örnek olarak Hasta Hakları Yönetmeliği ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik¹⁷ gösterilebilir. Bu Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde müdahale ve cerrahi müdahalenin tanımları yapılmıştır. Buna göre; “*Müdahale; tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemleri,*” “*Cerrahi müdahale; tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları*” ifade eder. Hasta Hakları Yönetmeliğinde 2014 yılında yapılan değişiklikle tanımlar kısmına tıbbi müdahalenin de tanımı eklenmiştir. Buna göre tıbbi müdahale; “tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan sağlık koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimi” ifade etmektedir. (md. 4/1,g)¹⁸ Yargıtay tıbbi müdahaleyi, “tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁹

Tüm bu açıklamalar ışığında tıbbi müdahaleye örnek olarak şunları gösterebiliriz:

- Teşhis
- Tahlil
- Tedavi
- İlaç yazılması

¹⁶ Kahraman, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İÜHFM, 2016/7 (1), s. 481.

¹⁷ R.G. 01.06.2005 T., S:25832.

¹⁸ Hakeri, 2020, s. 55.

¹⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14.04.2014 tarih ve 2014/149 Esas, 2014/8841 Karar sayılı kararı.

- Korunma
- Estetik cerrahi
- Psikiyatrik müdahale
- Adli muayene.

Tıbbi hata (malpraktis); Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesinde, "bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması" şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay ise tıbbi hata kavramını kullanmakta ve bu kavramının tanımını şöyle yapmaktadır: "*Doktorun, tıbbi müdahale sırasında standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış yada eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir.*"²⁰

Tıbbi uygulama hatalarını beş grupta toplamak mümkündür. Bunlar; *teşhis hatası, tedavi hatası, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru ve üstlenme kusurudur.* Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu bir hatasından dolayıdır. Buna karşılık komplikasyon dolayısıyla hekim sorumlu tutulamaz. Tıbbın kurallarına ve gereklerine uygun davranmakla birlikte sonuç değişmemiş ise bundan dolayı doktor sorumlu olmaz.²¹ İster sözleşmeden ister haksız fiilden kaynaklı olsun özel hukuk sorumluluğu ile ceza hukuku sorumluluğu bakımından kusur prensibi esastır. Tıbbi hatanın söz konusu olması için hekimin hastaya karşı bir yükümlülüğünün bulunması, uygulanabilir tedavi veya bakım standardının ihlal edilmiş olması, tazmin edilebilir bir zararın var olması ve yapılan ihlal ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.²²

²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.05.2017 tarih ve 2017/271 Esas, 2017/278 Karar sayılı kararı.

²¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 21.01.2002 tarih ve 2001/10959 Esas, 2002/487 Karar sayılı kararı.

²² Ersoy, Yüksel, "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", TBB Dergisi, 2004 (53), s. 161.

3. TIP HUKUKUNDA HEKİMİN SORUMLULUK TÜRLERİ

Hekimler; mesleklerini icra ederlerken yaptıkları tıbbi müdahalelerden dolayı hukuki, idari, mesleki etik ve cezai sorumlulukla karşı karşıya kalabilirler. Bu çalışmamızda her ne kadar asıl olarak hekimlerin cezai sorumlulukları incelenecek olsa da kısaca hekimlerin hukuki, idari ve mesleki etik sorumluluklarına da değinmek yararlı olacaktır.

3.1 Hekimlerin hukuki sorumluluğu

Hukuk düzeninin hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil ile maddi veya manevi zarar vermiş olan kişiyi verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutmasına hukuki sorumluluk denir.²³

Hekimin hatalı tıbbi uygulama nedeniyle sorumluluğu esas itibariyle iki nedene dayanır: Sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil. Kural olarak hekimin sorumluluğu sözleşme sorumluluğudur. Bununla beraber bir sözleşmenin olmadığı hallerde haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Aslında hastanın vücut bütünlüğüne yönelmiş müdahalelerde sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranış aynı zamanda haksız fiil oluşturmaktadır. Bu sebeple hasta hekime karşı dava açacağı zaman sözleşmeye veya haksız fiile dayanabilir.²⁴

Mevzuatımızda hekimin hukuki sorumluluğunu doğrudan düzenleyen bir hüküm olmamasına rağmen gerek genel kanunlarda gerekse özel düzenlemelerde hekimin sorumluluğuna yönelik birçok düzenleme mevcuttur.²⁵ Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda hekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 49. maddesi gereğince sorumlu olacaktır.²⁶

TBK'nın 49. maddesinde düzenlendiği gibi *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir*

²³ Korkusuz, M. Halit, “Sorumluluk Hukuku Kapsamında Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, s. 101.

²⁴ Ayan, 1991, s. 116.

²⁵ İpekyüz, F. Yavuz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, DÜHFD, 2015/20 (33), s. 19.

²⁶ İpekyüz, s. 24.

hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Tazminat sorumluluğunun söz konusu olması için dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır.

Bir sözleşme ilişkisinin varlığı durumunda hukuka aykırılık sözleşmenin ihlali şeklinde kendisini gösterir. Buna karşılık haksız fiil ilişkisindeki hukuka aykırılık başkalarının gerek malvarlığı gerekse şahıs varlığı değerlerine zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlalini ifade eder.²⁷

Bu bağlamda tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için bazı şartların birlikte bulunması gerekmektedir. Bu şartları üç başlık altında toplayabiliriz: Tıbbi müdahalenin sağlık personeli (esas itibarıyla hekim) tarafından yapılması, aydınlatılmış hastanın rızası ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun bir tıbbi müdahale yapılması.²⁸

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabileceği muhtemel olumsuz etkiler dolayısıyla, tıbbi müdahale yetkisi sadece sağlık personeline, esas itibarıyla hekime verilmiştir. Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kimseye hekim adı verilmektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 1. maddesine göre *“Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

Hastanın kendi vücudu üzerindeki hakları; vücut üzerinde yapılmak durumunda olan tıbbi müdahalenin, ancak hastanın rızasıyla yapılabilmesini gerekli kılmaktadır.²⁹ Anayasamızın 17. maddesine göre *“Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesinde *“tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar.”* hükmü yer almaktadır.

Aydınlatılmış rıza ya da bilgilendirilmiş rıza riskleri; yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli

²⁷ Ayan, 1991, s. 167.

²⁸ Hakeri, 2020, s. 270.

²⁹ Hakeri, 2020, s. 296.

düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüte yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ve uygulamanın hasta tarafından gönüllü olarak kabulü şeklinde tanımlanmaktadır.³⁰

Tıbbi müdahale için hastanın rızasının bulunması kural olsa da bazı durumlarda hastanın rızasının olup olmamasına bakılmaksızın yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.³¹ Bunları; acil haller, kamu sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler, akıl hastaları ile ilgili düzenlemeler, ceza hukukunun öngörmüş olduğu düzenlemeler, sağlık raporuna itiraz halinde muayene yükümlülüğü, diğer hukuk dallarındaki düzenlemeler, varsayılan rıza, kanun hükmünü icra, üstün nitelikte özel yarar ve muhtemel rıza başlıkları altında toplayabiliriz. Mesela kamu sağlığının söz konusu olduğu hallerde bulaşıcı hastalıklarla mücadele sırasında kanuna uygun olarak yapılması gereken işlemlerde veya mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararın yerine getirilmesinde kişinin rızası olmasa dahi tıbbi müdahale yapılabilmesi mümkündür.³² Aynı şekilde trafik kazası sonucu veya başka bir sebeple hastanın bilincinin kapalı olması durumunda da hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı kabul edilir ve rızaya gerek olmadan müdahalede bulunulabilir.

Son olarak da, yapılan tıbbi müdahalenin tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun bir müdahale olması gerekmektedir. Tıp biliminin gereklerine uygun müdahale kavramı “*endikasyon*” olarak da adlandırılmaktadır. Bu husus Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin (Tüzük) 13. maddesinin 3. fıkrasında “*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.*” denmektedir. Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 12. maddesi de “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” demektedir. Aynı şekilde Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki “*tıbbi zorunluluklar*” ibaresi de endikasyon kavramına işaret etmektedir.

³⁰ Güzelde, M. Erdal, Hasta Bilgilendirmenin Önemi, Aydınlatılmış Onam, Konya-Karaman Tabip Odası Yayını, Konya 2006, s. 22.

³¹ Kahraman, 2016, s. 497.

³² Kahraman, 2016, s. 496.

Hekimin yukarıda bahsedilen şartlarla beraber tıbbi müdahalesini tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde ve özenle gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Hekimin sözleşme nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için sözleşme ihlalinin yanı sıra kusurlu da olması gerekir. Aynı şekilde haksız fiil sorumluluğu için de kusur aranır. Kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan davranış biçimidir.³³

Kusur, kast veya ihmal şeklinde olabilir. Kast; uygulamada fazla rastlanmayan bir durum olmakla beraber, özellikle endikasyon bulunmayan hallerde, ücret alabilmek amacıyla hareket ediliyorsa, hekimin sorumluluğu kasttan dolayı olacaktır. İhmal ise, özen eksikliği anlamına gelmektedir. İhmal; yoğunluğuna göre ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır ve bu husus, tazminat miktarının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur.

Sözleşme ihlaline veya haksız bir fiile rağmen bir zarar meydana gelmemişse, artık hekimin sorumluluğuna da gidilemez. Zarar, maddi veya manevi zarar şeklinde gerçekleşebilir.³⁴ Zararın hastanın malvarlığında meydana gelmesi durumunda maddi, kişisel değerleri üzerinde meydana gelmesi durumunda ise manevi zarar oluşmaktadır.³⁵ Tedavi giderleri, destekten yoksun kalma, cenaze masrafları ve bunlar gibi diğer giderler maddi zarara örnek gösterilebilir. Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle meydana gelen manevi zararları karşılamaya yönelik olarak hakimın hükmedeceği tazminata ise manevi tazminat adı verilmektedir.³⁶ TBK'nın 56. maddesinde bedensel zararın karşılığında manevi tazminat ödeneceği belirtilmektedir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görene veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir. Manevi zarar durumunda ise hastanın veya bazı durumlarda ailesinin hekim tarafından yapılan hatalı tıbbi müdahaleden dolayı ortaya çıkan zarar nedeniyle yaşadıkları acı ve üzüntü karşılığı olarak uygun miktarda tazminat talep edebilmeleri mümkün olacaktır.³⁷ Manevi tazminatin hesaplanmasında; ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve sosyal durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur

³³ Ayan, 1991, s. 100.

³⁴ Hakeri, 2020, s. 1054.

³⁵ İpekyüz, s. 35.

³⁶ Hakeri, 2020, s. 1064.

³⁷ Atlan, Hülya., "Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi", AÜHFD, 2016/65 (4), s. 2664.

oranı, davacılar da yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar göz önünde bulundurulmalıdır.

Son olarak da; sözleşmenin ihlali veya haksız fiil ile meydana gelen zarar arasında bir neden-sonuç ilişkisinin kurulabilmesi gerekir. Hekimin sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu yükümlülük ihlalinin hastanın yaralanmasına veya ölümüne yol açmış olması gerekir. Başka bir anlatımla, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı icrai veya ihmali hareketi ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır.³⁸ Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadı *“bir olay, hayattaki genel davranışlara ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayın meydana getirmeye elverişli bulunuyorsa ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır.”* şeklindedir. Mücbir sebepler, 3. kişinin kusuru veya hastanın kendi kusurunun söz konusu olduğu durumlarda nedensellik bağının varlığından söz edilemez.³⁹

3.2 Hekimlerin idari sorumluluğu

Hekimlerin idari sorumluluğu, hastanın tıbbi müdahale için kamu hastanesine başvurması ve kamu görevlisi olan hekimin hatalı bir tıbbi müdahale yapması durumunda ortaya çıkmaktadır. Kamu hastanesinde çalışan ve kamu görevlisi bir hekim tarafından yapılan hatalı bir tıbbi müdahalede idarenin hizmet kusuru vardır.

Genel olarak hizmet kusuru teşkil eden haller; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesidir. Buna karşılık kişisel kusur hallerinde yani kamu görevlisi olan hekimin zarar verecek eyleminin hizmetle hiçbir ilgisi yoksa veya kasıtlı işlenmişse ya da suç oluşturuyorsa artık idarenin tazminat sorumluluğu değil, kamu personelinin şahsi sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁴⁰

İdari sorumluluğun ortaya çıkması için bir zararın varlığı, zararı doğuran eylemin idareye yüklenebilir olması ve zararlı sonuç ile eylem arasında doğrudan doğruya bir nedensellik bağının bulunması zorunludur.

³⁸ Hakeri, 2020, s. 1055.

³⁹ İpekyüz, s. 37.

⁴⁰ Çağlayan, Ramazan., “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, GİRNE-AMERİKAN ÜNİVERSİTESİ SAĞLIK HUKUKU SEMPOZYUMU, ADALET YAYINEVİ, ANKARA 2010, s. 100.

İdare hukukunda zarar, kişinin maddi veya manevi varlığında ortaya çıkan kayıp ve eksikliklerdir.⁴¹ Zarar, maddi veya manevi nitelikte olabilir.

Zarar, gerçek. kesin ve özel olmalı, para ile takdir edilebilmelidir.⁴² Bu sorumluluk kapsamında idarenin bir hizmet kusuru söz konusu olmalıdır. Danıştay'ın yerleşik hale gelmiş bir içtihatında, *“Zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlanan kişilerin zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir.”*⁴³ demiştir.

Son olarak da idarenin eylemi ile meydana gelen zarar arasında uygun bir bağ yoksa idarenin tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Danıştay'a göre *“gerekli tüm tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi görme yeteneğini kaybetmiş olan kişinin zararından idare sorumlu tutulamaz.”*⁴⁴

Anayasamızın 129. maddesinin 5. fıkrası *“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”* hükmünü içermektedir. Böylece, kamu görevlisi olan hekimin kusurundan dolayı ortaya çıkan zararlar sebebiyle idare tarafından ödenen tazminatın daha sonradan zarara neden olan hekimden rücü edilerek istenmesi mümkündür.

3.3 Hekimlerin mesleki etik sorumluluğu

Tıp etiği, tıp ve sağlık alanında yapılan bilimsel ve pratik çalışmaların etik bakımından incelenmesi ve aynı zamanda hekim ile hasta arasında yaşanan mesleki ve

⁴¹ Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1973, s. 441.

⁴² Kızılyel, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, s. 220.

⁴³ Danıştay 15. Dairesinin 04.02.2016 tarih ve 2015/5835 Esas, 2016/586 Karar sayılı kararı.

⁴⁴ Danıştay 10. Dairesinin 18.01.2001 tarih ve 2001/3370 Esas, 2001/109 Karar sayılı kararı.

ahlaki sorunların değerlendirilip çözümlenmesini hedefleyen bir disiplin şekli olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵

Tıp hukuku alanındaki temel meslek etiği kuralları Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde (Tüzük) düzenlenmiştir. Bu tüzüğün 1. maddesine göre *“hekim ve dış hekimlerinin deontoloji bakımından uymakla yükümlü bulundukları kurallar bu tüzükte gösterilmiştir.”* Keza Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesi tabip odalarına kayıtlı bulunan hekim ve dış hekimlerinin bu Kanun hükümlerine tabi olduklarını belirtmektedir.

Ayrıca Türk Tabipleri Birliğinin 47. Genel Kurulu'nda (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiş olan hekimlik meslek etiği kurallarının da hekimlerin mesleki etik sorumluluğu bakımından önemli bir kaynak teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda hekimlerin mesleki etik sorumluluğunu düzenleyen belli başlı kurumları şöyle sıralayabiliriz: Tabip Odası, Türk Tabipleri Birliği, Uzmanlık Derneği.

Yukarıda bahsettiğimiz Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 46. maddesine göre *“hekimler bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı davranışlarda bulunduklarında 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'na göre tabip odaları yönetim kurulları tarafından onur kurullarına sevk edilirler.”* Ayrıca Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'ne göre *“3 ila 6. maddelerde belirtilen disiplin suçlarını işleyenlere bu maddelerde belirtilen disiplin cezaları uygulanır.”* Disiplin cezası olarak meslekten men cezası verilebileceği gibi, mahkemeler de hatalı tıbbi uygulamalar nedeniyle geçici meslekten men cezası verebilir.

3.4 Hekimlerin cezai sorumluluğu

Tıbbi müdahalelerde bulunan hekimlerin amacı insanlara hizmet etmek olmasına rağmen bu amaca aykırı hareket halinde gerçekleştirmiş oldukları eylemlerden dolayı cezai olarak sorumluluk altına girebilirler. Dolayısıyla hekim tarafından gerçekleştirilen eylem eğer suç olarak kabul edilebiliyorsa bu halde ceza hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır ve hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁴⁵ Kızılarıslan, Hakan, Ceza Mahkemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, (1. Baskı), Ankara 2007, s. 182.

Hekimler bir suçun faili olduklarında yapma veya yapmama şeklinde icrai veya ihmali 2 tür eylemleri olabilir. Ceza hukukunun kabul görmüş evrensel ilkesine göre *kusursuz ceza olmaz*. Bu manada TCK kusuru kast ve taksir olmak üzere 2 farklı şekilde düzenlemiştir. Kast, TCK’da suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. (md. 21/1) Taksir ise TCK’da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. (md. 22/2) Bu tanımlardan yola çıkarak şunu söyleyebiliriz ki; hekim eğer olumsuz sonuca bilerek ve isteyerek sebebiyet vermişse sorumluluğu kasta dayalıdır. Ancak; bu olumsuz sonuca dikkatsizliği, tedbirsizliği veya özensizliği dolayısıyla sebebiyet vermişse bu durumda sorumluluğu taksire dayalıdır.

Daha önce de ifade edildiği gibi; tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir eylem olması için tıbbi müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması, aydınlatılmış hastanın rızası ve tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun bir tıbbi müdahale yapılması gerekmektedir. Bu minvalde tıbbi müdahaleyi yapanın sağlık personeli olmaması, hastanın rızasının olmaması ve müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olmaması durumlarında hekimin kusurunun kasta dayandığı kabul edilmektedir. Bunun dışında hekimin tıp biliminin gerekliliklerine uygun ve özenli bir tıbbi müdahale yapmaması durumunda hekimin kusurunun taksire dayandığı kabul edilmektedir. Hekimin kasten işlenen bir suçun faili olması pek de rastlanan bir şey değildir. Genelde hekimler tarafından işlenen suç tiplerine baktığımızda çoğunlukla taksire dayalı olduğunu görmekteyiz.

İşbu çalışmamızın asıl konusu olan hekimler tarafından işlenen suçları ve kabahatleri detaylıca incelemeye geçmeden önce, kamu görevlisi olan hekimler bakımından yürütülmesi gerekli olan soruşturma izni sürecini kısaca açıklamak yararlı olacaktır.

4. KAMU GÖREVLİSİ OLAN HEKİMLERİN SORUŞTURMA İZNİ SÜRECİ

Hekimler tarafından görevleri dolayısıyla işlenen suçlardan ötürü yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın usulü, çalıştıkları hastane bakımından farklılık arz etmektedir. Özel hastanelerde çalışan veya şahsi muayenehanesi olan hekimler ile ilgili soruşturmaya başlanabilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette veya ihbarda bulunulması yeterlidir. Ancak kamu kurumunda çalışan ve kamu görevlisi olan hekimler için durum farklıdır. Bu husus Anayasamızda da düzenleme alanı bulmuştur. Anayasamızın 129. maddesinde *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”* demek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

Bu hükme dayanarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. 4483 sayılı Kanun dolayısıyla, kamu görevlisi olan hekimler bakımından görevlerini icra ederken veya görevleri ile ilgili olan bir suç bakımından cumhuriyet savcıları doğrudan soruşturma yapıp dava açamazlar. Kanunda öngörülen idari merciin bu konuda izin veya karar vermesi gerekmektedir. Ancak bu Kanun’un uygulama alanı bulabilmesi için kamu görevlisi olan hekimin görevi sırasında ve görevi ile ilgili bir suç işlemesi gerekmektedir Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında *“Kamu görevlisinin görevi sırasında işlenen bir suç söz konusu olsa dahi görevi ile ilgili olmayan bir durum söz konusu ise 4483 sayılı Kanun’un uygulanmayacağı”* hususunu belirtmiştir.⁴⁶

4.1 4483 sayılı Kanun’a tabi kamu görevlisi hekimler bakımından

4483 sayılı Kanun’a tabi kamu görevlisi hekimler bakımından bu Kanun kapsamında bir suç işlendiği şüphesinin veya ihbarının bulunması durumunda savcılık sadece toplanması gerekli ve kaybolması ihtimali bulunan delilleri tespit etmek, başka hiçbir işlem yapmayarak ve özellikle de hakkında ihbar veya şikayette bulunulan kamu

⁴⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.02.2004 tarih ve 2004/10 Esas, 2004/40 Karar sayılı kararı.

görevlisi hekimin ifadesine başvurmaksızın evrağın örneğini 4483 sayılı Kanun'un 3. maddesinde liste halinde gösterilen ilgili idari makama göndererek soruşturma izni istemek zorundadır.⁴⁷

4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; kamu görevlisi hekimler hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikayetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikayet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgah adresinin bulunması zorunludur. Bu şartları taşımayan ihbar ve şikayetler Cumhuriyet Başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz.

4483 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca izin vermeye yetkili merciler; ilçede görevli kamu görevlisi hekimler hakkında kaymakam, ilde ve merkez ilçede görevli kamu görevlisi hekimler hakkında vali, bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlar da görev yapan kamu görevlisi hekimler hakkında görev yaptıkları ilin valisidir.

İzin vermeye yetkili makam 4483 sayılı Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini öğrendiğinde ön inceleme başlatır. (md. 5/1) Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahiptir. 4483 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre işlem yapabilirler, hakkında inceleme yapılan kamu görevlisi hekimin ifadesini almak suretiyle yetkileri içerisinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili merciye sunarlar. (md. 6/1) Ön inceleme sonucunda verilen rapor değerlendirilerek soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verilecektir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur. (md. 6/2) Tüm bu işlemler, izin vermeye yetkili merci tarafından 30 gün içerisinde tamamlanmalıdır. Bu süre zorunlu hallerde 15 günü geçmemek üzere 1 defa uzatılabilir. (md. 7/1)

Soruşturma izni verilmesi halinde, ilgili kamu görevlisi hekim bu karara itiraz edebilir. Soruşturma izni verilmemesi durumunda Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçinin, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikayetçinin itiraz hakkı vardır. İtiraz kural olarak bölge idare mahkemesi

⁴⁷ Hakeri, 2020, s. 1157.

tarafından değerlendirilir. İtiraz süresi yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür. (md. (9/2)

4483 sayılı Kanun'da ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. (md. 2/3)

4.2 2547 sayılı Kanun'a tabi kamu görevlisi hekimler bakımından

2547 sayılı Kanun'a tabi üniversite personeli olan hekimler bakımından söz konusu Kanun, 4483 sayılı Kanun'dan farklı bazı düzenlemeler öngörmüştür. Ancak bu Kanun'da yer almayan konularda yine 4483 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.⁴⁸

2547 sayılı Kanun'un 53/c maddesine göre; Yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu Kanun'a tabi hekimler hakkında ilk soruşturma görevlendirilecek bir soruşturmacı tarafından yapılır. Bu soruşturmacı raporu üzerine son soruşturmanın açılıp açılmamasına öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul karar verir. (md. 53/c-2)

Bu karar lüzum-u muhakeme veya men-i muhakeme kararı şeklinde olur. Lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2. Dairesince incelenerek karara bağlanır. (md. 53/c-4)

Lüzum-u muhakeme kararı kesinleşince iddianame yerine geçer ve böylece ceza davası açılmış olur.

4483 sayılı Kanun'da olduğu gibi bu Kanun'un uygulanma alanında da birtakım istisnalar mevcuttur.(md. 53/c-7)

⁴⁸ Hakeri, 2020, s. 1166.

5. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLEN SUÇLAR

Bu başlık altında incelenen suç tipleri önce genel olarak ele alınacak ve bu suç tipleri hakkında genel bilgiler verilecek, akabinde bu suçların hekimler tarafından işlenmesi durumunda özellik arz eden durumlar ve genel değerlendirmeden farklılaşan hususlar irdelenecektir. Suç tipleri incelenirken TCK'daki sıralama göz önünde bulundurulacak, TCK dışında düzenlenmiş suç tipleri bunun ardından incelenecektir.

5.1 Kasten öldürme ve kasten yaralama suçları

Herkesin insan olması sebebiyle doğuştan kazanılmış hakları bulunmaktadır. Bu hakların en başında hiç şüphesiz ki yaşama hakkı gelmektedir.⁴⁹

Hayat hakkı olarak da adlandırılan yaşama hakkı insanın en önemli, vazgeçilemez ve devredilemez hakkıdır. Yaşama hakkı, Anayasamızın 17. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi başta olmak üzere çok sayıda ulusal ve uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmıştır.⁵⁰

TCK'nın 81. maddesine göre; *“Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”* Yine aynı şekilde TCK'nın 86. maddesine göre; *“Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında korunan hukuksal yarar yaşama ve vücut bütünlüğü haklarıdır.⁵¹

Kasten öldürme ve kasten yaralama suçları, fail bakımından bir özellik göstermeyen, herkes tarafından işlenebilen suçlardır. Bu suçların mağduru ise öldürülen veya yaralanan insandır. Öldürülenin veya yaralananın yakınları mağdur olmayıp, bu suçtan zarar gören kişilerdir. Bu suçun konusunu başka bir insanın hayatı veya vücut bütünlüğü

⁴⁹ Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu”, MÜHF-HAD, 17 (1-2), s. 100.

⁵⁰ Gökçen ve Balcı, s. 102.

⁵¹ Tezcan, Durmuş, vd., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (12. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 127.

oluşturur. Bu nedenle öldürmeye veya yaralamaya yönelik fiilin ilk önce yaşayan bir insanın bedeni üzerinde icra edilmesi gerekir.⁵²

Bu bağlamda hayatın ne zaman başlayıp ne zaman bitmiş sayılacağı hususu önemlidir. Çocuğun doğmadan önce ana rahmindeki “*cenin*” adı verilen durumu göz önüne alındığında şu söylenebilir ki; cenin insan sayılmaz. Bu itibarla cenin kasten öldürme suçunun mağduru olamaz. Ceninin insan niteliğine kavuşabilmesi için doğumun bitmesi, yani ceninin anadan tamamen ayrılması gerekmektedir.⁵³ Bu bağlamda Yargıtay da bir kararında anne karnında ölen bebek bakımından öldürme suçunun söz konusu olamayacağını belirtmiştir.⁵⁴

Bu görüş kaynağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ndan (TMK) almaktadır. TMK’nın 28/1. maddesine göre, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar.*” Yargıtay da bir kararında bu görüşe paralel olarak (eski) Türk Ceza Kanunu’nun taksirle öldürme suçunun düzenlendiği 455. maddesinin 1. fıkrasında; taksirle bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmesinin suç olarak düzenlenmiş olduğunu, kimse sıfatı çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılacağını, bebek anneden tam olarak ayrılıp bağımsız bir canlılık kazanmadan önce, doğumun başladığı sırada ölmesi sebebiyle kimse sayılamayacağını belirtmiştir.⁵⁵ Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi de 2004 yılında vermiş olduğu bir kararında cenine yönelik eylemlerin öldürme suçu olarak cezalandırılmamasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu kararında cenine belli bir koruma sağlanması gerektiğini kabul etmekle beraber, bu korumanın yaşama hakkına sahip bir kimse ile eşit bir koruma olması gerektiği görüşünü reddetmiştir. Mahkemeye göre, yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Benzer şekilde Yüksek Mahkeme 2005 tarihli Evans/Birleşik Krallık kararında da, yaşamın başlangıcı konusunda bilimsel ve hukuksal bir tanım üzerinde Avrupa’da bir uzlaşma olmadığını, yaşama hakkının ne zaman başlayacağı konusunda her sözleşmeci devletin takdir hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır.

⁵² Hakeri, 2020, s. 1170.

⁵³ Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (7. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 72

⁵⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 25.12.2008 tarih ve 2008/18229 Esas, 2008/13979 Karar sayılı kararı.

⁵⁵ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 29.03.1995 tarih ve 1995/2621 E. ve 1995/3991K. sayılı kararı.

Hayat, ölümle sona erer. Kişinin ne zaman ölmüş sayılacağı hususunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Tıp biliminde ölüm hususunda biyolojik ölüm ve beyin ölümü ayrımı yapılmaktadır. Türk hukukunda ölüm kriteri olarak beyin ölümü kriteri benimsenmektedir. Bu nedenle, beyin ölümü gerçekleşmiş bir kimse artık hukuken ölüdür ve bu kimseye yönelik eylemler kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını oluşturmaz.

Kasten öldürme ve kasten yaralama suçları serbest hareketli suçlardır. Zira, suçun kanuni tanımında sadece netice unsuru olan kasten öldürme suçu için sadece öldürmeye, kasten yaralama suçun için de sadece kişiye acı verilmesine veya kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yer verilmiştir. Fakat bu neticelerin hangi fiillerle ortaya çıkabileceği hususunda bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle, yaşayan bir insanın hayatını sonlandırmaya yönelmiş bir hareketin icrası kasten öldürme suçunun, kişiye acı verilmesine veya kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yönelmiş bir hareketin icrası da kasten yaralama suçunun fiil unsurunu oluşturacaktır.

Her iki suç tipi de neticeli suçlardan olup suçun oluşması için bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir. Kasten öldürme suçunda ölüm olayının, kasten yaralama suçunda da kişiye acı verilmesi veya kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması olayının gerçekleşmesi ile birlikte suç işlenmiş kabul edilir.

Her suç tipinde olduğu gibi kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında da suçun oluşması için fiil ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.⁵⁶ Ancak bir fiilin neticenin sebepleri arasında yer alması, her zaman meydana gelen neticeden o fiili gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulacağı anlamına gelmez. Fiil ile netice arasında nedensellik bağının varlığının belirlenmesi, bu neticenin faile yüklenebilmesi için yeterli değildir. Ayrıca neticenin failin fiilinin eseri olması da gerekir. Yani kişinin sorumlu tutulabilmesi için o kişiye karşı objektif isnadiyetin de sağlanması gerekir.

Kast, bu suç tiplerinin manevi unsurudur. Her iki suç tipinin de doğrudan kastla ve yahut olası kastla işlenebilmesi mümkündür. Doğrudan kast, asıl kast türü olup suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Olası kast ise,

⁵⁶ Tezcan vd., 2015, s. 132.

kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesidir.

Bir insanın bir başkasını kasten öldürmesine veya kasten yaralamasına hukuk düzeninin izin vermediği hallerde, öldürme veya yaralama olayı aynı zamanda hukuka da aykırı olacaktır. Buna karşın; bir insanın öldürülmesine ve yaralanmasına hukukun izin verdiği hallerde, fiil öldürme veya yaralama bakımından tipiktir ancak hukuka aykırı değildir. Böylece diyebiliriz ki; bu suç tipleri bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında gerçekleştiği takdirde failin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri TCK'nın 82. maddesinde düzenlenmiştir. Kasten öldürme suçunun işlenmesi halinde fail müebbet hapis cezası ile cezalandırılacakken nitelikli hallerin vuku bulması durumunda fail ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

“Bu bağlamda; kasten öldürme suçunun,

a) Tasarlayarak,

b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,

c) Yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle,

d) Üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı,

e) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

f) Gebe olduğu bilinen kadına karşı,

g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

h) Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla,

i) Bir suçu işleyememekten dolayı duyduğu infialle,

j) Kan gütme saikiyle

k) Töre saikiyle işlenmesi halinde suçun nitelikli hallerini oluşturmaktadır.

Kasten yaralama suçunun nitelikli halleri TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda; kasten yaralama suçunun,

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla,

f) Canavarca hisle işlenmesi suçun nitelikli hallerini oluşturur ve bu durumda şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında, canavarca hisle işlenmesi nitelikli hali bakımından ise bir kat artırılır.”

Teşebbüs, TCK’nın 35. maddesinde “*kişinin, kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması*” olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan suça teşebbüsün var olduğunun kabulü için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları şöyle sıralayabiliriz: Mezkur suçun kasten işlenebilen suçlardan olması, neticenin meydana gelmesi için elverişli hareketlerde bulunulması, neticenin failin elinde olmayan sebeplerden dolayı gerçekleşmemesidir.⁵⁷ Her iki suç tipi de neticeli suçlardan olması hasebiyle teşebbüse mümkün suçlardır. Bu bağlamda failin öldürmek veya yaralamak amacıyla icrai hareketlere başlaması ancak elinde olmayan nedenlerden dolayı netice meydana gelmemesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.

Türk ceza hukukunda suç işlenmesinde yer alan kişilerin konumları bakımından faillik ve şeriklik olmak üzere iki farklı sistem bulunmaktadır.⁵⁸ Faillik bakımından doğrudan fail; suçu bizzat ve tek başına gerçekleştiren kişiyi, dolaylı fail; suçu başka bir kişiyi vasıta kullanarak işleyen kişiyi, müşterek fail; tipik haksızlığın birden fazla kişi tarafından icrai hareketlerine birlikte başlanması durumunda suç üzerinde ortak hakimiyet kuran kişileri, yan fail; birden fazla kişinin birbirinden bağımsız olarak hareket etmesini ifade etmektedir. Şeriklik bakımından ise azmettiren; kişinin suç işleme yönünde hiçbir düşüncesi olmamasına rağmen kişide suç işleme düşüncesini oluşturan kişiyi, yardım eden;

⁵⁷ Hakeri, 2020, s. 463.

⁵⁸ Koca, Mahmut ve İlhan, Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 360.

suçun işlenişinde faile destek olan kişiyi ifade etmektedir.⁵⁹ Bu bağlamda kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarına iştirakin her şekliyle katılmak mümkündür.

Suçların içtiması bakımından bu suç tipleri için gerçek içtima söz konusudur. TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası doğrultusunda kasten öldürme ve kasten yaralama suçları bakımından zincirleme suç kuralları uygulanmayacaktır. Fail her ölüm veya yaralanma neticesinden dolayı ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.⁶⁰

Kasten öldürme suçunun gerek basit hali gerekse nitelikli halleri şikayete tabi değildir. Kasten yaralama suçu bakımından ise suçun basit hali şikayete tabi iken suçun nitelikli halleri şikayete tabi değildir.

Kasten yaralama suçu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin 1. alt bendi uyarınca, 86. maddenin 1. ve 2. fıkralarına giren hallerde - yani kasten yaralamanın basit hali ile basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek hali- uzlaşmaya tabidir.

Kasten öldürme ve kasten yaralama suç tipleri hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

Her ne kadar hekimlere karşı açılan davalar incelendiğinde bu davaların çoğunlukla taksirle işlenen suçlara ilişkin davalar olduğu görülmekte ise de bazı durumlarda hekimler tarafından kasten işlenmiş suçlar da söz konusu olabilir.

Hekimin her tıbbi müdahalesi kural olarak kasten yaralama niteliğindedir. Bu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren hastanın rızasıdır. Anayasada güvence altına alınmış bulunan kişinin kendi geleceğini bizzat kendisinin belirleme hakkı (md. 17/2) hekimin hastanın vücut bütünlüğüne müdahale etmeden önce onun rızasını almasını gerektirmektedir. Bu hakkın geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için hastaya karar vermesi için gerekli bilgilerin verilmesi gerekir.

⁵⁹ Koca ve Üzülmüş, 2011, s 362.

⁶⁰ Tezcan vd., 2015, s. 186.

Hekimin hastanın rızasını almaksızın, hastayı aydınlatmaksızın veya endikasyon bulunmaksızın yaptığı her türlü tıbbi müdahale kasten yaralama suçunu oluşturur.⁶¹ Örnek olarak, endikasyon olmadığı halde sezaryen yapılmasını, endikasyon olmaksızın hastaya talebi üzerine bağımlılık yapıcı ilaçların yazılmasını verebiliriz.

Hekimin kasttan dolayı sorumluluğu tedavi amacıyla hareket etmediği durumlarda da söz konusu olabilir. Örneğin, endikasyon bulunmadığı halde sırf hastaya ameliyat yapmış olmak ve bu suretle parasını almak için ameliyata alıp, vücudunu açıp, hiçbir şey yapmaksızın ameliyat süsü vererek kapatma eylemi de kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Hatta bu örnekte hekimin dolandırıcılıktan ötürü ayrıca cezalandırılması da söz konusu olabilecektir.⁶²

Hekim olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan kimselerin sorumluluğu da kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarına göre belirlenecektir. Yine aynı şekilde iyileştirme amacı taşımayan ve bu nedenle hekime yönelik çok ağır bir aydınlatma yükümlülüğü getiren doping halinde, sporcunun geçerli bir rızası olsa ve sporcu bütün sonuçlarını bilse ve kabul etse bile, ağır sağlık zararlarına yol açtığı takdirde kasten yaralama suçu oluşur.

Bu noktada bir değinilmesi gereken bir diğer konu bir hastanın organ bekleme listesindeki kriterlerinde manipülasyon yaparak onun daha üst sıraya geçerek organ nakline hak kazanmasını sağlayan hekimin, bu suretle daha alt sıralarda olup da organ nakli imkanı bulamayıp ölen bir başka hastanın ölümünden sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu olay Almanya'da gerçekleşmiş ve öğretilde fazlaca tartışmalara neden olmuştur. Konu yargıya da taşınmış ve Alman Yüksek Mahkemesi, öncelikle kriterlerin bir idari kurum tarafından belirlenmiş olması nedeniyle bu kriterlere aykırılığın bir ceza sorumluluğu doğurmasını kanunilik ilkesine aykırı görmüştür. Ayrıca da; kast unsurunun da olayda gerçekleşmediğine karar vermiştir.⁶³

Bu suç tipine ait açıklamalarımızı bitirmeden önce önemine binaen kasten öldürme suçu bağlamında hekimin hastanın ölümüne yardımı olan ötanazi kavramını açıklamak ve bu hususla ilgili değerlendirmeler yapmak yerinde olacaktır.

⁶¹ Hakeri, 2020, s. 1173.

⁶² Hakeri, 2020, s. 1175.

⁶³ Hakeri, 2020, s. 1175.

Ötanazinin öğretide bir çok tanımı mevcuttur. Bunlardan birine göre; ötanazi, tıbbi usullerin hafifletemediği sürekli ve dayanılmaz acıların işkencesi altında bulunan ve hastalığının iyileştirilmesini bugünkü tıbbın gerçekleştiremediği hastaların ıstıraplarına, onların öldürülmesi ile son vermektir.⁶⁴ Bir başka tanıma göre de; ötanazi, ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesidir.⁶⁵

İlk olarak şunu belirtmek gerekir ki; Anayasamız kendini öldürme hakkı tanımamıştır. Yargıtay da gerek Anayasa ve gerekse de uluslararası sözleşmelerin ölüm hakkını değil, yaşam hakkını garanti altına aldığına dikkat çekmektedir.⁶⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında tanınan hakların zıtlarının da tanındığını kabul edilmektedir. Ancak, istisnaen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde tanınmış olan yaşama hakkı ölme hakkını da kapsamamaktadır. Nitekim; ölmek üzere olan bir İngiliz hastanın kendisine ötanazi uygulanmasına izin vermeyen İngiliz hukuku ile ilgili başvurusu üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin görevinin yaşamı korumak olduğunu belirtmiş, 2. madde ile güvence altına alınan yaşama hakkının olumsuz bir yönde yorumlanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir.⁶⁷

Ötanaziden bahsedebilmek için bazı şartların birlikte oluşması gerekmektedir. Bu şartlar; ilk önce tedavi edilemeyecek hastalığı olan birinin olması, hastanın menfaati düşünülerek yani yaşadığı ağrı ve acılardan kurtarmak amacıyla kasıtlı olarak eylemin gerçekleştirilmesidir.⁶⁸

TCK'da ötanazi düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın da konuya ilişkin bir kararı yoktur. Sadece bir olayla ilgili Yargıtay mağdurun rızasını tartışırken, ötanazi türleri arasında bir ayırım yapmaksızın ötanazinin suç olduğuna işaret etmiştir.⁶⁹

⁶⁴ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 150

⁶⁵ Artuk, M. Emin ve A. Caner Yenidünya, Ötanazi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 298.

⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.10.1989 tarih ve 1989/256 Esas, 1989/313 Karar sayılı kararı.

⁶⁷ Tezcan vd., 2015, s. 207.

⁶⁸ Gürçan, E. Genç, "Ötanazi-Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", AÜHFD, 2011/60 (2), s. 264.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01.02.2005 tarih ve 2004/213 Esas, 2005/3 Karar sayılı kararı.

Bu açıklamalar ışığında şunu söyleyebiliriz ki; gerek Türkiye'de gerekse dünya genelinde ötanazi yasal olarak kabul edilmemektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, ötanazi suçunun oluşabilmesi için hastanın hayatta olması gerekir. Beyin ölümü gerçekleşmiş kimselerde ventilatörün kapatılması (fışın çekilmesi) ötanazi anlamına gelmez.

Öğretide, ötanazi üç ayrı başlık altında ele alınmaktadır. Bunlar; aktif ötanazi, dolaylı ötanazi ve pasif ötanazi.⁷⁰

Aktif ötanazi, sona ermek üzere olan yaşamın hastalığa ve ölüm sürecine aktif etkide bulunmak suretiyle kısaltılmasıdır. Türk hukukunda aktif ötanazi hiçbir şekilde hukuka uygun kabul edilmemektedir. Aynı şekilde yaşam değeri olmayan bir hayatın da yok edilmesi kabul edilmemekte ve suç sayılmaktadır. Hastanın iyileşmesi hususunda hiçbir umut olmasa dahi hekim öldürmek suretiyle yardımda bulunmamalıdır. Zira, yaşam üzerinde tasarruf yetkisini başkasına devretme hakkı kişiye verilmemiştir.⁷¹ Bu bağlamda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesine göre; *“Hekim, teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak bedenini mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”* Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesine göre de; *“ötanazi yasaktır.”* Aynı maddenin ikinci fıkrası da *“Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi kimsenin hayatına son verilemez.”* hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu noktada akla şöyle bir soru gelebilir. Kanseri hastası olup hastalığının son döneminde artık kesin olarak ölümü bekleyen hasta, kendisinin dondurulup vücudunun saklanması isterse, bunu yapan hekim sorumlu olacak mıdır? Şu anki tıbbi bilgilerimize göre hastanın dondurulması ölümüne neden olacağından talep üzerine dahi olsa ve hasta yakın zamanda kesin olarak ölecek olsa bile bu fiil kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.⁷²

Dolaylı ötanazi, hekimin hastanın acısını azaltmak üzere kullandığı ve kullanılmasının tıp bilimi tarafından öngörüldüğü bir ilacın kaçınılmaz bir yan etkisi olarak hastanın yaşamının kısalması durumudur.⁷³

⁷⁰ Hakeri, 2020, s. 1190.

⁷¹ Hakeri, 2020, s. 1191.

⁷² Hakeri, 2020, s. 1192.

⁷³ Artuk ve Yenidünya, 2001, s. 302.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddeleri de *“hekim, hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorundadır.”* demektedir. Dolayısıyla da bu hükümler dolaylı ötenaziye izin veren hükümler olarak değerlendirilebilir.

Pasif ötanazi; ölmek üzere olan bir kimse üzerinde yaşamı uzatan tedbirlerin alınmasından vazgeçmek, başka bir ifade ile ölümün doğal gerçekleşme sürecini geciktirecek tıbbi tedbirlerin yarıda bırakılması demektir.⁷⁴ Bu tip bir eylem, hastanın rızası olmaksızın hekim tarafından tek taraflı olarak uygulandığı takdirde hekim garantör sıfatını haiz olduğundan ihmal suretiyle kasten öldürme söz konusu olur ve hekim cezalandırılır.⁷⁵

Bu saydığımız halin dışında pasif ötanazi hastanın tedaviyi ret hakkı kapsamında düşünüldüğünde cezalandırılması mümkün değildir. TCK'nın 26/2. maddesi *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* hükmü göz önüne alındığında artık pasif ötanazinin yasal bir temelinin olduğu da söylenebilir.⁷⁶

5.2. Kasten öldürme ve yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçları

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu; TCK'nın 83. maddesinde, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu ise TCK'nın 88. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçlar bakımından korunan hukuki değer kişinin yaşama ve vücut bütünlüğü haklarıdır.

Öldürme ve yaralama eylemleri sadece icrai bir davranışla işlenmez, ihmali bir davranışla da işlenebilir. İhmalden kasıt, ceza hukuku anlamında taksir -yani özensizlik, dikkatsizlik değil- hareketin şekli olarak ihmaldir. Dolayısıyla bu suç tiplerinin de gerçekleşmesi için ihmalin kasti olması gerekir.⁷⁷ İcrai hareket, yasaklanan bir davranışın gerçekleştirilmesi; ihmali hareket ise, emredilen bir davranışın yapılmaması demektir.⁷⁸

⁷⁴ Artuk ve Yenidünya, 2001, ss. 301-302.

⁷⁵ Hakeri, 2020, s. 1194.

⁷⁶ Öztürk, Bahri, “Ötenazi”, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 107.

⁷⁷ Hakeri, 2020, s. 1198.

⁷⁸ Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s. 71

Bu bağlamda; TCK'nın 88. maddesine göre, kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

Muhakkak ki; her ihmali hareketle öldürme veya yaralama neticesine sebep olan kimsenin kasten öldürmeden veya kasten yaralamadan sorumlu tutulması kabul edilmemekte, bunun için birtakım ek unsurlar aranmaktadır. Bu ek unsurların başında *garantörlük* gelmektedir. Buna göre, hareketsiz kalan bir kimseyi bir neticeden dolayı hukuken sorumlu tutmaya müsaade eden yakın ilişkiye *garantörlük* adı verilmektedir. Başka bir ifadeyle *garantörlük*, tipik neticenin meydana gelmesini önlemek konusunda hukuken yükümlü tutulmak demektir.⁷⁹ Türk Ceza Kanunu'na göre *garantörlük* bir kanun hükmünden, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabilir.

Bu suç tipleri fail bakımından özgü suç niteliğindedir. Kanun metninde yer alan *“kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük”* ibaresinden de anlaşılacağı üzere *garantör* sıfatı olmayan kişiler bu suçun faili olamazlar. Kastan öldürme ve kasten yaralama suçları başlığı altında fail bakımından yapmış olduğumuz açıklamalar aynen bu suç tipleri için de geçerlidir.

Bu suç tipleri mağdur bakımından herhangi bir özellik göstermemekte olup bu suçların mağduru hayatı sona erdirilen veya vücut bütünlüğü ihlal edilen kişidir. Kastan öldürme ve kasten yaralama suçları başlığı altında yaptığımız açıklamalar bu suç tiplerinde de geçerlidir. Yine aynı şekilde; ceninlerin ve beyin ölümü gerçekleşen kişilerin bu suçun mağduru olamayacaklarını belirtelim.

Bu suç tipleri de neticeli suçlardan olup ölüm veya yaralanma neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁷⁹ Hakeri, 2020, s. 1198.

Bu suç tiplerinin manevi unsuru kasttır. Yani fail ihmal hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeli, ölüm veya yaralanma neticelerini öngörmeli ve aynı zamanda kendisine icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğü yüklendiğinin bilincinde olmalıdır.⁸⁰

Bu suç tiplerine teşebbüs mümkün değildir. Zira; ihmali suçlarda failin neticenin gerçekleşmesine yönelik iradi bir davranışından söz edilemez.

Bu suç tipleri ölüm veya yaralanma neticesini önlemek bakımından yükümlülük altında bulunan birden çok kişi tarafından müşterek fail olarak birlikte işlenebilir. Bu suç tiplerine şerik olarak yani azmettiren veya yardım eden olarak katılmak da mümkündür. Şeriklerin ölüm veya yaralanma neticesini önleme yükümlülüğünün olması gerekmez.

Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu, CMK'nın 253. maddesinin 2. fıkrasının b bendinin 1. alt bendi uyarınca uzlaşma kapsamındadır.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suç tipleri hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

Bu suç tiplerinde hekimler pasif davranarak yani yapmaları gereken bir şeyi yapmayarak bu suçu işlemektedir.. Yani aktif bir davranış yükümlülüğü bulunan hekimler bu yükümlülüğe aykırı davranarak bu suçun ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.⁸¹

Hekimler bu suç tiplerinde bir kanun hükmünden, sözleşmeden veya öngelen tehlikeli eylemden dolayı garantör olabileceklerinden suçun faili olarak sorumlu tutulabilirler.

Hekimlerin kanunundan kaynaklanan garantörlüğü; Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinde, "*Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanede derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir.*" hükmü ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. maddesinde, "*Tabip ve dış tabibi acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*" hükümlerine

⁸⁰ Akbulut, Emre, "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", TBB Dergisi, 2006 (66), s. 211.

⁸¹ Akbulut s. 210.

dayanmaktadır. Böylece resmi görevli olduğu halde veya acil durumlarda hastanın ölümü için kasten tıbbi müdahaleyi yapmayan hekim garantör sıfatı dolayısıyla TCK 83 hükmü uyarınca cezalandırılabilir. Benzer şekilde Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 57. maddesinde de acil hallerle ilişkin bir garantörlük öngörülmüştür. Bu maddeye göre, *“Ağrı ve acil müdahale gerektiren hastalar müracaatları halinde yataklı tedavi kurumlarında sosyal güvencesine bakılmaksızın derhal kabul edilir. Gereken her türlü tıbbi müdahaleler zamanında yapılır, işlemleri daha sonra tamamlanır.”*

Bir başka düzenleme de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer almaktadır. Mezkur Kanun'un 154. maddesi ile hükümet ve belediye tabipleri ile ebelerin doğum ile ilgili olarak garantörlükleri öngörülmektedir.

Hekimler ayrıca bir sözleşme dolayısıyla da garantör olabilirler. Resmen görevli olmayan veya acil bir durumla karşı karşıya bulunmayan hekim de açık veya zımni bir sözleşme ile veya hastanın tedavisini gönüllü olarak üstlenmek suretiyle garantör haline gelir. Böylece bir hekim kamu görevlisi olmasa veya hastanın acil bir durumu olmasa bile hastanın ölümü için kasten tıbbi müdahaleyi yapmadığı takdirde TCK 83 dolayısıyla sorumlu tutulabilecektir.⁸²

Hekim son olarak da öngelen tehlikeli eylem nedeniyle garantör olabilir. Örnek olarak; hastaya yanlış bir tedavi uygulayarak onu tehlikeli bir duruma sokan hekimin bu hareketi ile garantör olmasını verebiliriz. Bu nedenle, hekimin bu yanlış tedavinin olumsuz sonuçlarını önleyecek tedbirleri alması gerekir. Bu tedbirleri kasten almayan hekim garantör olduğundan dolayı meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilecektir.⁸³

Bazı durumlarda birden fazla garantörlük söz konusu olabilir. Örneğin komplikasyona neden olan tıbbi müdahaleler öngelen tehlikeli eylem niteliğindedir. Komplikasyon durumunda hem kanundan hem de öngelen tehlikeli eylem nedeniyle hekim çifte garantör durumundadır. Hatta tıbbi müdahaleyi bir sözleşme kapsamında yerine getiriyorsa hekimin üçlü garantörlüğünden söz edilebilir.⁸⁴

⁸² Hakeri, 2020, s. 1197.

⁸³ Hakeri, 2020, s. 1199.

⁸⁴ Doğramacı, Yakup G., “Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu”, TıpHD, 2015 (7), s.123.

Hekim, hastanın hastalığının teşhisini üstlendikten sonra, bu hususta acil ve güvenilir tedbirleri almak ve görevli olması halinde gece hasta ziyareti yapmak durumundadır. Hekime sadece danışılması halinde ise hekimin garantörlük yükümlülüğü yoktur.⁸⁵

İcapçı hekimlerin de garantör olduğunda tereddüt yoktur. Yaşanmış bir olayda Yüksek Sağlık Şurası bir kadının ters bir doğum yaptığı, çocuğun makattan geldiği, mükerrer müracaatlara rağmen doktorun durumu evden telefonla izlemekle yetindiği, doğumun sonuçlandırmak için çaba harcayan ebenin dahiliye mütehassısı olan nöbetçi tabip ile yalnız kaldığı, doğumu sonuçlandığı, ancak asfiksi halinde doğan çocuğun bütün ihtimamlara rağmen canlandırılmadığı olayda; doğumun ters olmakla beraber normal bir seyir takip ettiğini, ebe tarafından yapılan işlemlerde tıbbi ve cerrahi teknik bir hata bulunmadığını, hekimin vefiyatı yüksek olan böyle bir doğumu bizzat yapmamasının ihmal olarak kabul edileceğini belirterek icapçı doktoru kusurlu bulmuştur.

Burada ele alınması gereken bir konu da TCK 98. madde hükmünün hekimler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususudur. Açıkça söyleyebiliriz ki; hekimin garantör olduğu hallerde kasten ihmali davranışı durumunda sorumluluğu, TCK'nın 83 ve 88. maddelerine göre belirlenecektir. Zira; TCK 98'in uygulanabilmesi için özel bir hükümle verilmiş bir görevin bulunmamış olması gerekir. Ancak; öğretilde bazı yazarlar hastaya çağırılan hekimin gitmemesinin, tıbbi yardımı reddetmesinin taksir sayılacağını savunmaktadırlar.⁸⁶ Nitekim; Yargıtay da vermiş olduğu eski tarihli bir kararında *“Sıdika'nın hastaneye kabul edilmemesi ve icabeden tıbbi ihtimamın ihmal edilmesi neticesi olarak iki çocuğunun ölü olarak dünyaya gelmesine sebebiyet vermekten sanık doktorun, 1219 nolu Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 68. maddesi delaletiyle 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32 ve 45. maddelerinin sarahati gözetilmeden TCK'nın 476/2 (5237 s. TCK md. 98) ve 35. maddeleri ile cezalandırılması yolsuzdur.”* diyerek aynı doğrultuda karar vermiştir.⁸⁷

Ayrıca acil durum kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu da değinilmesi gereken konulardandır. Bu bağlamda insani vazife kavramının ne anlama geldiğini üzerinde

⁸⁵ Erem, Faruk, Danışman, Ahmet, Artuk, M. Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 484.

⁸⁶ Bayraktar, 1972, s. 214.

⁸⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 28.02.1945 tarih ve 1945/1394 Esas, 1945/1258 Karar sayılı kararı.

durulmalıdır. Acil durumdan anlaşılması gereken, hastanın vücut bütünlüğü veya hayatı bakımından tehlikeli bir durumun varlığıdır. İnsani vazife kavramının içeriğini doldurmaksa oldukça güçtür. Neticede bütün tıbbi müdahaleler aynı zamanda birer insani vazifedir. Bu nedenle öğretide haklı olarak insani vazife deyiminin acil yardım ile aynı kapsamda ve onu tekrarlayıcı nitelikte kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yargıtay da bir kararında, hekimin hastanedeki çalışma saatleri dışında kendisi nöbetçi bulunmadığı bir dinlenme zamanında bulunsa bile, hekimliğinin yalnız kendi uzmanlık bölümü ile ilgili olan bir hastalığın muayene ve tedavisi için çağrıldığında hemen gitme ve gereğini yapmakla görevli sayılması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁸

Bu noktada bir değinilmesi gereken bir diğer konu da ülkemizde sıkça rastlanan hastanede yer olmaması gerekçesiyle acil durumdaki hastaların başka hastanelere gönderilmeleridir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin⁸⁹ 15. maddesi;

Genel ve katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine, belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yataklı tedavi kurumları ile özel hukuk tüzel kişilerine ve gerçek kişilere ait yataklı tedavi kurumları 24 saat kesintisiz olarak acil sağlık hizmeti verirler. Bu kurum ve kuruluşlar bünyesinde bulunan acil servislerde, acil hasta ve yaralılar karşılanarak, ilk tıbbî müdahale ve tıbbî bakım yapılır. Hasta veya yaralılar için yönlendirme Merkezin bilgisi dahilinde yapılır.

Birinci fıkrada sayılan özel ve kamuya ait bütün hastanelerin acil birimleri, bütün acil başvurularını ayırım yapmaksızın kabul ederler. Başvuran her hasta için acil tıbbî değerlendirme, müdahale ve gerektiğinde stabilizasyon sağlanır.

Acil sağlık hizmeti, hizmete ihtiyaç duyulan andan itibaren, kesin tedavi sürecine kadar hiçbir kesinti olmadan verilir. Acil servisler, hastaya hastane öncesi bakım sağlayan ambulans hizmetlerini destekler ve gerekirse tıbbî yönlendirme sağlar.

İlk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tıbbî bakım ve tedavi konusunda yetersizlik söz konusu ise, sevki uygun görülen hastane ile koordinasyon sağlanarak verilen tıbbî bakımın tamamı ilgili birim sorumlusu tarafından yazılı olarak belgelendirilir. Bu belge nakil yapılacak kuruma hasta ile birlikte gönderilir. Nakil ancak, stabilizasyon

⁸⁸ Ceza Genel Kurulunun 09.01.1991 tarih ve 1991/1 Esas ve 1991/1 Karar sayılı kararı.

⁸⁹ R.G. 11.05.2000 T., S:24046.

sağlandıktan sonra veya hayati tehlike veya sakatlık tehlikesi taşıyan hastaların uygun bakımlarının, stabilizasyonlarının ve tedavilerinin mevcut tıbbî-teknik imkanlar ile gerçekleştirilemeyeceğinin tespit edilmesi halinde yapılır. hükümlerini içermektedir.

Yine aynı Yönetmeliğin 24/2. maddesi de;

“Acil servis, hastanın sosyal güvencesi olup olmadığına, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşunun nevine ve hastanın diğer özelliklerine bakmaksızın, stabilizasyon sağlanıncaya kadar bütün tıbbî hizmetleri sunar.” şeklindedir.

Öğretide acil hallerde yardıma çağrılan hekimin hastanın durumunu ayrıntıları ile sorup öğrenmesi ve tehlikenin niteliğini bilmek için araştırmasının zorunlu olduğu, böyle bir soruşturmada bulunmadan yardımı reddeden hekimin sorumlu olacağı kabul edilmektedir.⁹⁰ Nitekim Yargıtay da bir kararında, çocuğun ateşlenmesi üzerine acil servise giden aileyi hemşirenin nöbetçi hekime haber verdiği, ancak hekimin kalp krizi ve trafik kazası dışındaki hastalara bakmayacağını söyleyerek çocuğu muayene etmediği, başka hastanede çocuğa müdahale edildiği bir olayda, acil serviste nöbetçi olan hekimin muayene etmeden hangi hastanın veya hastalığın acil kapsamında olduğunu belirleme ve bunu hastaları görmeden yapma hak ve yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.⁹¹

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus da acil servise aynı anda gelen iki hastadan birine tıbbi müdahaleyi yapıp diğerini ihmal etme halinde hekimin sorumluluğunun ne olacağıdır. Bu noktada ihmalî suçlarda bir hukuka uygunluk sebebi olan yükümlülüklerin çatışması durumu söz konusu olacaktır. Yükümlülüklerin çatışmasında fail açısından en azından iki hareket yükümlülüğü söz konusu olmakta ancak fail bunlardan sadece birini yerine getirebilmektedir ve böylece bir diğer yükümlülüğü ihmal etmektedir. Bu noktada da görevlerin farklı önceliğe ve aynı dereceye sahip olmasına göre karar vermek gerekir. Nitekim failin daha üst derecede bir yarar için tercihini kullanması halinde, ağır basan yararın korunmasından söz edilir. Buna karşılık eşit derecede olan görevlerin mevcudiyeti halinde ise bu görevlerden birinin yapılması yeterlidir. Hukuk düzeninin bundan fazlasını istemesi söz konusu olmayacağına göre failin davranışı hukuka uygun olacaktır.

⁹⁰ Bayraktar, 1972, s. 213.

⁹¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 28.11.2013 tarih ve 2012/11820 Esas ve 2013/11484 Karar sayılı kararı.

Son olarak da Hususi Hastaneler Kanunu'nun 44. maddesi hükmüne değinmek yararlı olacaktır. Bu hükme göre;

Tedavisini üstüne aldığı hastaları, yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak kendi arzularıyla terk ederek bu hastaların tedavisiz kalmalarına sebep olan, 11. maddede yazılan mütehassıs tabiplerden 100 liradan 200 liraya kadar hafif para cezası alınır. Eğer bu suretle tedavisiz bırakılmak neticesi olarak hasta ölürse mesul mütehassıs tabip hakkında Türk ceza kanununun 455 inci maddesi tatbik olunur. (Yeni TCK md. 85-Taksirle Öldürme Suçu)

Hükme göre hastanın terk edilerek tedavisiz kalması sonucunda hasta öldüğü takdirde taksirle öldürme hükümleri uygulanacaktır. Her ne kadar Kanun'da hekim hakkında taksirle öldürme hükümleri uygulanacağı belirtilmişse de hastanın kasten terk edilmesi durumunda eğer hasta ölürse TCK 83 -kasten ihmali davranışla öldürme suçu- hükmü olayda uygulanma alanı bulacaktır. Kanun'un taksirle öldürme hükümlerine atıf yapması bu bakımdan önemsizdir.⁹²

5.3 Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları

Taksirle öldürme suçu TCK'nın 85. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Taksirle yaralama suçu ise TCK'nın 89. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“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.”*

Taksir, istisnai bir kusurluluk şeklidir ve kanun, nispeten ağır ve toplum için zararlı sonuçlar doğurabilecek hareketleri yapan veya meslekleri icra eden kimselerin daha basiretli ve daha dikkatli davranmalarını, başkalarının hak ve menfaatlerini daha titizlikle gözetmelerini, bu gibi hak ve menfaatlere karşı umursamazlıkla hareket etmemelerini

⁹² Hakeri, 2020, s. 1208.

sağlamak içindir ki, önemli gördüğü bu gibi durumlarda istisnai kusurluluk şekli olan taksirin varlığını, fiili suç saymak faili cezalandırmak açısından yeterli saymıştır.⁹³

TCK'nın 22. maddesinde taksir tanımlanmıştır. Buna göre; *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.”* Aslında bu tanım bilinçsiz taksirin tanımıdır. Bilinçli taksir ise TCK'nın 22 maddesinin 3. fıkrasında *“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi.”* şeklinde tanımlanmış ve cezayı artıran bir durum olarak belirtilmiştir. Taksirle kastı birbirinden ayıran fark neticenin istenip istenmediği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Kişinin taksirden dolayı sorumlu tutulabilmesi için neticenin öngörülebilir olması gerekir. Hiç kimse tarafından öngörülemez bir neticeden kişiler sorumlu tutulamaz.⁹⁴

Taksirle öldürme suç tipi bakımından korunan hukuki yarar yaşam hakkıdır. Taksirle yaralama suçu bakımından korunan hukuki yarar ise kişinin vücut dokunulmazlığıdır.

Fail bakımından her iki suç tipi de özgü suç niteliğinde olmayıp herkes tarafından işlenebilir. Kasten öldürme ve kasten yaralama suç tiplerinde yukarıda yaptığımız açıklamalar bu suç tiplerinde de geçerlidir.

Mağdur bakımından da bir özellik arz etmeyen bu suç tiplerinde mağdur öldürülen veya yaralanan insandır. Öldürülenin veya yaralananın yakınları mağdur olmayıp, bu suçtan zarar gören kişilerdir. Kasten öldürme ve kasten yaralama başlıkları altında mağdur bakımından yapmış olduğumuz açıklamalar bu suç tipleri için de geçerlidir.

Her iki suç tipi için de gerçekleştirilen fiiller icrai veya ihmali şekilde olabilir.⁹⁵

Her iki suç tipi de neticeli suçlardan olup ölüm veya yaralanma neticesinin meydana gelmesiyle suç tamamlanmış olur.

Bu suç tiplerinin manevi unsuru adından da anlaşılacağı üzere taksirdir. Taksir, TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında da açıklandığı üzere dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır.

⁹³ Erman, Sahir ve R. Murat Önok, Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 81.

⁹⁴ İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 109.

⁹⁵ Tezcan vd., 2015, s. 200.

Taksir kavramı, bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir, kişinin öngörülebilir bir neticeyi öngörmeyerek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır.⁹⁶ Bilinçli taksir ise, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine rağmen kendi bilgi veya yeteneklerini güvenerek hareket etmesi sonucu neticenin meydana gelmesidir.⁹⁷

Öngörülebilirlik bizzat hareketi yapan kişi göz önünde bulundurularak belirlenecektir. Bu kişinin niteliklerine, tecrübesine ve durumuna göre neticenin öngörülebilir olup olmadığı değerlendirilecektir. Yani öngörmenin tespiti bakımından esas alınacak olan kişi failin dışındaki orta kabiliyetli ve failin bulunduğu sosyal gruptan orta kabiliyetli bir kişi değil, failin bütün kabiliyet ve niteliklerini üzerinde toplamış bir kişidir. Dolayısıyla neticenin öngörülebilirliği noktasında sübjektif kriterler geçerlidir.⁹⁸ Taksirden dolayı sorumluluğun ikinci şartı yukarıda belirtildiği gibi neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olmasıdır. Bunun için kişinin objektif olarak olayların normal gelişimine ve sübjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kendi kişisel yeteneklerine, bireysel bilgisine, eğitiminin derecesine ve sosyal konumuna göre bir zarar meydana gelmesini önceden görebilecek durumda olması gerekir.⁹⁹

Bu suç tiplerinin ortaya çıkabilmesi için kişinin sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi yeterli değildir. Bu yükümlülük ihlalinin mağdurun ölümüne veya yaralanmasına yol açmış olması gerekir. Başka bir anlatımla kişinin özen yükümlülüğüne aykırı icrai veya ihmali hareketiyle meydana gelen netice arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁰⁰

Taksirle öldürme suç tipini düzenleyen TCK'nın 85. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca *“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.”*

Taksirle yaralama suç tipini düzenleyen TCK'nın 89. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında bu suç tipinin neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri sayılmıştır. Buna göre;

⁹⁶ Toroslu, Haluk, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 2016 (126), s. 102.

⁹⁷ Tezcan vd., 2015, s. 208.

⁹⁸ İçel, 1967, s. 109.

⁹⁹ Tezcan, Durmuş, Ceza Özel Hukuku, (15. Baskı), Ankara 2017, s. 140.

¹⁰⁰ Hakeri, 2020, s. 1224.

“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, 89. maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

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, 89. maddenin birinci fıkrasına göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

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

Bu suç tiplerine taksirle işlenmeleri nedeniyle teşebbüs mümkün değildir.

Bu suç tiplerinde taksirli fiili gerçekleştiren kişiler arasında söz konusu netice açısından bir karar birliğinin varlığından söz edilemeyeceğinden iştirak hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁰¹

Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Ancak, 89. maddenin birinci fıkrası kapsamına giren yaralama hali hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz.

Taksirle yaralama suçu, CMK’nın 253. maddesinin 2. fıkrasının b bendinin 2. alt bendi uyarınca uzlaşma kapsamındadır.

¹⁰¹ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (16. Bası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 455.

Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suç tipleri genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

Hekimler tarafından işlenen suçlar incelendiğinde genel olarak hekimlerin taksirle işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılandıkları görülmektedir. Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla hastanın ölümüne veya yaralanmasına yol açması durumunda, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçları oluşacaktır.

Tıbbi müdahale bakımından aydınlatma ve rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için bir ön şart niteliğindedir. Bu ön şartlar gerçekleşmesine rağmen, hekim tıbbi müdahaleyi tıp biliminin gereklerine uygun şekilde yapmamışsa -yani hekim tıbbi müdahaleyi kusurlu bir şekilde yapmışsa- aydınlatma ve rıza hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, aydınlatma ve rızanın tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı olduğunu, hekim müdahalesinin tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış olması, başka bir anlatımla tıbbi müdahalenin kusurlu bir şekilde yapılmış olması durumunda, hekimin doğan sonuçtan sorumlu olacağını, zaten aydınlatmanın tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekimin yine de doğan zarardan sorumlu olacağını belirtmiştir.¹⁰²

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki, hekime yüklenebilecek hiçbir kusur olmamasına rağmen de tıbbi müdahale başarısız bir şekilde sonuçlanabilir. Komplikasyon denilen bu durumda, hekimin hiçbir sorumluluğu söz konusu olmaz. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda *"sanığın başıboş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı ve 15. aşıdan sonra hastalandığı ve öldüğü olayda; Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunda, ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansafalit sonucu gelişen dolaşım ve solunum yetersizliğinden kaynaklandığını, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiğini, keza Yüksek Sağlık Şurası raporunda, kuduz*

¹⁰² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11.06.2013 tarih ve 2013/11225 Esas ve 2013/15909 Karar sayılı kararı.

aşıları neticesinde bazen bu tip ansafalitin komplikasyon olarak meydana gelebildiği, bu komplikasyonlar nedeniyle aşı yapan kimseyi kusurlu bulmanın mümkün olmadığına belirtilildiğini, bu sebeple ölümün tıbbi yönden de sorumluluk yüklenemeyen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ansafalitten meydana geldiğinin anlaşıldığını belirterek hekimin sorumluluğunun olmadığına” hükmetmiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; bu takdirde dahi aydınlatma ve rıza söz konusu olmamışsa hekim tıbbi müdahaleyi tıp biliminin gereklerine uygun yapmış olsa bile, yine de sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Hekimin bu suç tipleri bakımından hareketi icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Örneğin; yanlış ilacın verilmesi, anesteziistin hatalı narkoz uygulaması, aletin yanlış kullanılması sonucu oksijen yerine halotan verilmesi icrai harekete örnek verilebilir. Zamanında hastaneye sevk etmemek, karın zarı iltihabının çok geç fark edilmesi, doğumun ölüm tehlikesi doğuracak şekilde gelişmesine rağmen uzman hekimin çağrılmaması, konsültasyon istemeden ve hastayı stabilize hale getirmeden sevk etmek de ihmali harekete örnek gösterilebilir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda “müştekiyi zikredilen hastanede doktor olarak görev yapan şüphelilerin muayene etmeleri sonucunda sağ elde ve kaburgada kırık ile minimal düzeyde çatlak olduğunu tespit ettikleri olayda bu tespitlere göre trafik kazası ile getirilen bu tür hastaların serviste birkaç gün takip edilmesi gerekmesine rağmen müştekiye müdahale eden şüphelilerin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek, herhangi bir uyarıda bulunmaksızın müştekiyi evine göndermek suretiyle tedavinin gecikmesine neden olduklarını, bu şekilde sanıkların görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdiklerini, bunun sonucunda müştekinin mağduriyetine sebebiyet verdiklerini ve bu eylemin taksirle yaralama suçunu oluşturacağına” hükmetmiştir.¹⁰³

Hekimin taksirden dolayı sorumlu tutulabilmesi için neticenin öngörülebilir olması gerekir. Hiç kimse tarafından öngörülemeyecek bir neticeden hekim de sorumlu tutulamaz.¹⁰⁴ Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, “genel anestezinin mutlak komplikasyonu olan anestezi şoku neticesi ölümün gerçekleştiği bir olayda; yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan

¹⁰³ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 24.03.2016 tarih ve 2015/1975 Esas ve 2016/3086 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁴ İçel, 1967, s. 147.

narkoza karşı dayanıksızlığın sebep sonuç bağıını kesmeyeceğini, ancak daha davalılara yüklenmeyen ve önceden göremeyecekleri olağanüstü hal nedeniyle -narkozun olağan komplikasyonu- zararın arttığını, zararın artmasının ve ölümle sonuçlanmasının narkozun olağan komplikasyonu olduğunu ve bundan dolayı zararın tümünden davalıların sorumlu tutulmasının adalete uygun düşmeyeceğini” belirtmiştir.¹⁰⁵

Ancak burada karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: Gerek Kanun’da gerekse de öğretide yapılan tanımlar göz önünde bulundurulduğunda hekimin tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri çoğu kez öngördüğünü söyleyebiliriz. Bu nedenle bilinçli taksirin hekimin tıbbi müdahalesinde kabulü için ek bir takım şartların aranması gerektiği açıktır. Bundan dolayı hekimin neticeyi öngörmesi yeterli olmayıp, hekimin yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmelidir. Örneğin hekimin sarhoş olduğu halde tıbbi müdahalede bulunması durumunda bilinçli taksirinin var olduğundan söz edebiliriz. Bu konuda Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; *“mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, hekimin kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar ek koşullarının gerçekleşmesinin aranması gerektiğini, aksi halde tüm tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin varlığının kabul edileceğini, bu nedenle hekim kusurunun bilinçli taksir düzeyine ulaşp ulaşmadığının değerlendirilmesinde belirtilen bu ek koşulların da nazara alınması gerektiğini”* belirtmiştir.¹⁰⁶

Yine bir başka kararında Yargıtay; *“sanığın zayıflama merkezinde tedavi gören ...’nun 44 günlük süreçte 13,8 kg zayıflamasına bağlı olarak tedavi görende mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu ölümüne neden olduğu olayda, meydana gelen ölüm sonucunun sanık tarafından öngörülmesinin mümkün olduğunu ancak, buna rağmen tedavi yönteminin değerlendirilmemesi ve yeni tetkiklerin yapılmaması*

¹⁰⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 04.12.1984 tarih ve 1984/8335 Esas ve 1984/9043 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 29.01.2014 tarih ve 2013/18184 Esas ve 2014/2055 Karar sayılı kararı.

nedeniyle, sanığın güvenle kayıtsız kaldığını ve eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini” belirtmiştir.¹⁰⁷

Bir başka kararında Yargıtay yine aynı minvalde; *“sanığın ölenin dişine geçici dolgu yaptığı, dişin apseli olduğunu görmesine rağmen ölenin dişini çektiği ve çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede dokuz gün sonra diş apsesi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın apseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğunun gözetilmesi gerektiğine”* hükmetmiştir.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, genelde üç alanda toplanmaktadır. Bunlar; ilki; hastanın tedavisi alanında -yani teşhis endikasyonu, tıbbi tedbirin seçimi ve tedavi ve ameliyat sonrası bakım- ikincisi; hastanın aydınlatılması ile ön muayene alanında ve sonuncusu da hastane klinik organizasyonu alanındadır. -yani personelin niteliği, yeterli personel bulundurulması, aletlerin kurallara uygun bulunması, hekimlerin birbirleriyle ve yardımcı personel ile işbirliği gibi.- Bu üç alandaki kusurları; uygulama kusuru -yani tedavi kusuru-, aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak isimlendirmek de mümkündür.

Uygulama hatası ve hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı çoğunlukla bir tıp bilirkişisinin yardımıyla saptanır.¹⁰⁸ Hukukumuzda tıbbi hata iddiasıyla açılan gerek tazminat ve gerekse ceza davalarında olayın bir bilirkişiye incelenmesi yaygın uygulamadır. Bilirkişinin görevi, incelenen olayla ilgili olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ne olması gerektiği ve sağlık personelinin hangi noktada bu yükümlülüğe aykırı davrandığını ortaya çıkartmaktır.¹⁰⁹ 1219 sayılı Kanun’un 75. maddesine göre tıp bilimlerinin icrasından kaynaklanan suçlarda mahkemelerin uygun görecekları bilirkişilerin mütalaasından müracaat konusundaki serbestlikleri saklı kalmak şartıyla Yüksek Sağlık Şurası’nın mütalaası alınmalıydı. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olup daha sonra Şura tamamen ilga edilmiştir Ancak yüksek yargı kararlarında Yüksek Sağlık Şurası kararlarının yeterli görülmediği hallerde, Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi raporu

¹⁰⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11.06.2013 tarih ve 2013/11225 Esas ve 2013/15909 Karar sayılı kararı.

¹⁰⁸ Yenisey, Feridun, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2006/3 (2), s. 320.

¹⁰⁹ Bilgen, Nur, “Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005 (5), s. 39.

alınması yönünde kararlar verilmekteydi. Ancak yüksek yargı son dönemlerde Adli Tıp Kurumu kararlarının tatmin edici veya bilimsel olmadığını düşündüğü hallerde üniversitelerden rapor alınmasını istemektedir.

Hekimlerin fail olduğu taksirli suçlarda karşımıza çıkan en önemli sorun nedensellik bağı ve objektif isnadiyet hususlarındadır.

İlk olarak şunu söyleyebiliriz ki; hekimin hatalı müdahalesi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı yoksa hekimi sorumlu tutmak mümkün olmaz. Yani; hekimin sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sorumlu tutulması için yeterli olmayıp, bu yükümlülük ihlalinin hastanın yaralanmasına veya ölümüne yol açması gerekir. Bir başka deyişle; hekimin özen yükümlülüğüne aykırı icrai veya ihmali hareketi ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. Yargıtay bu hususa birçok kararında değinmiştir. Bu kararlarda Yargıtay; “hastaya gerekli tetkik yapılmadan reçete yazılması durumunda tetkikler bitinceye kadar zaten ölüm olayı gerçekleşecekse hakim sorumlu olmayacağını,”¹¹⁰ “teşhis ve tedavide hatası görülen hekimin sorumlu tutulabilmesi için zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceğinin belirlenmesi gerektiğini,”¹¹¹ “tek başına kusurlu olmanın yeterli olmayıp bu kusurun kendisini meydana gelen neticede göstermesi gerektiğini”¹¹² açıkça belirtmiştir.

Şunu söyleyebiliriz ki; nedensellik bağının belirlenmesi konusunda kullanılan ölçü; hekimin müdahalesinin özenli yapılmış olması veya hekimin müdahalesinin ihmal edilmeyip yapılmış olması halinde, yaralama neticesinin kesinlik sınırında bir olasılıkla önleneyeceğidir.¹¹³ Buradan çıkan sonuç tıbbi standardın uygulanması durumunda da hastanın hayatı kurtarılamayacak ise özen yükümlülüğünün ihlalinin önemsiz olduğu söylenir ve nedensellik bağının bulunmadığı kabul edilir. Dolayısıyla özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden hekim özen yükümlülüğüne uygun hareket etseydi dahi netice kesin

¹¹⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 11.04.2007 tarih ve 2006/2061 Esas ve 2007/3133 Karar sayılı kararı.

¹¹¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 14.06.2006 tarih ve 2005/52 Esas ve 2006/12500 Karar sayılı kararı.

¹¹² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 25.03.2014 tarih ve 2013/4868 Esas ve 2014/7397 Karar sayılı kararı.

¹¹³ Tezcan vd., 2015, s. 194.

sınırında bir olasılıkla gerçekleşecekti ise hekim taksirle öldürme veya yaralamadan dolayı sorumlu tutulmaz.¹¹⁴

Bu husus ispatlanamayacak olursa uygulama ve öğretideki ağırlıklı görüş neticenin önlenebileceği hususunda sadece yüksek ihtimal bulunması veya somut şartlar dolayısıyla gerçekten mevcut olan ciddi ölüm veya yaralanma ihtimali, yükümlülüğe uygun harekette dahi mevcut olacak idiye hekimin şüpheden sanık yararlanır kuralı gereğince sorumlu tutulmaması yönündedir.¹¹⁵

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki; hekimin sorumluluğu davalarında nedensellik bağı açısından daha değişik düşünmek zorunluluğu vardır. Çünkü; hekimler bakımından zararı azaltma ve acıyı dindirme yükümlülüklerinin de bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Yargıtay da nedensellik bağı konusunda tıbbi müdahalenin ölüm ihtimalini artırıp artırmadığının araştırılması gerektiği görüşündedir.

Örneğin bir kararında Yargıtay akut kalp hastası olan bir kimsenin yaşama şansının haksız fiille ortadan kaldırılması durumunda eylemin akut kalp rahatsızlığı bulunan yakınlarının ölümünü önemli ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmadığının başka bir deyişle önemli ölçüde ölüm ihtimalini artırıp artırmadığının incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Yargıtay’a göre; tazmini gerektiren olay, mağdur açısından faydalı olabilecek bir sonuca ulaşma fırsatından (belli bir yüzdede yaşama devam etme şansından) mahrum kalmış olmak değil, fırsat gerçekleşmiş olsaydı meydana gelmiş olabilecek muhtemel bir sonuca (yaşamaya devam etme) ulaşmaktan alıkonmuş olmaktır. Yaşama fırsatından mahrum kalmanın hukuki niteliğini illiyet bağı kavramı çerçevesinde ele almış, hekimin kusurlu eylemi sonucu bu şansın önemli ölçüde yitirilmesine, eylemle ölüm sonucu uğranılan zarar arasında hukuki bir bağ kurulmasında yeterli kabul etmiştir. Yargıtay’ın bu konuda bir çok kararı vardır. Bunlara kısaca bakmak gerekirse;

Bir kararında; “Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olmasının tek başına failin cezalandırılması için yeterli olmayacağını ayrıca gerçekleşen neticenin failin eseri olup olmadığının diğer bir ifade ile ortaya çıkan neticenin belirli bir kişiye objektif olarak isnadın mümkün olup olmadığının tespit edilmesinin

¹¹⁴ Keskin, O. Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara, 1994, s. 158.

¹¹⁵ Erman ve Önok, 1994, s. 84.

gerektiğini, olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağının ortaya konulmasının sonrasında gerçekleşen neticenin faile isnat edilip edilemeyeceğini araştırılmasının gerektiğini objektif isnadiyetin neticenin belirli bir insanın eseri olarak görülüp görülemeyeceği anlamına geldiğini, eğer meydana gelen netice üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise faili isnat edilemeyeceğini, bu nedenle neticenin insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa hukuken önemli olanın bir tehlike ya da risk bulunmadığının kabul edilebilirliğinin neticenin önemli bir oranda izafe edilebilirliği anlamına gelmekte olduğunu, fail hukuken önemli bir tehlike ve risk oluştursa bile olayın tamamen hayatın olağan akışının ve genel hayat tecrübelerinin dışında kalması nedeniyle beklenebilir olmadığı durumlarda neticenin faile yüklenemeyeceğini, tıbbi müdahaleler örneğinde olduğu gibi bazı davranışların izin verilen risk ya da riziko çerçevesinde yapıldığını, hareketin izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmiş olması durumunda neticenin faile objektif olarak isnat edilemeyeceğini, keza gerçekleşen neticenin failin hareketi ile tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmiş olması durumunda neticenin faile isnat edilmesinden bahsedilemeyeceğini, bunun gibi sonradan gerçekleştirilen bir fiilin önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemesi durumunda da önceki eylemi gerçekleştiren faile neticenin isnat edilmesinin mümkün olmayacağını” belirtmiştir.

Yine başka bir kararında; “Sanığın devlet hastanesi acil polikliniğinde nöbetçi pratisyen hekim olarak görev yaptığı sırada, trafik kazası sonucu yaralı ve alkollü halde getirilen Yasin'in alkollü olmasının tomografi çekilmesine engel olmamasına karşın tomografi istememesi sonucu intrakranial kanamanın geç teşhis edilip adı geçen ölümüyle sonuçlanan olay ile ihmali davranış arasında illiyet bağı olup olmadığı ve gereken özen gösterilerek kanamanın erken teşhis edilmesi halinde dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tartışılması gerektiğini” belirtmiştir.

Yine başka bir kararında; “Doğum servisinde hekim olan sanığın doğum safhasında gerekli mesleki özeni gösterip göstermediğinin, yapılması gereken işlemler konusunda bir savsamasının bulunup bulunmadığının, bulunduğu saptandığı takdirde de yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile bebekte ortaya çıkan tıbbi sorunlar ve sonucunda meydana gelen ölüm arasında bir nedensellik bağı ve sanığa atfedilebilecek bir

kusur bulunup bulunmadığının, sanığın kendisine yasalar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirme durumunda dahi aynı sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi gerektiğini” belirtmiştir.

Yine başka bir kararında; *“Katılanın sanığın zamanında tanı koyamaması nedeniyle tedavide yeterli ve elverişli sonuçlar alınamadığını ileri sürmesi karşısında zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceğinin ve sanığa yüklenebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğini ve bunun sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğini”* belirtmiştir.

Yargıtay birçok kararında hekimin ihmali hareketinin söz konusu olduğu ve taksirle öldürme veya yaralama suçlarının gerçekleşmediği veya nedensellik bağının belirlenemediği hallerde kamu görevlisi olan hekimin bu kez görevi ihmalden dolayı sorumlu tutulmasına karar vermektedir.

Örneğin bir kararında; *“Taksirle adam öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hükmün hastanın acil servise getirildiğinde ilgili uzman doktor ile görüşüp tetkik ve tedavileri sağlamayan sanıkların kusurlu oldukları anlaşılmış ise de ölümün takip ve tedavi eksikliğinden kaynaklandığının kesin olarak saptanmaması karşısında ölüm ile sanığın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığının anlaşılması karşısında sanığın hukuki durumunun TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmesi gerektiğini”* belirtmiştir.¹¹⁶

Yine başka bir kararında; *“Ölümün doğrudan doğruya sanıkların fiillerinden ileri gelmeyip üç aylık hamile bulunan Makbule'nin bilinmeyen bir nedenle düşük yaparak kan kaybetmesinden husule geldiği anlaşıldığı cihetle, sanıkların ısrarla çağrılarına rağmen hastaya gidip ilk müdahaleyi yapmamaktan ibaret eylemlerinin ölüme sebebiyet suçunu teşkil etmeyip önceki TCK'nın 230/1. maddesine uygun görevi savsama niteliğinde bulunduğu gözetilmesi gerektiğini”* belirtmiştir.¹¹⁷

Bu görüşte şöyle bir sakınca vardır ki; kamu görevlisi olmayan hekimler bakımından TCK 257 -yani görevi ihmal suçu- işlenemeyecektir. Bu da aynı işi yapan aynı

¹¹⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 19.03.2014 tarih ve 2013/4868 Esas ve 2014/7397 Karar sayılı kararı.

¹¹⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19.02.1985 tarih ve 1984/772 Esas ve 1985/1027 Karar sayılı kararı.

sıfata sahip hatta somut olayda aynı hatayı yapmış hekimlerin farklı cezalandırılmasına yol açacaktır.

Öğretide uzman hekimden beklenen özenin pratisyen hekime nazaran daha fazla olacağı, hekimin uzmanlığı arttıkça kendisinden beklenen özenin de artacağı görüşü savunulmaktadır.¹¹⁸

Burada tartışmalı olan ve değinilmesi gereken bir diğer konu da hekimin davranışının aslında daha geç bir zamanda gerçekleşecek bir tehlikenin gerçekleşmesi riskini belirgin ölçüde artırması durumunda, bunun hekime sorumluluk olarak yüklenip yüklenmeyeceğidir. Bu konu ile ilgili öğretilerdeki hakim görüş, bu durumda bu neticenin hekime yüklenemeyeceği yönündedir.

Yine burada ortaya çıkan bir başka sorun da, hekimin özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi halinde de zararın meydana geleceği ancak daha az kapsamda olacağı durumlarda nedensellik bağının varlığının kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin; hekimin özen yükümlülüğüne uygun hareketi halinde sadece gözün saydam tabakasında bir zarar meydana gelecek ancak hekimin özen yükümlülüğüne aykırı hareketi dolayısıyla hastanın görme kabiliyetini kaybetmesi halinde meydana gelen neticenin nedensel olduğu kabul edilmektedir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu da, hekimin bir kimse üzerindeki tıbbi müdahalesindeki hatalı uygulaması nedeniyle bir üçüncü kişinin zarar görmesi halinde nedensellik bağının kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin; hastaneye bazı şikayetlerle müracaat eden annenin hastalığı teşhis edilememiş, bu arada hastalığını bulaştırdığı çocuğu hastaneye kaldırılmış, doğru teşhis konulmuş ve kurtarılamamışsa hekimin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Çünkü; hastanın oğlunun da hekimin öngörülebilir potansiyel mağduru olması söz konusudur. Konu nedensellik bağı açısından değerlendirildiğinde de hekimin hatası ile çocuğun ölümü arasında bir nedensellik bağının varlığından söz edilecektir.

Hastanın yükümlülüklerine uymayarak neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi durumunda da hekimin tıbbi müdahalesi ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağının koptuğu söylenebilir.¹¹⁹

¹¹⁸ Hancı, Hamit, Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, (2. Baskı), Ankara 2005, s. 157.

Bu konu başlığı altında ele alınması gereken hususlardan biri de; hekimin yaralanan bir kimseye müdahale etmesi ve aynı zamanda hekimin de hatalı bir müdahalesi olması durumunda nedensellik bağının nasıl gerçekleşecektir. Bu husus öğretilerde tartışmalıdır.¹²⁰

Bir görüşe göre; hekimin hatası hafif veya orta seviyede ise meydana gelen netice faile yüklenmelidir, buna karşılık hata ağır ise artık sorumlu olan hekimdir.

İkinci bir görüşe göre; failin hiçbir zaman sorumlu tutulmaması gerekir. Zira; bu kimse hekimin hatasız hareket edeceğine güvenerek hastanın kurtarılacağına güvenmiş olabilir.

Bir diğer görüş ise; yaralama ile meydana getirilen tehlikenin hatalı müdahale ile etkilenip etkilenmediğinin araştırılması gerektiğini savunur. Hekimin ağır taksirli davranışı olsa dahi zaten bir tehlike söz konusu olduğundan failin sorumlu tutulması gerekir.

Ve son görüşe göre de; ilk tehlikenin veya yaranın niteliğinden bağımsız olarak hekimin hatasının yeni bir risk doğurup doğurmadığı esas alınmalıdır. Böylece ameliyat sırasında kan kaybına yol açan yanlış bir kesik atılması, hatalı narkoz verilmesi gibi hallerde artık fail değil hekim sorumlu tutulacaktır.

Burada şunu söyleyebiliriz ki; hekimin hareketi yeni bir nedensel süreç oluşturmadığı müddetçe sorumlu hekim olacaktır. Ancak; failin sorumlu tutulması hekimin de taksirinden dolayı sorumlu tutulmasını engel olmayacaktır. Hekimin hareketi tek başına ölüme neden olmuş olsa bile, yine hekimin sorumlu tutulması failin de sorumluluktan kurtulmasına neden olmayacaktır.

Yargıtay benzer bir olayda vermiş olduğu kararda; *“Ateşli silah mermi çekirdeği ile yaralanıp kaldırıldığı Ankara Hastanesinde çene ve burun solundaki yaralarına dikiş atılıp evine gönderilen ve yakınmalarının artması üzerine ertesi gün tekrar aynı hastaneye başvurduğunda sol göğüs omuru dış kısmında yumuşak dokuları arasında mermi çekirdeği bulunduğu fark edilip Hacettepe Hastanesine sevk edilen ve aynı gün orada ölen ...’nin otopsi raporuna göre; ölümünün ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı bir göğüs omuz kırığı ile birlikte omurilik zedelenmesi sonucu meydana geldiği, kişiye bir adet*

¹¹⁹ Bayraktar, 1972, s. 224.

¹²⁰ Kangal T. Zeynel, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Objektif ve Subjektif İsnadiyet, İstanbul 2013, s. 105.

mermi çekirdeği isabet ettiği ve müstakilen öldürücü nitelikte olduğunun belirtildiği olayda, yaralandığı gün kaldırıldığı Ankara Hastanesinde ateşli silah yarası tespit edilerek gereken şekilde müdahale ve tedaviye devam edilmesi halinde yaralının kurtulmasının tıbben mümkün olup olmadığının diğer bir ifade ile sanığın eylemi ile sonuç arasındaki illiyet ilişkisinin kesilip kesilmeyeceğinin, tedavideki yanılma ve geç müdahalenin ölümün husulünde etkisinin bulunup bulunmadığının, etkisi varsa kime hangi nedenlerle sorumluluk tahmil edilebileceğinin araştırılarak hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki sorumluluğunun tayin ve tespitinin gerektiğini” belirtmiştir.

Bu konu hakkında tartışmalı olan hususlardan biri de; çocuğun henüz ana rahminde iken gördüğü zarar nedeniyle sakat olarak dünyaya gelmesi durumunda, taksirle yaralama suçunun oluşup oluşmayacağıdır. Öğretide ki ağırlıklı görüş bu durumda taksirle yaralama suçunun oluşmayacağı zira suçun maddi konusunun bir insan olduğu ve hareketin de bir insana yönelmesi gerektiği yönündedir.

Bu konu ile bağlantılı olarak ortaya çıkan bir diğer tartışmalı husus da; hekimin hatalı bir müdahalesi sonucu olarak veya bir ihmali hareketinin sonucu olarak ceninin ölümüne neden olmasının aynı zamanda anneye yönelik taksirle yaralama teşkil edip etmeyeceğidir. Bu husus Kanunu’muzda yaralama suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak açıkça düzenlenmiştir. Anneye yönelik bir yaralama eylemi neticesinde çocuk yaşama yeteneğine sahip olarak vaktinden önce doğduğu takdirde failin sorumluluğu TCK 89/2-f hükmüne göre, ölü doğduğu takdirde ise TCK 89/3 hükmüne göre cezalandırılması gündeme gelecektir

Yargıtay biraz önceki açıklamalarımız da belirttiğimiz gibi çocuğun ölü doğmasına sebebiyet verilmesini görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul etmektedir. Yargıtay acilde görevli hekim tarafından ilaç yazılarak sabah polikliniğe gelmesinin önerildiği hastada bu esnada kanamanın başlaması üzerine acilen Devlet Hastanesine sevk edildiği ve burada acilen yapılan sectio ile bebeğin ölü olarak doğması şeklinde gelişen olayda; “bebeğin anne karnında öldüğünü, sağ olarak doğmadığını, dolayısıyla kişi sıfatını kazanmadığını, sanığın eyleminin taksirle öldürme suçunu oluşturmayacağını, ancak

kişinin ameliyata alınmak yerine sevk edilmesinin eksiklik olduğunu, bu sebeple eylemin TCK'nın 257/2. maddesindeki suçu oluşturacağını” belirtmiştir.¹²¹

Ancak kanımızca bu görüş yerinde değildir. Zira; kanundaki açık düzenleme gereğince yapılan bu eylem neticesi sebebiyle ağırlaşmış taksirle yaralama suçunu oluşturmaktadır.

Konumuz bakımından psikolojik tedavi faaliyetleri üzerinde durmakta da fayda vardır. Bu tür tıbbi müdahaleler hastanın maddi beden bütünlüğünü doğrudan etkilemediği halde hastaların psikolojileri üzerinde etkilidir. Her ne kadar bu faaliyetler diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak çoğu kez bedensel maddi bir zarara sebep olmasalar da hastanın ruhsal durumunun bozulması da yaralama kavramı içerisinde kabul edilir.

Ve son olarak da bu suç tiplerinde organizasyon kusuru başlığı altında yöneticilerin de sorumluluğunun gündeme gelebileceğini belirtelim. Örneğin Danıştay soruşturma izni konusunda vermiş olduğu bir kararında; bir kamu hastanesinde 2003 doğumlu, nefes alma zorluğu şikayetiyle başvurmuş bir hastanın geniz eti teşhisi ile ameliyat edildiği ancak ameliyat esnasında hastaya oksijen sağlayan entübasyon tüpünün yerinden çıktığı, bu durumun geç fark edilmesi nedeniyle hastanın uzun süre oksijensiz kaldığı ve neticede nefes alma dışındaki tüm yaşamsal fonksiyonlarını yitirdiği olayda, *“erken uyarı veren pulse oksimetre adlı cihazın kullanılması halinde bu durumun oluşmayacağını, bu cihazın hastanın parmağına takılarak solunum durumunu tespit etmeye yarayan bir cihaz olduğunu, anestezi uzmanına pratiklik, takip kolaylığı ve güven sağladığını, ameliyat esnasında olası baş ve boyun pozisyon değişikliklerinde entübasyon tüpünün yerinden çıkması halinde oksijen saturasyonun düşmesini anında göstererek hastanın solunum durumu hakkında bilgi verdiğini, ancak olay anında cihazın hasta ile bağlantısını sağlayan probu olmadığı için devre dışı olduğunu, acil olarak bekletildiğini ve hiçbir ameliyatta kullanılmadığını, ayrıca olay tarihinden önce anestezi birimince üç adet pulse oksimetre cihazının satın alınması için hastane idaresine talepte bulunulduğunu, buna rağmen taleplerinin karşılanmadığını tespit ederek burada hastanın bu duruma gelmesinde hastane ameliyathanesinde hasta takibine yarayan ve komplikasyonlara karşı*

¹²¹ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 13.05.2013 tarih ve 2013/9865 Esas ve 2013/13243 Karar sayılı kararı.

erken uyarı sağlayan gerekli teknik ve elektronik donanımı kurmayan hastane idaresinin sorumlu olduğunu ve bu sebeple hastane başhekim i ve başhekim yardımcısının yargılanmaları gerektiğini” belirtmiştir.

5.4 İnsan üzerinde deney ve deneme suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

Anayasamızın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”*

Yeni Türk Ceza Kanunu hukukumuzda ilk defa *“insan üzerinde deney”* adında bir suç tipi sevk etmiş bulunmaktadır. Bu suç tipinin düzenlendiği TCK'nın 90. maddesine göre;

“(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;

a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir.

(3) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkra da aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekir.

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

(5) Birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

Kısaca özetlemek gerekirse; maddenin 1. fıkrasında insan üzerinde deney suçunun işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, 2. fıkrasında hangi durumlarda failin cezai sorumluluğunun olmayacağı, 3. fıkrasında çocuklar üzerinde bilimsel deneyin şartları, 4.

fıkrasında hasta olan insan üzerinde rızası olmaksızın denemede bulunulması halinde uygulanacak yaptırımlar, 5. fıkrasında insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde uygulanacak yaptırımlar ve 6. fıkrasında bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir.

Bu suç tipi bir zarar suçu değil, tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Yani bir insanın deney veya deneme fiili nedeniyle bir zarara uğraması gerekmeyip bu fiillerin kendisi tek başına cezalandırma sebebidir. Ancak kanunda belirtilen koşullara uyulmaksızın yapılan bir deney neticesinde ayrıca kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda TCK 90/5 gereğince kasten yaralama veya kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yapılan deneme kanunda belirtilen şartlara aykırı ise ve hastanın sağlığı bozulmuş ve hasta ölmüş ise kasten yaralama veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yapılan deneme kanunda belirtilen şartlara uygun olmakla beraber yine de hastanın sağlığı bozulmuş veya hasta ölmüş ise ve bir kusur söz konusu ise bu takdirde taksirle yaralama veya taksirle öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bu suç tipi ile korunan hukuki değer, insanın bizzat kendisi, yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıdır.¹²²

Deney suç tipi bakımından suçun faili herkes olabilir. Bu kapsamda uygulamada özellikle hekim veya tıp alanında çalışan insanlarla araştırmalar yapan bilim adamları ve araştırmacıların bu suçun faili olacağı kabul edilmektedir.¹²³ Ancak deneme suçu bakımından öğretide bazı yazarlar suçun failinin ancak uzman hekimler olabileceğini savunmaktadır. Yargıtay ise insan üzerinde deneme suçunun failinin herkes olabileceğini kabul etmektedir. Bu karar kapsamında bir kimyager de bu suçun faili olarak kabul edilmiştir.¹²⁴

Bu suç tiplerinin mağduru herkes olabilir. Deney suçu bakımından mağdurun 18 yaşından büyük olması halinde md. 90/2, mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde md.

¹²² Hakeri, 2020, s. 1263.

¹²³ Ünver, Yener, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları-Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 151.

¹²⁴ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 07.12.2015 tarih ve 2015/1045 Esas ve 2015/19014 Karar sayılı kararı.

90/3 uygulama alanı bulacaktır. Deneme suçu bakımından suçun mağduru, rızası olmaksızın üzerinde tedavi amaçlı eylemler gerçekleştirilen kişidir. Bu bağlamda gerçek ve yaşayan kişiler bu suçun mağduru olabilir. Bu bağlamda bitki ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler ile embriyo üzerinde yapılan deneyler bu hüküm kapsamında değildir. Aynı şekilde otopsi sırasında yapılan deneyler de insan üzerinde deney olarak kabul edilmez. Kanun metninde geçen insan üzerinde kavramına psikolojik nitelikli çalışmalar da girmektedir.¹²⁵ Aynı şekilde insan üzerinde yapılan ilaç araştırmaları da bu maddenin kapsamında yer alacaktır.

Öncelikle kanun metninde, bilimsel deneyden bahsedildiğine göre, bu kavramın kullanılmasının amacının ve sonuçlarının neler olacağı incelenmelidir. Bir deneyin bilimsel niteliği; o deneyin bilimsel bir çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, bir inceleme ve araştırma içerip içermediği ve sonuçlarının bilim alanında kullanılıp kullanılmayacağı ile ilgilidir.¹²⁶

Fiilin bilimsel deney amaç olmadan gerçekleştirilmesi halinde öldürme veya yaralama suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. TCK sadece deney bakımından bilimsel olma şartını aramış, denemeler bakımından böyle bir şart öngörmemiştir.

Suç neticeli bir suç değil tehlike suçudur. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için deney veya deneme neticesinde kişinin sağlığının bozulması veya ölmesi gerekli değildir. Dolayısıyla mağdura yönelik bir zarar söz konusu olmasa bile sadece kanunda belirtilen şartların gerçekleşmemesi bu suç tipinin ortaya çıkması için yeterlidir.¹²⁷

İnsan üzerinde deneme suçunun oluşabilmesi için, hasta olan kişi üzerinde rızası olmaksızın deneme niteliğindeki müdahalelerin yapılması gerekir. Rıza varsa, suç oluşmayacaktır.¹²⁸

Bu suç manevi unsur bakımından kasten işlenebilir bir suçtur. Deneme suçu bakımından failin saikinin tedaviye yönelik olması gerekir. Tedavi dışındaki amaçlarla yapılan müdahaleler yaralama veya eziyet gibi suçları oluşturabilir.¹²⁹

¹²⁵ Ünver, 2007, s. 152.

¹²⁶ Şen, Ersan, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 614.

¹²⁷ Hakeri, 2020, s. 1265.

¹²⁸ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 26.04.2012 tarih ve 2011/20105 Esas, 2012/10908 Karar sayılı kararı.

¹²⁹ Hakeri, 2020, s. 1267.

Bir bütün olarak deney veya deneme çerçevesinde gerçekleştirilen ve tekrarlanan müstakil davranışlar, deney ve deneme suçunun işlemleri olarak kabul edilir ve ayrı ayrı suçlar olarak cezalandırılmaz. Deney ve deneme suçları arasında herhangi bir içtima ilişkisi yoktur.¹³⁰ Dolayısıyla her iki suç bir birinden bağımsız olarak işlenebilir, içtima ilişkisi söz konusu olmaz.

Bu suçların örneğin bir ilaç firması gibi bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişiye yönelik güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

5.5 Organ veya doku ticareti suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetinilecektir.

Organ ve doku; 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da (ODNK) “İnsan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu bağlamda organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler, ODNK'nın 15. maddesi ve TCK'nın 91. maddesi hükümleridir. ODNK'nın 15. maddesine göre; “*Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle, bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde 2 yıldan 4 yıla kadar hapis ve 50 bin liradan 100 bin liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.*”

TCK'nın 91. maddesine göre ise,

“(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

¹³⁰ Ünver, 2007, s. 156.

(2) *Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkra da belirtilen cezalara hükmolunur.*

(4) *Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

(5) *Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(6) *Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(7) *Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

(8) *Birinci fıkra da tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”*

Maddenin 1. fıkrasında yaşayan kişiden rızası dışında organ ve doku alınması halinde uygulanacak yaptırımlar, 2. fıkrasında ölüden belirtilen koşullara aykırı olarak organ ve doku alınması halinde uygulanacak yaptırımlar, 3. fıkrasında organ ve dokunun satın alınması, satılması ve satılmasına aracılık edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, 4. fıkrasında bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, 5. fıkrasında belirtilen koşullara aykırı olarak elde edilmiş bulunan organ veya dokunun saklanması, nakledilmesi ve aşılması halinde uygulanacak yaptırımlar, 6. fıkrasında belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik ilan ve reklam verilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar, 7. fıkrasında bu suçların bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar ve 8. fıkrasında zorla organ veya doku alınması sonucu mağdurun ölmesi halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere organ ve doku nakline ilişkin cezai hükümler hem ODNK’da hem de TCK’da düzenlenmiştir. Bu da bazı tartışmaların ve belirsizliklerin oluşmasına sebep olmaktadır.

Bu noktada işaret edilen bir problem şudur: ODNK 6. maddeye göre, 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tefsirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az 2 tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur. Bu hüküm karşısında, vericinin önceden verilmiş olan yazılı rızası iki tanık değil de bir tanık huzurunda imzalanmış ise hukuken geçerli olmayan bir rıza söz konusu olacak ve böyle bir vericiden organ olan kimse TCK 91/1 gereğince cezalandırılabilecektir. Bu durum haksız bir uygulamaya ve adaletsiz bir sonuca neden olmaktadır.¹³¹

18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızasıyla da olsa organ ve doku alınması durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı hususu da tartışmalıdır. ODNK'nın 5. maddesinde bu husus yasaklanmıştır. Yaptırımı da aynı Kanun'un 15. maddesi gereğince TCK 91 olacaktır. Ancak bu durum sonuçta uygulanacak cezalar itibariyle haksızlıklara neden olmaktadır. Zira; bir kimseden rızası olmaksızın organ alan kimseler 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alanlar ise 2 yıldan 5 yıla kadar cezalandırırken, 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızası ile organ veya doku alanların da aynı şekilde cezalandırılmaları ağır bir sonuç olacaktır.

Aslında yaşayan kimselerden zorla organ alınması TCK'nın yaralamaya ilişkin hükümlerinin ihlali niteliğindedir. Ancak kanun koyucu bu tür eylemler için genelde yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanmasını uygun görmemiş ve özel bir düzenleme yapma gereği hissetmiştir.

1. fıkra bağlamında işlenen suçlarda korunan hukuki değer insanın vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı, 2. fıkra bağlamında işlenen suçlarda korunan hukuki değer ölünün hatırasına saygı ve 3. fıkra bağlamında işlenen suçlarda korunan hukuki değer ise kamu sağlığı ve toplumun barış içerisinde yaşamasıdır.¹³²

¹³¹ Soyaslan, Doğan, Organ Nakilleri, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 136.

¹³² Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı, "Organ ve Doku Ticareti Suçları", MÜHF-HAD 2013/19 (2), s. 115.

Bu suç tipleri fail bakımından özel bir nitelik taşımayıp herkes bu suçun faili olabilir. TCK 91/3'te düzenlenen suç çok failli bir suçtur.¹³³

Bu suç tipleri bakımından mağdurun yaşayan ve gerçek bir kişi olması gerekmektedir

Bu suç tipinin gerçekleşmesi için organ ve dokunun alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi, saklanması, nakledilmesi, aşılması, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verilmesi veya yayınlanması eylemlerinden herhangi birinin gerçekleşmesi yeterlidir.

Satma veya satın alma fiilleri bakımından bu suç tipinin oluşması için organ veya dokunun para veya başka bir maddi menfaat karşılığında satılması veya satın alınması gerekmektedir. Ancak menfaat karşılığı ifadesinden ne kastedildiği belirsizdir. Organı bağışlayan kimsenin masraflarının karşılanması çıkar olarak kabul edilmemelidir. Buna karşılık yüksek değerde hediye verilmesi -örneğin otomobil gibi- çıkar olarak düşünülebilir. Organ nakli alanı dışında vücut parçalarının ticaretinin yapılması bu suçu oluşturmaz.

Özellikle şunu belirtmek gerekir ki; yaşayan insanlar arasındaki nakil eyleminin hukuka uygun olabilmesi için bu işlemin iyileştirme amacına yönelik olması gerekir. Bu amacını dışındaki amaçla vericinin rıza göstermesi durumunda verilen bu rıza geçerli olmayacaktır.¹³⁴

Organ veren kimsenin vücudu üzerinde yapılan işlemler bu kimsenin iyileşmesine yönelik tıbbi müdahale niteliğinde değildir. Bu sebeple tıbbi endikasyona dayanmayan bu eylemlerin yaralama suç tipinin tüm unsurlarını taşıdığı açıktır. Bu itibarla ancak rızanın bulunması halinde yapılan eylem hukuka uygun hale gelecektir.

Gerek reşit olmayanların gerekse de akli yönden gelişmemiş bulunan kimselerin rızası geçerli değildir. Bu husus ODNK'nın 5. maddesinde, *“18 yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Rızanın mevcudiyeti hekime organ nakli yapma hususunda yetki verir ancak bir yükümlülük yüklemmez. Organ naklinin kesin olarak veya muhtemelen organ bağışlayanın

¹³³ Aydın, Murat Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu Ankara 2008, s. 129

¹³⁴ Erman ve Önok, 1994, s. 218.

ölümüne yol açacak olmasına rağmen hekimin organı alması durumunda hekim talep üzerine öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır.

Organ veya doku ticareti suçuna konu olan organ veya dokunun canlılardan veya kadavradan alınmış olması arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu itibarla her ikisi açısından da organ veya doku ticareti suçu oluşabilir.

Bu suç tipleri manevi unsur bakımından ancak kasten işlenebilecek suçlardandır.

Bu suç tipleri bakımından neticenin gerçekleşmesi için organ veya dokunun yaşayan bir insanın vücudundan ayrılıp alınması yeterlidir. Böylece suç tamamlanmaktadır.

Organ ve doku ticareti suçunun oluşabilmesi için organ veya dokunun satışı hususunda belli bir para karşılığında anlaşılması gerekmektedir. Aksi takdirde suç oluşmaz.¹³⁵ Bu durumda organın hukuka aykırı şekilde alınıp alınmamasının veya paranın ödenip ödenmemesinin bir önemi yoktur.¹³⁶

Bu suç tipi bakımından tartışmalı konulardan biri de hekimin organını aldığı kişinin organını sattığını bilmesi halinde hekimin sorumluluğunun doğup doğmayacağıdır. Hekim ODNK'nın 7. maddesine göre bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek durumundadır. Buna rağmen organ veya doku nakli gerçekleştirildiği takdirde hekimin iki türlü sorumluluğu olabilir. İlki ODNK 15 hükmü gereğince söz konusu kanuna aykırı şekilde organ ve doku aldığı naklettiği için cezalandırılabilir. İkincisi de TCK 91/5 hükmü gereğince cezalandırılabilir. TCK 91/5 hükmü daha yeni bir hüküm olduğundan burada uygulama alanı bulacaktır.

Peki hekim kendisine organ nakli edilecek kişinin organı satın aldığını biliyorsa organ naklini gerçekleştirmesi kendisine herhangi bir sorumluluk yükleyecek midir? Bu sorunun cevabı da aynıdır. Bu durumda da hekim TCK 91/5 hükmü gereğince sorumlu olacaktır.

¹³⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11.03.2014 tarih ve 2013/13718 Esas, 2014/6023 Karar sayılı kararı.

¹³⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 10.06.2014 tarih ve 2013/17615 Esas, 2014/14203 Karar sayılı kararı.

Organı satın alan kişinin tekrar satması durumunda hem alma hem satma dolayısıyla iki ayrı suçtan değil, sadece tek bir suçtan yani TCK 91/3'ten dolayı sorumlu tutulacaktır.¹³⁷

Yine aynı şekilde; bir kimsenin hukuken geçerli rızası olmayan birisinden hem organ hem de doku alması durumunda, eğer önce doku sonra organ almışsa sadece daha ağır cezası olan organ almadan dolayı cezalandırılması gerekir.¹³⁸

Bu konuda çapraz bağış hususuna da değinmekte yarar vardır. Çapraz bağış hususu ODNK'da yasaklanmamıştır. Bu bakımdan ODNK 15 hükmüne aykırılık teşkil etmeyecek ve organ ve doku ticareti sayılmayacaktır. TCK bakımından da bir suç oluşmayacaktır. Kaldı ki; Organ Ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği'nin¹³⁹ 16. maddesinde yapılan bir düzenleme ile çapraz nakile izin edilmiştir.

Burada tartışılması gereken bir diğer sorun da; özel nakil merkezlerinde yasalara aykırı bir şekilde ek ücretlerle nakil yapılması ve bu suretle de parası olan hastaların bu merkezlerde öne çıkması durumunda ceza hukuku açısından herhangi bir sorumluluğu söz konusu olup olmayacağıdır. Bu nakil merkezlerinde gerekli masrafların dışında organ nakli için alınan ek ücretler TCK 91/3'ün ihlali niteliğinde olacaktır.

Burada TCK 91/2 ile TCK 130 arasındaki ilişkinin de ele alınması gerekmektedir. Bu iki madde arasındaki fark failin saiki noktasında ortaya çıkmaktadır. TCK 91'de; nakil amacıyla bir ölüden organ veya doku alınırken, TCK 130/2'de böyle bir amaç söz konusu değildir. Dolayısıyla failin nakil amacı dışında hareket ettiği hallerde TCK 130/2. maddenin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Organ nakli bakımından zorunluluk hali kabul edilmemektedir. Ölmek üzere olan bir kişinin hayatını kurtarmak için yaşayan bir kimseden zorla organ alınması halinde zorunluluk hali kuralları uygulanamaz. Buna karşılık organını satan kişi bakımından organ ticareti suçu ile ilgili olarak bir zorunluluk hali söz konusu olabilir.

¹³⁷ Aydın, Murat, "Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 370.

¹³⁸ Aydın, s. 394.

¹³⁹ R.G. 01.02.2012 T., S: 28191.

TCK'nın 92. maddesinde organ veya dokularını satan kişi bakımından özel bir zorunluluk hali düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”* Madde cezayı azaltan ve kaldıran şahsi bir sebep öngörmektedir. Suça bir şekilde katılan diğer kimseler ise tam ceza sorumluluğuna sahip olmaya devam edeceklerdir. Bu madde öğretide ağır bir şekilde eleştirilmektedir. Bu hükmün suistimale açık olduğu, organ mafyalarının fakir kimseleri sömürmesini sağlayacağı ve organ ticaretini artıracığı, sosyal ve ekonomik nedenlerin bir cezasızlık nedeni olarak düzenlenemeyeceğini ve bu hükmün bu suçlarla mücadeleyi etkisiz bırakacağı belirtilmektedir.¹⁴⁰

TCK'nın 93. maddesinde organ ve dokularını satan kişi bakımından bir etkin pişmanlık hükmü bulunmaktadır. Hükme göre; *“Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.”* Aynı şekilde; *“Bu suç haber alındıktan sonra, organ ve dokuların satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçları yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımı niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.”*

Bu hükmün uygulanabilmesi bakımından organın satılmış olması yeterli olup ayrıca organın vericiden alınıp alıcıya nakledilmiş olması gerekmez.¹⁴¹ Bu hüküm sadece TCK kapsamındaki suçlarla ilgili olarak uygulanacak, ODNK'nın 15. maddesinin uygulama alanı bulduğu yerlerde uygulanmayacaktır.¹⁴²

Bu bağlamda CMK'nın cumhuriyet savcılarına kamu davası açma konusunda takdir yetkisi tanıyan 171. maddesi çerçevesinde savcının organ veya dokularını satıp da etkin pişmanlık gösteren kişi hakkında dava açmayabileceği söylenebilir.

Bu suça teşebbüs mümkündür. Organ veya doku alınmadan kişinin yakalanması durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.¹⁴³

¹⁴⁰ Ünver, Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı Bir Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul 2005, s. 104.

¹⁴¹ Hakeri, 2020, s. 1281.

¹⁴² Soyaslan, 2007, s. 138.

¹⁴³ Gökçen ve Balcı, 2013, s. 126.

5.6 Çocuk düşürtme suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

Çocuk düşürtme; hangi yöntemle olursa olsun çocuğu taşıyan kadın dışında bir başka kişi tarafından gerçekleştirilen, gebelik sırasında, yani doğumdan önce gebeliği sona erdirmeye amacıyla cenine yönelik her türlü müdahaledir.¹⁴⁴

Çocuk düşürtme konusu Türk Ceza Kanunu dışında 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK) ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te¹⁴⁵ de düzenlenmiştir.

Çocuk düşürtme suçunun düzenlendiği TCK'nın 99. maddesine göre;

“(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır;

¹⁴⁴ Tezcan, vd., 2015, s. 206.

¹⁴⁵ R.G. 18.12.1983 T., S:18255.

fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

Aynı şekilde NPHK’nın 2. maddesinde de “Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır. Gebeliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.” hükmü yer almaktadır.

TCK’nın 99. maddesinin 1. fıkrasında korunan hukuki değer annenin vücut dokunulmazlığı ve anne olma hakkıdır. 2. fıkrasında korunan hukuki değer ise ceninin yaşam hakkıdır.

Bu suç tipi bakımından fail anne dışında herkes olabilir.

Burada öncelikle incelenmesi gereken konu kimlerin rahim tahliyesi konusunda yetkili olduğudur. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğü’nün 3. maddesine göre; “Rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılır. Ancak, bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemi ile rahim tahliyesi yapabilirler.”

Böylece 10 haftayı geçmeyen gebeliklerde sayılan kimseler tarafından yapılan rahim tahliyesi, annenin rızası da olmak kaydıyla suç oluşturmayacaktır. Dolayısıyla yetkili olmayan hekim tarafından, yetkili hekim olsa dahi rıza olmaksızın, rıza olsa dahi tıbbi

zorunluluk olmadan ve gebelik süresi 10 haftayı geçmiş olduğu hallerde çocuk düşürtme suçu oluşacaktır.

Kanunumuz gebeliğin süresine çocuk düşürtme suçu bakımından önemli fonksiyonlar yüklemiştir. Bu noktada bu sürenin nasıl hesaplanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Süre döllenme ile mi yoksa ana rahmine düşme ile mi başlayacaktır? Öğretide de kabul gören görüşe göre ana rahmine düşme anının gebelik süresi bağlamında esas alınması daha isabetli olacaktır.¹⁴⁶

Bu suçun mağduru gebe olan kadın kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Öğretide aksi yönde düşünceler var olsa da, cenin henüz kişilik kazanmadığından cenini mağdur olarak kabul etmek mümkün değildir.

Bu suç ancak icrai bir hareketle işlenebilir ve bu suç serbest hareketli bir suçtur. Burada düşürtme unsurunun neyi kapsadığı üzerinde durulması gerekir. Cenin oluşmasını engelleyici hareketler çocuk düşürtme olmadığı gibi, çocuğun doğumundan sonra yapılan hareketler de artık öldürme olup düşürtme değildir.¹⁴⁸ Düşürtme fiilini; bazı yazarlar ceninin zamanından önce ana rahminden çıkarılmasını temin eden hareket, diğer bir kısım yazarlar ana rahminde yaşayan ceninin gelişmesine engel olunması olarak tanımlamaktadırlar.¹⁴⁹

Düşürtme eylemi kısaca ceninin ölümünü sağlayıcı her türlü müdahale olarak tanımlanabilir. Bu müdahalenin belirli bir şekilde olması gerekmemektedir. Örneğin; kürtaj gibi ceninin alınması şeklinde olabileceği gibi, hamile kadın üzerinde doğrudan bir müdahale şeklinde de olabilir. Çoklu gebeliklerde bir veya daha fazla ceninin diğer cenin veya ceninlerin sağlıklı doğumunu sağlamak için düşürülmesi de çocuk düşürtmedir¹⁵⁰.

Çocuğun anne karnında ölmesi veya canlı doğduktan sonra kürtaj ameliyatı nedeniyle ölmesi önemsizdir. Bu nedenle cenin öldüğü halde rahim içinde kalmış olsa bile suç oluşmuş olur.¹⁵¹

¹⁴⁶ Hakeri, 2020, s. 1286.

¹⁴⁷ Can, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, ABD, 2015 (1), s. 85.

¹⁴⁸ Erman ve Önok, 1994, s. 196.

¹⁴⁹ Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 183.

¹⁵⁰ Özbek, V. Özer, M. Nihat Kanbur, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, C. 2, Madde 76-169, Ankara 2008, s. 291.

¹⁵¹ Önder, 1994, s. 184.

Burada şöyle bir sorun ile karşılaşabiliriz: Rahim tahliyesi hareketinin sonucu olarak canlı dünyaya gelen bir çocuğa hekim tıbbi müdahalede bulunmaz da çocuk ölürse hekimin ayrıca bir sorumluluğu söz konusu olur mu? Rahim tahliyesi anne karnındaki cenine müdahaledir. Cenin bu hareketin sonucu olarak canlı doğmuşsa artık ihmali hareketler ayrı bir suç oluşturacaktır ve hekim bu ihmalden ötürü cezalandırılacaktır. Çocuğun canlı olması ve bilahare öldürülmesi durumunda yukarıda da belirttiğimiz gibi çocuğun düşürülmesine yönelik hareketlerin bir sonucu olarak çocuk ölmüşse faili sadece çocuk düşürtme suçundan dolayı cezalandırmak gerekir buna karşılık başka hareketlerle çocuğun öldürülmesi durumunda hem çocuk düşürtme ve hem de öldürme suçundan ayrı ayrı ceza tayinine gitmek gerekir. Ancak Yargıtay benzer bir olayda vermiş olduğu kararda; *“Kaydı meşru olarak gebe kaldığı 7 aylık çocuğunu namusunu kurtarmak için rızasıyla düşüren ve düşükten sonra da yaşayabilecek durumda bulunan bu çocuğunu öldüren suçlunun hareketini bir fiil saymak icap ederken, suçluya hem çocuk düşürmekten ve hem de öldürmekten ayrı ayrı ceza verilmesi yolsuzdur.”* diyerek bu halde sadece çocuk düşürtme suçundan ceza verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bir başka sorunlu husus da annenin ölümü nedeniyle çocuk da ölmüşse bu takdirde de çocuk düşürtme suçu kabul edilebilir mi? Burada şunu söyleyebiliriz ki; bir kimsenin bir hamile kadını öldürmesi durumunda ayrıca çocuk düşürtme suçundan dolayı ceza verilmez. Ancak buna karşılık sadece cenin öldürülmesi amaçlanıyor ve fakat istemeyerek annenin ölümüne de neden olunuyorsa; bu durumda her iki fiilden dolayı ayrı ayrı cezalandırma gerekecektir. Ancak kanunumuz hamile bir kadının öldürülmesi durumunda ayrıca çocuğun düşürülmesinden dolayı hüküm kurulmasının görmemişse de bunu bir cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul etmiştir. (TCK md. 82/1-f) Aynı şekilde çocuk düşürtme sonucunda kadının ölmesi de neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak öngörülerek bileşik bir suç oluşturulmuştur. (TCK md. 99/3,4)

Bu çerçevede garantör olarak hekimin beyin ölümü gerçekleşmiş hamile bir kadını ne kadar hayatta tutmak zorunda olduğu hususu da tartışılmalıdır. Öğretide, çocuğun yaşama kabiliyeti varsa ve örneğin sezeryan ile kurtarabilecek ise anneyi hayatta tutmanın gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Keza; çocuğun hayatta kalacak kadar anne karnında büyüyebilmesi için gerçek bir şansının bulunması halinde annenin o süre kadar yaşatılması

gerekir. Buna karşılık çocuğun kurtarılması ihtimali yoksa sırf ölümünü geciktirmek amacıyla anneyi yaşatmak kabul edilemez. Bu minvalde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi göz önünde bulundurularak gebe kadının beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde ceninin yaşama şansının bulunması şartıyla suni yaşam ünitesini kapatılmaması gerektiği, aksi halde çocuk düşürtme suçunun oluşacağı görüşü savunulmaktadır.

Yani beyin ölümü yasal olarak gerçekleşmiş olan bir kimsenin karnındaki bir canlıya yönelik olarak artık çocuk düşürtme suçu söz konusu olmayacaktır. Nasıl ki annenin doğal ölümünün gerçekleşmiş olması halinde anne karnındaki çocuk da hayatını kaybedeceğinden çocuk düşürtme suçunun işlenmesi mümkün olmuyorsa, burada da aynı sonucu kabul etmek gerekir. Bununla beraber ölmüş kadının alete bağlı tutularak ceninin zamanı geldiğinde doğumunun sağlanmasında da bir engel bulunmamaktadır.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da hekimin çocuğun düşmesini veya ölmesini önlemek için neler yapabileceği veya neler yapmak zorunda olduğudur. Bu konuda ölçüt olarak hamile kadının gerçek veya varsayılan rızasının alınmasının gerektiğinde kuşku yoktur. Buna göre hekim ancak hamile kadının rızası ile çocuğun kurtarılması için gerekli tedavi veya teşhis müdahalelerini yapabilir. Buna karşılık hamile kadının rızası veya varsayılan rızası olmadığı müddetçe embriyonun kurtarılmasına yönelik müdahaleler hekim tarafından yapılamaz. Ancak hekim hastanın rızasıyla doğuma başladıktan sonra, doğumu yarıda bırakmak kadın açısından tehlike arz ettiği takdirde kadın talep etse bile doğumu yarıda bırakmadığı takdirde zorunluluk halinden faydalanacaktır. Kadın, cenin üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığından bu husus cenine yönelik tehlike bulunması halinde de geçerlidir.

Suçun oluşması için çocuk düşürtme eylemi ile ceninin ölümü arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Cenin zaten daha önceki bir zaman aralığında ölmüş ise artık nedensellik bağının var olduğundan bahsetmek mümkün olmaz.¹⁵²

Bu suç tipi bakımından olabilecek hukuka uygunluk nedenleri NPHK'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre;

¹⁵² Önder, 1994, s. 184.

“Gebeliğin 10 haftası doluncaya kadar annenin sağığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi 10 haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediğı takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.”

Bu hüküm göz önüne alındığında hukuka uygunluk nedenlerini üç başlık altında toplayabiliriz.

NPHK gebeliğin başlamasından itibaren 10 hafta doluncaya kadar gebe kadının gebeliğini sona erdirmeye imkanı tanımaktadır. Dolayısıyla böyle bir çocuğun düşürtülmesi söz konusu Kanun tarafında hukuka uygun kılınmıştır. 10 haftaya kadarki gebeliklerde NPHK’ya göre annenin yanı sıra anne evli ise kocanın da rızası alınmalıdır. Ancak tıbbi zorunluluk ve ağır maluliyet hallerinde eşin rızası aranmamaktadır.

Küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin iznine gereksinim vardır. Ancak; NPHK gereğince akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

Özellikle belirtilmesi gerekir ki; hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmek için süre ve rıza dışında annenin sağığı açısından tıbbi sakınca olmaması şartı da aranmalıdır. Hukuka uygunluk nedeninde de kıstas on hafta olduğuna göre gebeliğin kaçınıcı haftasında olduğu özellikle belirlenmelidir. Yargıtay da bu minvalde karar vermiştir.¹⁵³

Burada ortaya çıkan bir başka sorun da örneğin gebeliğin 9. haftasında kürtaj için hastaneye başvuran bir gebeye kürtaj için 10. haftaya randevu verilirse kürtajın yapılip yapılamayacağıdır. Bu noktada önemli olan operasyonun ne zaman yapıldığı olduğundan operasyonun 10. hafta dolmadan yapılması gerekmektedir.

¹⁵³ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 16.09.1986 tarih ve 1986/5638 Esas, 1986/6113 Karar sayılı kararı.

NPHK gebeliğin doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde de gebeliğin sona erdirilmesini hukuka uygun kılmıştır. Bu sebeplere; örnek olarak akraba evliliği dolayısıyla ilk çocuğun kör olması ve diğer çocukların da kör veya başka bir özürle dünyaya gelme olasılığının yüksek olması durumunda gebeliğin sona erdirilmesi hukuka uygun olacaktır.¹⁵⁴

Buradaki sorun da maluliyetin ne zaman ağır sayılacağı ve bunu kimin belirleyeceğidir. Öğretide; ağır maluliyetten tedavisi ve telafisi mümkün olmayan bir özrü anlamanın gerektiği fikri savunulmaktadır. Özellikle bir organın eksikliğinin bu kapsamda kabul edileceğinde tereddüt yoktur.¹⁵⁵ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğe ek 2 sayılı listede kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli sayılacak hastalıklar ve durumlar belirtilmiştir. Belirtilen hastalıkların veya durumların varlığı halinde hekimin bu konuya ilişkin tespiti ile bu tür bir müdahale yapılabilecektir.

Öğretide gebe bir kadının özürlü çocuk dünyaya getirme düşüncesinin psikolojisi üzerinde olumsuz etki yapabileceği ve bu durumda artık annenin sağlığı göz önünde bulundurularak çocuğun alınabileceği belirtilmektedir.¹⁵⁶ Aynı şekilde hamileliğe bağlı intihar tehlikesini içeren depresyonların da çocuğun alınması için bir sebep oluşturabileceği düşünülebilir. Öğretide mezkur tüzükte sayılmış olan maluliyet durumlarının sınırlı sayıda sayılmadığını kabul etmek gerektiği görüşünde olan yazarlar da vardır.¹⁵⁷

Yukarıdaki hususların dışında ortaya çıkan bir soruna daha değinmekte fayda vardır. Bunlardan biri, ikiz veya daha fazla hamileliklerde annenin çocuklardan bir veya daha fazlasına aldırıp aldıramayacağıdır. İkiz veya daha fazla sayıda çocuğa hamilelik, çocukların sağlıklı olması durumunda çocuk aldırma veya çocuklardan birini aldırma için haklı bir sebep olarak görülemez. Aksi durum çocuklardan sağlıklı olduğu halde alınan ve 10 haftayı geçmiş çocuk açısından yaşama hakkının fiilen ortadan kaldırılması anlamına gelir.

¹⁵⁴ Önder, 1994, s. 181.

¹⁵⁵ Erman ve Önok, 1994, s. 199.

¹⁵⁶ Önder, 1994, s. 181.

¹⁵⁷ Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (16. Baskı), İstanbul 2001, s. 228.

İkiz hamilelikte çocuklardan birinin sağlıklı, diğerinin özürlü olması halinde her ikisini de alınıp alınamayacağı hususunda tartışmalıdır. Bu olanak kural olarak vardır. Ancak; bunun için anne açısından söz konusu olabilecek fiziki ve psikolojik tehlikelerin sadece özürlü çocuğun alınması durumunda aranan tehlikelere nazaran daha ağır olması gerekmektedir. Çok fazla sayıda çocuğa hamileliklerde -örneğin beşiz altız- bizzat hamilelikten kaynaklanan tehlikeler dışında çok sayıda çocuğa bakmanın zorluklarından kaynaklanan endikasyonun bulunduğu da savunulmaktadır. Türk hukuku açısından buna olanak bulunmadığını belirtmek gerekir.

. Bu suç ancak kasten işlenebilen suçlardandır Bu suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle hekimin taksirli eylemleri sonucunda çocuğun henüz insan niteliğini almadan yaşamının sonlanması durumunda çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır. Hemen belirtelim ki hekimin taksirle eylemi neticesinde çocuğun düşmesi veya çocuğun erken doğması söz konusu olduğunda anneye yönelik olarak TCK 89 hükmü uygulanabilecektir.

Bu suç tipinin nitelikli halleri ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri TCK'nın 99. maddesinin üçüncü ila beşinci fıkralarında düzenlenmiştir.

NPHK'nın 5. maddesine göre; *“gebelik süresi 10 haftadan fazla ise rahim ancak gebelik annenin hayatını tehdit ettiği takdirde tahliye edilir.”*

Burada da şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Tıbbi zorunluluk nedeniyle gebeliğin sona erdirilmesi halinde annenin rızası aranacak mıdır? Öğretide TCK 99/2'de kullanılan rızaya dayalı olsa bile ifadesinden hareketle kadının rızası olmasa bile gebeliğin sona erdirilmesinin bu suçu oluşturmayacağı ve NPHK md. 6/sonda derhal müdahale edilmediği takdirde annenin hayatı ve hayati organlarından birisini tehdit eden acil hallerde iznin şart olmadığına öngörülmüş olması dolayısıyla kadının rızası olmasa bile bu takdirde gebeliğin sona erdirilmesinin suç oluşturmayacağı savunulmaktadır.¹⁵⁸ Bazı yazarlar ise annen rızasının olması şart olmakla beraber annenin yaşamı ve beden bütünlüğü bakımından ciddi bir risk varsa annenin rızası olmasa bile çocuk düşürtmenin gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedirler¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Tezcan vd., 2015, s. 208.

¹⁵⁹ Özbek ve Kanbur 2008, s. 302.

Öğretide “suç endikasyonu” olarak da adlandırılabilir olan husus TCK’nın 99. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi 20 haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

Bu durumda ne NPHK’da öngörülen endikasyonlar ne de zorunluluk hali şart koşulmaktadır. Süre şartı da gevşetilmektedir. Burada kadının bir cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunun mağduru olarak hamile kalması yeterli görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bir suç sonucu gebe kalmış kadın da çocuğunu doğurma hakkına sahiptir. Dolayısıyla rızası olmadığı müddetçe bu gerekçe ile ilgili rahim tahliyesine zorlanamaz. Yani burada hamile kadın açısından bir zorunluluk hali vardır ve kadın da içinde bulunduğu zorunluluk halinden, açıkladığı rızaya dayalı olarak hekim de yararlanmaktadır. Böylece kanun koyucu özel bir zorunluluk hali öngörmüştür diyebiliriz.

Bu hükmün uygulanabilmesi için kadının mağdur olduğu bir suç söz konusu olmalıdır. Bu suç cinsel saldırı, cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olabileceği gibi hamileliğe neden olabilecek herhangi bir başka suç da olabilir.¹⁶⁰

Ancak bu madde hükmü bakımından sorunlu bazı noktalar mevcuttur. Örneğin; aile içinde rıza harici cinsel ilişkiler de suç olarak kabul edildiğine göre, kadın eşinin kendisini zorlayarak ilişkiye girdiğini ileri sürerek çocuğunu 20 haftalıkken aldırabilecektir. Yine aynı şekilde ikisi de reşit olmayan iki gencin rızalarıyla bir arada olup kızın hamile kalması durumunda, çocuğun 20 haftaya kadar alınıp alınamayacağı hususu sorun teşkil etmektedir. Zira; bu durumda kimin fail kimin mağdur olduğu belli değildir. Şunu ifade edebiliriz ki; hamile kalan kızın 15 yaşından küçük olması durumunda ilişki rıza ile gerçekleşmiş olsa dahi yine de çocuğun 20 haftaya kadar aldırılması mümkündür. Çünkü; rıza olsa bile böyle bir ilişki suç oluşturmaktadır.

Kadın küçük ise 2827 sayılı NPHK’nın 6. maddesi gereğince; küçüğün rızası ile velinin izni bulunmalıdır. Vesayet altında bulunup da reşit ve mümeyyiz olmayan kişilerde, reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesi de

¹⁶⁰ Can, s. 97.

gerekmektedir. Ancak akıl maluliyeti nedeniyle şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

15 yaşından küçük kız arkadaşıyla rızası ile ilişkiye girip kızın hamile kalması üzerine kızın çocuğu aldırmasına karşı çıkan ve çocuğun doğmasını isteyen genetik babanın bu bakımdan bir hakkı bulunmamaktadır. Zira; kanunumuz eşin rızasını aranmasına ilişkin hükmü yalnızca evli çiftler bakımından kabul etmektedir.

Bu başlık altında yaptığımız açıklamalarda karşımıza çıkan en önemli sorun kadının bir suç sonucu gebe kaldığını nasıl belirleneceğidir. Bu konuda bir açıklığın bulunmaması bu düzenlemeyi uygulanamaz duruma getirme tehlikesi taşımaktadır. Kanunumuz bu hükmün uygulanması bakımından savcılık tarafından bir soruşturma başlatılmış olmasını dahi aramamaktadır. Bu hususu hekimin tespit etmesi de kendisinden doğal olarak beklenemez. Öğretide bu hususta değişik öneriler yapılmıştır.

Bir görüş bu durumun kanunda düzenlenmesi ve bir kurum veya kurumun tespitinin aranmasının uygun olacağını ileri sürmektedir.¹⁶¹ Gebe kadının beyanının yeterli olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.¹⁶² Hekimin tıbbi kanaatinin esas alınmasını öneren yazarlar olduğu gibi,¹⁶³ hekimin tespit yaptıktan sonra rahim tahliyesini yapıp durumu ilgili mercilere bildirmesinin yeterli olacağı da savunulmaktadır.¹⁶⁴ Bazı yazarlar ise olayın en azından adliyeye intikal etmiş olmasını aramanın gerektiğini failin ilgili makamlara şikayet edilmesi veya ihbarda bulunulmasının lazım geldiğini, hekimin sadece gebe kadının beyanına güvenerek tıbbi müdahaleyi yapmaması gerektiğini ve olayın adli makamlara intikal etmiş olmasının belli bir güvence sağlayacağını belirtmektedirler.¹⁶⁵

Öğretide hukuka aykırı hareket eden bir erkek tarafından hamile bırakıldığına ilişkin yüksek ihtimalin yeterli olduğu ayrıca failin tespit edilmiş olmasının gerekmeyeceği belirtilmektedir.

Burada ayrıca hekimin yanılma durumuna da değinmek gerekir. Hekim verilen ilacın döllenmeyi önlediği gerekçesiyle ve kadın henüz döllenmediği düşüncesiyle ilaç

¹⁶¹ Ünver, 2005, s. 106.

¹⁶² Özen, Mustafa, Ceza Hukuku, Özel Hükümler Dersleri, (2. Baskı), Ankara 2017, s. 246.

¹⁶³ Tezcan vd., 2015, s. 343.

¹⁶⁴ Işık, Barış, “Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürülmesi Suçu, (TCK m. 99/6)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2015/3 (2), s. 39.

¹⁶⁵ Hakeri, 2020, s. 1308.

vermesi ve ilacın çocuğun düşmesine sebebiyet vermesi halinde unsur yanılığı söz konusudur ve hekim cezalandırılmaz. Çünkü; kastı kalkmış olur. Endikasyon konusundaki yanılığı ise hukuka uygunluk sebeplerinde yanılığdır. Yanılığı kaçınılmaz ise fail cezalandırılmaz. Aynı şekilde hekimin annenin rızası olduğunu zannetmesi durumunda hukuka uygunluk sebebinin varlığında yanılığı sözkonusu olur ve TCK 30/3 gereğince bu yanılığı kaçınılmaz olduğu takdirde hekim cezalandırılmaz. Hekimin tıbbi zorunluluk bulunduğu konusundaki yanılığı da aynı hükme tabidir. Hekim gebeliğin süresi konusunda yanılırsa örneğin 11 haftalık bir gebeliğin 9 haftalık olduğunu zannederse, TCK 30/1 hükmü gereğince taksiri söz konusu olur ve cezalandırılmaz.¹⁶⁶

Bu suç teşebbüse müsait bir suç tipidir. Kadının çocuğun düşürülmesi yönünde yaptığı anlaşma veya bu konuda gösterdiği rıza hazırlık hareketleri olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde kadının çocuğunun düşürülmesi için bir kliniğe yatması da hazırlık hareketi niteliğindedir. Aynı şekilde kadına yapılan hyppophysin iğnesi yapılması ve kanamanın başlaması ve başlayan kanama ile ceninin düşmesinin beklenilmesi icra başlangıcıdır.

Yargıtay bir kararında; gebe kadının ameliyat odasına alınmasının, hekim, hekim yardımcısı ve hasta bakıcıların böyle bir müdahalenin gerçekleştirilmesine müsait durumda ameliyathanede bulunarak mağdurenin soyulmasının, kadının ameliyat masasına yatırılmasını ve yüzüne narkoz maskesinin geçirilmesine başlanmasının çocuk düşürtmeye yönelik icra hareketleri olduğunu, anlaşma ve ücret ödenmesinin ise hazırlık hareketi olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁷

Düşürtme hareketlerine rağmen çocuğun dünyaya canlı olarak gelmesi halinde teşebbüs vardır. Hekimin gebeliği sona erdirmek için icra hareketlerini tamamladığı ancak; rahmin delinmesi dolayısıyla kadının hastaneye kaldırıldığı ve çocuğun ölü olarak alındığı olayda Yargıtay eylemin teşebbüs aşamasında kaldığına karar vermiştir. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki; hekimin icra fiillerine başlaması fakat elinde olmayan sebeplerden dolayı neticeyi gerçekleştirememesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Erman ve Önok, 1994, s. 200.

¹⁶⁷ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 16.07.1954 tarih ve 1954/1106 Esas, 1954/1202 Karar sayılı kararı.

¹⁶⁸ Tezcan, 2017, s. 333.

İştirak bakımından failin bu eylemine başka kimselerin azmettirme, yardım etme vs. şeklinde iştiraki söz konusu olabilir ve bu takdirde iştirake ilişkin genel kurallar uygulanır. Hekim çocuğu aldırma niyetini açıklayan kadına bu işi yapmaya hazır bir hekim önerdiği takdirde çocuk düşürtme suçu işlenirse bu suça yardım eden hekim de sorumlu olacaktır.

Anne esas itibarıyla bu suçun mağdurudur ve bu nedenle iştirak hükümleri uygulanmaz. Ancak bu suça özgü olan bir durum, TCK'nın 99. maddesinin 2. fıkrasında ortaya çıkan durumdur. Buna göre; *“Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi 10 haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşüren kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Eylemi gerçekleştiren hekim olduğu halde, bu eyleme rıza gösteren anne iştirak dolayısıyla değil, aynı maddedeki hüküm gereğince fail olarak 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

İçtima bakımından akla şöyle bir sorun gelebilir? Alınan ceninin ikiz olması halinde her bir cenin için ayrı bir çocuk düşürme suçu oluştuğu mu kabul edilecektir yoksa her ikisi tek bir suç olarak mı kabul edilecektir? Burada hareketin tekliği dolayısıyla veya hareketlerin bir suçun işlemleri niteliğinde olması nedeniyle tek suç kabul edilmesi düşünülebilirse de burada hareket tek olsa bile sonuçta iki ayrı yaşama son verilmektedir ve bu nedenle iki ayrı çocuk düşürtme suçu kabul edilmelidir.

Burada irdelenmesi gereken bir diğer husus da annenin sadece tek çocuk isteyerek çocuklardan birinin alınmasını istemesi halidir. Bu da her iki çocuk açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Örneğin; annenin ikiz hamilelikten haberdar olmayıp da çocuğu düşürtmesi halinde; bir çocuk açısından kasten, diğer çocuk açısından taksirle düşürme suçunun oluştuğunu kabul etmek ve ikinci suç açısından ceza vermemek gerekir. Ancak anne ikiz hamileliği tahmin ediyor ve buna rağmen sonucu kabulleniyorsa artık olası kast vardır ve iki ayrı suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak; hekimi ayrı değerlendirmek gerekir. Çünkü; her zaman için ikiz hamileliği bildiğini kabul etmek gerekecektir. Zira; tıbbi müdahale öncesi yapılan tetkikler ikiz hamileliği ortaya koyacaktır. Buna rağmen bunun tespit edilememesi ve hekimin bu konuda yanılması halinde taksiri vardır ve sadece tek bir çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Öğretide bazı yazarlarca aynı anda ikiz veya üçüz çocukların düşürtülmesi durumunda aynı suçun

birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi söz konusu olacağından TCK'nın 43/2. madde hükmü dolayısıyla zincirleme suç kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁹ Konuya ilişkin olarak öğretide savunulan bir başka görüş ise, çoklu gebelik ile ilgili cenin sayısı birden fazla olsa bile mağdur sayısı tek olduğundan işlenen suçun da tek olduğu yönündedir.¹⁷⁰

5.7 Kısırlaştırma suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

Kısırlaştırma, çocuk yapma kabiliyetinin yapay olarak ortadan kaldırılmasına yönelik her türlü tedbirdir. TCK'nın 101. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Bu hüküm NPHK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır.”* hükmüne de paraleldir.

Bu suç tipi ile korunan hukuksal değer, bireyin vücut bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme özgürlüğüdür¹⁷¹.

Bu suçun faili herkes olabilir. Ancak rızaya dayalı olmayan kısırlaştırma fiili kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa ceza artırılabilecektir. Kısırlaştırma işlemi rızaya dayalı olsa bile kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde ceza ile muhatap olmaya sebebiyet verecektir. Bu sebeple kısırlaştırma işlemi yapma yetkisinin kim olduğunu belirlemek gerekmektedir.

¹⁶⁹ Tezcan, 2017, s. 344.

¹⁷⁰ Kanbur, M. Nihat , Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Ankara 2008, s. 1254.

¹⁷¹ Erman ve Önok, 1994, s. 212.

Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 10. maddesine göre; “Kadınlara sterilizasyon ameliyatı, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarınca yapılır. Erkeklerle sterilizasyon ameliyatı, üroloji, kadın hastalıkları ve doğum ya da genel cerrahi uzmanlarıyla bu konuda bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlilik belgesi almış pratisyen hekimlerce yapılır.”

Suçun mağduru ise rızası olmaksızın kısırlaştırılan erkek veya kadındır.

Suç kasten işlenebilen bir suçtur.

NPHK’nın 4/3. maddesine göre; kısırlaştırma için tıbbi sakınca olmaması şartı aranmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanunu böyle bir şartı aramıştır. Buna rağmen bu şartın ceza kanunu açısından da geçerli olması gerekir. Bu nedenle tıbbi sakınca olmasına rağmen yapılan kısırlaştırma kasten yaralama suçunu oluşturacaktır.¹⁷²

Keza; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzüğün 13/2. maddesine göre de, kısırlaştırma için evli kişilerde eşin rızasını aramaktadır. Ancak Türk Ceza Kanunu bu şarttan da bahsetmemektedir. Böylece eşin rızası alınmadan yapılan sterilizasyon yapan kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğuna neden olmaz.

Zaten mevcut olmayan yani hastalık veya yaş ilerlemesi gibi nedenler dolayısıyla çocuk yapma kabiliyetinin bulunmadığı hallerde bu suç işlenemez. Mağdur zaten üreme yeteneğine sahip değilse işlenemez suç söz konusu olur ancak bu durumda fail kasten yaralama nedeniyle cezalandırılabilir.¹⁷³ Çift cinsiyetli bir kimseyi asıl cinsiyetine döndürmeye yönelik müdahaleler de kısırlaştırma değildir.¹⁷⁴

Üreme yeteneğinin geçici olarak yitirilmesi halinde kısırlaştırma suçu söz konusu olmaz bu suçun oluşabilmesi için devamlılık arz eden bir durum mevcut olmalıdır.¹⁷⁵

Suçun nitelikli halleri TCK’nın 101. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; “Fiiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.” şeklinde, 2. fıkrasında “Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin

¹⁷² Tezcan vd., 2015, s. 212.

¹⁷³ Ozansü, M. Cemil, “Kısırlaştırma Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, s. 1288.

¹⁷⁴ Erdem ve Önok, 1994, s. 213.

¹⁷⁵ Ozansü, s. 1287.

yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bağlanan tüplerin açılabilir olması suçun oluşmasına engel değildir. Kadının rızası olmamasına rağmen kocasının doğum sırasında kısırlaştırmaya izin veren bir belge imzaladığı olayda yerel mahkeme, her ne kadar sanıklar tüplerin açılması da mümkün olduğunu bildirmiş iseler de; tüplerin açılması işleminin de cerrahi müdahaleyi gerektirdiği, her cerrahi müdahalenin de bünyesinde birtakım riskleri barındırdığı, dolayısıyla hiç kimsenin bu risklere katlanmasının beklenemeyeceği, yani katılanın rızası dışında tüplerin bağlanmasından sonra cerrahi müdahalenin asgari risklerine katlanarak da olsa tüplerin açılmasına rıza göstermesinin beklenemeyeceği, dolayısıyla bu hususun oluşumuna bir etkisinin olmadığı, açıklanan şekilde sanıkların iştirak halinde üzerlerine atılı suçun sübuta erdiği” gerekçeleriyle failin cezalandırılması gerektiğine bir karar vermiştir.¹⁷⁶

Burada ortaya çıkan bir sorun ameliyat sırasında gerekli görülmesi halinde hekimin hastanın varsayılan rızasından yola çıkarak ameliyatı kısırlaştırma cihetinde genişletip genişletemeyeceğidir. Bu soruya verilecek cevap olumsuz olmalıdır. Çünkü kısırlaştırma o kadar önemli bir müdahaledir ki, kişinin tekrar narkoz alması ve bıçak altına yatması risklerini göze alınarak mutlaka açık rızanın alınması gerekmektedir.

Bu suç tipini incelemeyi bitirmeden önce kısaca hadımlaştırma (kastrasyon) konusuna değinmekte fayda vardır.

Hadımlaştırma, cinsel salgı bezlerinin erkeklerde testislerin kadınlarda yumurtalıkların tamamıyla kasten alınması veya erkeğin veya kadının alınmamış cinsel salgı bezlerinin fonksiyon görme yeteneğinin daimi olarak kasten kaldırılmasıdır.¹⁷⁷

Hadımlaştırma, kısırlaştırmaya nazaran daha radikal bir müdahaledir, zira cinsel işlev sonsuza kadar fonksiyon dışı kalmakta, hatta cinsiyete ilişkin belirtiler dahi yok olmaktadır. Kısırlaştırmaya yönelik fiiller, kişinin cinsel dürtü ve faaliyetleri ile çocuk

¹⁷⁶ Akşehir Asliye Ceza Mahkemesinin 13.01 2011 tarih ve 2011/1043 E. 2011/1345 Karar sayılı kararı.

¹⁷⁷ Hakeri, 2020, s. 1312.

yapma yeteneğini tamamen ve geriye dönülmez şekilde ortadan kaldırılması anlamına gelen hadım etme, yani kastrasyondan farklıdır.¹⁷⁸

NPHK'nın 4. maddesinin 3. fıkrasına göre, *“Hadımlaştırma sadece bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde yapılabilir.”* Aynı şekilde NPHK'nın 2. maddesinin 4. fıkrasında *“Bu kanunun öngördüğü haller dışında kastrasyon ameliyatı yapılamaz.”* denerek hadımlaştırma yasaklanmıştır.

Hadımlaştırma erkek ve kadınlarda bazı hastalıkların iyileştirilmesini ve acıların azaltılmasını sağlamak için gerekli olabilir. Tıbbi endikasyon ve aydınlatılmış rıza sonucu yapılan bu tür operasyonların ceza hukuku karşısında sorumsuzluğunun temeli genel kurallardır.

Tıbbi endikasyon ve aydınlatılmış rıza sonucu yapılan bu tür operasyonlarda operasyonu yapan hekimlerin ceza hukuku karşısında herhangi bir sorumluluğu yoktur.

Rıza olmadan yapılacak hadımlaştırma ceza mevzuatında açıkça cezalandırılmış olmasaydı dahi hadımlaştırma durumunda zorunlu olarak kişinin kısırlaştırılması da söz konusu olacağından en azından TCK 101 hükmünün uygulanması mümkün olabilecektir.¹⁷⁹ Buna karşılık bu takdirde organlardan birisinin sürekli işlevinin yitirilmesine (TCK 87/2 veya 87/4) yol açan nitelikli kasten yaralama suçunun oluşacağının kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktadır.¹⁸⁰

5.8 Verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçu

2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile kişisel veriler, *özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı* kapsamında anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu bağlamda Anayasamızın 20. maddesinin 3. fıkrasına göre;

“Herkes kendisi ile ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak kişinin kendisi ile ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp

¹⁷⁸ Özbek ve Kanbur, 2008, s. 604.

¹⁷⁹ Tezcan vd., 2015, s. 212.

¹⁸⁰ Ünver, Yener, “Kısırlaştırma Suçu”, TıpHD, 2012/1 (1), s. 36.

kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.”

Bu bağlamda TCK'nın 136/1. maddesine göre; *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Bununla beraber 07.04.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun da bu hususta çeşitli yaptırımlar düzenlemiştir.

Bu suç tipi ile korunan hukuksal yarar hem bireylerin, hem de toplumun yararidir. Bu bağlamda kişinin ve toplumun özel hayat hakkı korunmaktadır.

Suçun maddi unsurunu kişisel veri kavramı oluşturmaktadır. Kişisel verinin ne olduğu TCK'nın 135. maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre; *“Gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.”* 24 Ekim 1995 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi'ni yürürlüğe koymuştur. Avrupa Topluluğu Veri Korunması Yönergesi'nin 2. maddesi, kişisel veri kavramını, *gerçek bir kişi hakkında olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi* şeklinde tanımlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, *“Kişisel veri kavramı teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmemesinin ve tek tek sayılabilmemesinin mümkün olmadığını, bununla birlikte; gerek ulusal ve uluslararası mevzuat gerekse yargı içtihatları çerçevesinde kişisel veri kavramının belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiğinin kabul edildiğini, kişisel veri kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içeriğinin gelişip değişeceğinden kuşku olmadığını, dolayısıyla; her ne kadar ceza mevzuatında kişisel veri ile ilgili bir tanım ve sınırlandırmanın yapılmadığı, bu nedenle itiraz konusu kuralın belirsiz olduğu ileri sürülmüş ise de ulusal ve uluslararası mevzuat ile yargı içtihatları dikkate alındığında kuralın belirsiz olduğundan söz*

edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁸¹ Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi direkt olarak kişisel veri kavramının geniş anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır.

Kişisel veri kavramı; Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-d maddesinde; *"Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* olarak tanımlanmaktadır. Aynı şekilde 6/1. maddesinde de; *"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ise özel nitelikli kişisel veridir."* denilerek özel nitelikli kişisel veriler tanımlanmıştır.

Aynı şekilde CMK'nın 80/1. maddesi de; *"75, 76 ve 78. madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez."* hükmünü ihtiva etmektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi bir kararında kişisel verinin ne olduğuna ilişkin bir belirleme yapmıştır. Karara göre; *"Kişisel veri kavramı, belirli ve kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda, adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izi, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır."*¹⁸²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da sağlıkla ilgili kişisel verileri belirlemiştir. Bu bağlamda, *"Sağlık verileri; kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca; sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin*

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesinin 02.12.2015 tarih ve 2015/32 Esas, 2015/102 Karar sayılı kararı.

¹⁸² Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarih ve 2013/122 Esas, 2014/74 Karar sayılı kararı.

kendine özgü fiziksel ve biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiiden faydalanmak bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır.”¹⁸³

Kişinin kendisinin açıklamış olduğu veya herkes tarafından açıkça görülen ve anlaşılan bilgiler bu kapsamda değerlendirilmemelidir.¹⁸⁴

Bu suç tipi fail bakımından özgü bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebilmesi mümkündür.

Bu suçun mağduru kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına verilen yayılan veya ele geçirilen kişilerdir.

Kanunumuz bakımından bu suçu oluşturacak fiiller; kişisel veriyi verme, yayma ve ele geçirme olarak belirlenmiştir. Verileri yaymadan kastedilen, verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunulmasıdır. Yaymaya örnek olarak kişisel verilerin bir yayında kimlik belirtilmek suretiyle yayınlanması gösterilebilir.¹⁸⁵

Kişisel verilerin tek bir kişiye verilmesi ve açıklanması suçun oluşması açısından yeterlidir, herkesin öğrenmesi gerekmemektedir.¹⁸⁶

Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenmesi durumunda fail cezalandırılmaz.

Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak ele geçirilmesi, başkalarına verilmesi veya yayılması eylemlerinin gerçekleşmesi ile netice meydana gelmektedir. Suçun oluşması için herhangi bir zararın meydana gelmesi şart değildir.

Kişisel verilerin verilmesi bazı hallerde hukuka uygun olabilir. Örneğin; hastanın rızası, zorunluluk hali ve kanuni mecburiyet hallerinde kişisel verilerin verilmesi dolayısıyla kişi cezalandırılmayacaktır.¹⁸⁷

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesine göre; “*Kişisel veriler, kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*” Ayrıca, aynı Kanun’un 5/2. maddesi uyarınca rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlik tanınmayan

¹⁸³ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.2014 tarih ve 2012/1510 Esas, 2014/331 Karar sayılı kararı.

¹⁸⁴ Büyükay, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, AÜEHFD, 2004/8 (1-2), s. 386.

¹⁸⁵ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, (5. Baskı), Ankara 2005, s. 274.

¹⁸⁶ Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992, s. 47.

¹⁸⁷ Hakeri, 2020, s. 1330.

kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması durumunda kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28. maddesinin d bendine göre; kişisel verilerin, soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi 6698 sayılı Kanun’un kapsamı dışında tutulmuştur. Dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve devamı maddelerinde yer alan hükümler kapsamında işlenen kişisel veriler 6698 sayılı Kanun’un kapsamı dışında kalmaktadır.¹⁸⁸

TCK’nın 137. maddesinde; kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halleri suçun nitelikli halleri olarak düzenlenmiş olup bu durumlarda ceza yarı oranında artırılmaktadır.

Kişisel verilerin açıklanması suçuna teşebbüs mümkündür. Kişinin başkasına ait kişisel verileri basına vermek için posta yoluyla göndermesi ancak kolluk kuvvetleri tarafından henüz basına ulaşmadan ele geçirilmesi halinde fail teşebbüs aşamasında kalmış kişisel verilerin açıklanması suçu nedeniyle cezalandırılacaktır.¹⁸⁹

Bu suç tipinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde müşterek faillik durumu ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde bir kişinin bu suçu işlerken başka bir kişinin ona yardım etmesi de mümkün olup bu durumda diğer kişi yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.

Kanunda bu suç tipi bakımından veren, yayan ve ele geçiren olarak 3 tane seçimlik hareket belirtilmiştir. Kişinin açıkladığı kişisel veriyi aynı zamanda hukuka aykırı olarak ele geçirmesi halinde fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Kişisel verileri verme, ele geçirme ve yayma suçu hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

¹⁸⁸ Altındağ, Halil, “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine İlişkin 6698 sayılı Kanun’daki Hükümlerin Avrupa Birliği Mevzuatı ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, s. 624.

¹⁸⁹ Aydın, Nizamettin, “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)”, SÜHFD, 2013/21 (2), s. 26.

Hastaya ait bilgilerin, verilerin ve sırların saklanması çok eskiden beri kabul edilmiş bir esas olup çok çeşitli metinlerde açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.¹⁹⁰

Hekimin sır saklama yükümlülüğü ihlal etmesi, ahlaka ve meslek kurallarına aykırı olduğu gibi, aynı zamanda ceza kanunumuzda düzenlenmiş suç oluşturan bir eylemdir. Meslek dolayısıyla öğrenilen sırrı hekimler, dış hekimleri, veterinerler, eczacılar ve diğer sağlık personeli -tıp öğrencileri de dahil- saklamakla yükümlüdürler.¹⁹¹

Öncelikle belirtebiliriz ki; CMK'nın 46/1-b hükmü gereğince, hekimlerin dış hekimlerinin, eczacıların, ebelerin ve bunların yardımcıları ile diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgileri dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakları vardır. Paralel düzenleme HMK'nın 247. maddesinde de mevcuttur.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin 4/1-j maddesine göre de; *“Kişisel sağlık verisi, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmeti ile ilgili bilgiler ifade etmektedir.”*

Öğretide; sağlık verileri, bir kişisel veri türü olarak, kişilerin özel hayat kapsamında kimlikleri, sırları, özel evrakları, yazışmaları, hayat tarzları, fiziksel ve ruhi durumları ve cinsel yaşamlarının içeriğini oluşturan her türlü belge, bilgi ve belirti olarak tanımlanmaktadır.¹⁹²

Konumuz açısından kişisel verileri gerçek kişilere ilişkin, bir hastalık dolayısıyla hekim veya diğer sağlık personeli tarafından edinilen her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz. Ancak; bu suçun konuluş amacı gözetilerek bu kavramın sınırlandırılması gerekmektedir. Bu nedenle; kişiye ilişkin her türlü veriyi değil de ancak başkalarının bilmesini ve öğrenmesini istemeyeceği bilgileri bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir. Hastaya ait olup da hekim veya diğer sağlık personeline aktarılan veya herhangi bir şekilde bu kimseler tarafından hukuka uygun olarak öğrenilen ve başkaları tarafından duyulması istenmeyecek bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda sadece hekime veya diğer sağlık personeline aktarılan veriler değil, kişinin bir hekimi veya hastaneyi vs. ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtlar da bu kapsamdadır. Ancak şunu da belirtmek

¹⁹⁰ Hakeri, 2020, s. 1315

¹⁹¹ Hakeri, 2020, s. 1315.

¹⁹² Aydın, s. 9.

gerekir ki; tıbbi müdahale nedeniyle doğrudan öğrenilen kişisel verilerin dışında dolaylı olarak öğrenilen veriler ceza sorumluluğu değil tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir. Böylece; örneğin, tedavi için gittiği evde hastanın metres hayatı yaşamasına şahit olunması ve bunun açıklanması halinde sadece tazminat sorumluluğunu kabul etmek daha doğrudur.¹⁹³

Hastanın başkasının duymasını istemeyeceği veriler kavramının tespitinde ölçü olarak objektif kriter; yani aynı durumdaki bir başka hastanın duyulmasını istemeyeceği verilerin neler olacağı değil, subjektif kriter; yani mevcut hastanın kişisel görüşüne göre başkalarının duymasını istemeyeceği verilerin neler olduğu esas alınmalıdır.¹⁹⁴

Yani gizli tutulmasında hastanın bir yararı olan verilerin başkası tarafından duyulması istenmeyecek veriler olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla toplumun zayıflamasına yol açabilecek ya da hastanın ekonomik durumunu veya geleceğini etkileyebilecek nitelikteki bilgiler bu kapsamda kabul edilmelidir. Örneğin; evli olmayan kadının hamile kalması, kürtaj, eşcinsellik, cinsel hastalıklar, uyuşturucu kullanımı gibi.¹⁹⁵

Bu bağlamda hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, bedeni eksiklikler ve özellikler hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları ile kişisel, ailevi, mesleki ve ekonomik duruma ilişkin bütün veriler kişisel veri olarak değerlendirilmelidir. Hastanın resmi de kişisel veri kapsamındadır. Hasta protokol defterine yazılan hususlar da kişisel veri kapsamında kabul edilir.

Hekimin kişisel verileri saklama yükümlülüğü bizzat hastayı muayene ettiğine ilişkin bilgiyi ve hastanın kimliğini de kapsamaktadır. Hasta tarafından verilen ancak üçüncü kişilere ilişkin bilgiler de sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Örneğin hastanın eşinin veya çocuklarının hastalığına ilişkin olarak verdiği bilgiler de kişisel veri kapsamında koruma altındadır. Şu hususu belirtmek gerekir ki; hekimin özel hayatında elde ettiği bilgiler bu koruma alanı içerisinde değildir.

Buna karşılık hekimin sübjektif nitelikli düşünceleri ve kişisel tahminleri kişisel veri değildir. Aynı şekilde, hastanın herkese anlattığı veya tabiatı itibarıyla açık olan bilgiler -örneğin hastanın bir bacağına olmaması- bu çerçevede değerlendirilemez.

¹⁹³ Aşçıoğlu, 1992, s. 47.

¹⁹⁴ Hakeri, 2020, s. 1320.

¹⁹⁵ Aşçıoğlu, 1992, s. 47.

Ayrıca; hekimin bilirkişi olarak edindiği bilgiler de kişisel veri kapsamında koruma altındadır. Bunların da yetkisiz kişilere aktarılmaması gerekir. Aksi takdirde TCK 136'da belirtilen hukuka aykırı şekilde veri verme suçu gerçekleşmiş olur.

İlgili kişi hukuksal nedenlerden ötürü kendisi hakkında yapılan muayeneyi kabul etmek zorunda ise bu muayeneyi yapan hekim sonuçları ilgili makamlara bildirmek zorundadır. Buna karşılık yapılan muayene belirli bir hak veya bir hukuksal pozisyon elde edilmesine yönelik ise muayenesi yapılan kişi söz konusu hak veya pozisyondan feragat ettiğini açıklayarak muayene sonucunun ilgili yerlere bildirilmemesini isteyebilir ve bu durumda hekim bu talebe uymak mecburiyetindedir.

İşyeri hekiminin işveren için yaptığı muayenelerin işverene bildirmesi söz konusu olduğundan, işçi olarak bir işe girmek isteyen kişi bu muayenelerin sonucunun işverene açıklanması hususunda zımni bir rıza açıklamış demektir. Buna karşın; işçinin gönüllü olarak kontrol muayenesi yaptırması halinde bu muayeneye ilişkin olarak hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususta İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin¹⁹⁶ 8/1-e maddesine göre; Toplum Sağlığı Merkezi işçilerin yaptıkları işlerin, işyerinde yapılan risk değerlendirme sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş muayenelerinin, periyodik sağlık muayeneleri sonuçlarının ve iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanmasıyla sorumludur. Bu arada belirtmek gerekir ki; bildirilmesi zorunlu hastalıklar söz konusu olduğunda işyeri hekimi de bu zorunluluğa tabidir.

Cezaevi hekimleri bakımından da kural olarak sır saklama yükümlülüğü vardır. Ağır enfeksiyonlar ve AIDS hastalığı bakımından hasta mahkumun direkt olarak diğer mahkumlarla bağlantılı olması durumunda hastalığı cezaevi idaresine bildirmesi halinde sorumluluğu doğmayacaktır.

Adli tabip mahkeme veya savcılıkça görevlendirildiği konularda açıklama yetkisine sahip olmakla beraber, bu alanlar dışında yine sır saklama yükümlülüğü altındadır. Keza; hekim ölünün otopsisinde tespit ettiklerini ilgili makamlar dışındaki kişi ve kurumlara bildirmemekle yükümlüdür.

¹⁹⁶ R.G. 27.11.2010 T., S:27768.

Tıbbi araştırmalarda elde edilen kişisel bilgiler de hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Bu nedenle hastaya ilişkin bilgilerin başkalarına aktarılması ancak hastanın rızası ile mümkündür. Ancak İlaç ve Biyolojik rnlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Ynetmelik¹⁹⁷ hükümleri gereğince etik kurullara yapılması zorunlu bildirimler bu kapsamda değıldir.

Bilimsel çalışma yapan hekimler araştırmalarının sonuçlarını diğeri hekimlerle paylaşmakta; kongrelerde, hastalar ve yapılan ameliyatlar gösterilmekte, bilimsel dergilerde hastaların hikayesi veya resimleri paylaşılmaktadır. Ancak; bu tip yayınlarda veya tebliğlerde hastanın kimliğinin gizli kalması gerekir. Aynı husus kongrelerde hastanın resminin yayınlanması bakımından da geçerlidir. Bu resimlerde hastanın resmi kendisi hiçbir surette tanınmayacak şekilde aktarılmalıdır. Basit siyah çizgiler bu bakımdan yeterli değıldir. Bunun amaca uymaması durumunda ise kesinlikle hastanın rızası alınmalıdır. Bu kurallara riayet edilmemesi halinde hekimin tazminat sorumluluğunun yanısıra TCK 136 gereğince de cezai sorumluluğ doğacaktır.

Hekim ğrendiğeri bilgileri ailesi ve bazı durumlarda hastanın ailesi ile dahi paylaşmamalıdır. Ancak bazı istisnai durumlarda yani ailenin korunması gereken veya hastanın yararı söz konusu olduğu durumlarda durumun hastanın ailesi ile paylaşılabilmesi mümkündür.¹⁹⁸ Ancak; aileden bir kimsenin başından itibaren bütün muayene ve tetkiklerde hastanın yanında olması durumunda bu kimseye bilgilerin aktarılmasında suçun unsurları gerçekleşmiş olmaz. rneğinin; eşin bütün hamilelik kontrollerinde ve doğumda karısının yanında bulunması gibi. Önemle altını çizmek gerekir ki; hekimin zaten bildiğeri hususların hekimlik sıfatı ile kendisine aktarılmış olması durumunda sır saklama yükümlülüğünün kalktığeri söylenemez.

Bu konu bakımından değeriilmesi gereken bir başka husus da; reşit olmayan çocuklarla ilgili bilgilerin ebeveynlerden saklanması gerekip gerekmediğidir. Bu durumda somut olaya göre değeriendirme yapılması uygun olacaktır. Henüz rıza verme hakkına sahip olmayan bir çocuk genel olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünden tam olarak yararlanma hakkına sahiptir. Bu noktada eğeri çocuğın yararı üstün ise ebeveynin

¹⁹⁷ R.G. 13.04.2013 T., S:28617.

¹⁹⁸ Aydın, s. 304.

bilgilenme hakkının bulunmadığı, ebeveynin bilgilenme hakkı yüksek ise hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmek gerekir. Örneğin; tek başına bir kadın doğum uzmanına giden genç bir kız henüz rıza verme hakkına sahip olmasa bile kural olarak sır saklama yükümlülüğünden sınırsız olarak faydalanma hakkına sahiptir. Çocuklarla ilgili olarak hekimin ebeveyne karşı sır saklama yükümlülüğünün 14 yaşın doldurulmasından sonra kabul edildiği de belirtilmelidir.

Hekim dışındaki sağlık personelinin de bu suçun faili olması mümkündür. Örneğin; hemşire, ebe, hasta bakıcı, intörn hekimler, eczacılar gibi.

Sahte diploma ile hekimlik yapan kişinin hastadan öğrendiği kişisel veriler ile ilgili olarak da suçun faili olması mümkündür.¹⁹⁹

Hasta, hekime kişisel verilerin açıklaması konusunda izin verebilir. Bu izin açık bir izin olabileceği gibi, zımni bir izin de olabilir.

Bu konu bakımından değinilmesi gereken bir başka husus da; hekimin başka bir hekime, hastaya ait verileri açıklaması halinde bu suçun oluşup oluşamayacağıdır. Burada kural olarak hekimin bir başka hekime hastanın kişisel verilerini vermesinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olduğu söylenebilir de günümüzde çoğu tıbbi müdahalelerin ekip çalışması içinde yapılması gerektiğinden bunun doğal bir sonucu olarak ekipte yer alan diğer hekimlerin hastaya ilişkin verileri bileceklerdir. Ortaya çıkan bu durumlarda hastanın zımni rızasının olduğu kabul edilmektedir. Yani; bu kişilere hastaya ait bilgilerin aktarılması halinde bu suç oluşmayacaktır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki; bilgi alma yetkisine sahip kişilere dahil olmayan diğer bütün sağlık personellerine kişisel verilerin aktarılması bu suçu oluşturacaktır. Buna hastanenin başhekimisi veya diğer yöneticileri de dahildir.

Hekimlerin kendi arasında bilgi alışverişi için hastaya ilişkin bazı verileri birbirine aktarması kanunda öngörülen verme/yayma olarak kabul edilmemektedir.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus da hastanın ölümü sonrasında da hekimin sır saklama yükümlülüğünün devam edip etmediğidir. Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmasa dahi maddenin koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda kişinin

¹⁹⁹ Yılmaz, S. Sanem, “Tıp Alanında Kişisel Verilen Açıklanması Suçu”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, s. 702.

hayatta olduğu sırada güvenerek vermiş olduğu bilgilerin ölümünden sonra açıklanabilecek olmasının hastanın hekime karşı olan güvenini zayıflatatacağını ve dolayısıyla tedavinin amacına ulaşmasını engelleyeceğini göz önünde tutarak hastanın ölümü sonrasında da hekimin sır saklama yükümlülüğü bulunduğunu söyleyebiliriz.²⁰⁰

Hekimin bu sıfatı sona erdikten sonra da kişisel verileri açıklaması halinde suç oluşacaktır.

Burada ele alınması gereken hususlardan biri de sigortalı hastalar bakımından ödemeyi yapacak kuruma çıkarılacak fatura ile ilgili olarak ne ölçüde hasta gizliliğine riayet edilmesi gerektiğidir. Ülkemizde hastaların sağlık giderlerinin ödenmesi bakımından yapılan bütün tıbbi müdahalelerin ve bunların karşılığını gösterilmesi ve bunların hasta dışında amir, mutemet vs. tarafından görülmesi hukuka aykırı kabul edilmektedir.

Bu suç kasten işlenebilen suçlardan olduğundan hekimin hastasını ait notları masa üzerinde unutması ve başkaları tarafından görülmesi durumunda hekimin kastı olmadığından suç oluşmayacaktır.²⁰¹

Hekimler tarafından kişisel verilerin verilmesi bazı durumlarda hukuka uygun olabilir. Şimdi bu hususlara değmeye çalışalım.

Hasta hekime kişisel verilerin açıklanması konusunda izin verebilir. Bu izin açık bir izin olabileceği gibi zımni bir izin de olabilir. Örneğin; hastanın hekimi bir davada tanık olarak çağırması durumunda iznin zımni bir izin olduğu kabul edilebilir. Aynı şekilde hekimin hastayı karısının yanında muayene etmiş olması ve onun yanında hastalığıyla ilgili düşüncelerini açıklaması durumunda, hastanın karısına yönelik zımni rızasının bulunduğu kabul edilir. Yargıtay da bir kararında, hastanın hastanedeki yatış işlemlerini takip eden hemşire olan geline verilen epikriz vs. belgeleri bilahare gelinin boşanma davasında kullanmasında verileri suç işleme kastı ile hareket ederek üçüncü kişi ya da kişilere vermediği için suçun oluşmayacağını belirtmiştir.²⁰²

²⁰⁰ Aydın, Erdem, “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, Hacettepe Üniversitesi Katkı Pediatri Dergisi, 2002/22 (3), s. 62.

²⁰¹ Donay, Süheyl, Meslek Sırrın Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 163.

²⁰² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 08.07.2013 tarih ve 2013/32354 Esas, 2013/18659 Karar sayılı kararı.

Bu noktada ortaya çıkan ve değinilmesi gereken bir sorun da konsültasyonun hastaya ilişkin verilerin aktarılması bakımından nasıl değerlendirileceğidir. Öğretideki bir görüşe göre; hastalığının ortaya çıkarılması ve tedavisi için bir hekime başvuran herkesin hekimin ihtiyaç duyması halinde diğer hükümlerle konuyu tartışabilmesine zımnen rıza gösterdiğini kabul etmek gerektiğini belirtir. Buna karşılık diğer bir görüş de; bir hastanın tedavi süreci içinde hekimin konsültasyon ihtiyacının söz konusu olacağı ve bu nedenle başka hekimlere verileri aktarmak durumunda kalacağını hesaba katmak durumunda olmadığını ve bu nedenle bu tip durumlarda hastanın açık rızasının alınması gerektiğini söylemektedir. Burada konsültasyon bakımından hastanın varsayılan rızasının olduğu kabul edilerek hastanın aksi yönde bir iradeye sahip olduğunu gösteren veriler olmadığı müddetçe konsültasyon açısından ayrıca rızasının alınmasına gerek olmadığı söylenebilir. Öğretide önerilen hastanın ismi ve diğer belirgin özellikleri belirtilmeksizin konsültasyon alma yoluna gidilmesi halinde durumun artık hukuka uygun hale geleceği ve suç oluşmayacağıdır.

Bazı durumlarda ise kişisel verilerin açıklanması bakımından varsayılan rızanın bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun için hastanın hiçbir şüpheye yer kalmayacak şekilde kişisel verilerin korunmasına yönelik yararının bulunması söz konusu olmamalıdır. Ölüm, şuur kaybı ve adli yeteneklerin kaybı gibi hallerde hastaneye gelen kimsenin yakınlarına haber verilmesi hususunda varsayılan rızasının bulunduğu kabul edilmektedir.

Hekime belirli hususları açıklama yönünde kanunen bir görev yüklenmiştir. Bu takdirde bu bir kanun hükmünü icra hukuku uygunluk sebebidir ve aksine bu görevin yerine getirilmemesi suç oluşturacaktır. Bu nedenle bu tip hallerde hekimin bildirimi sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmayacaktır.²⁰³

Örneğin TCK'nın 279 ve 280. maddelerinde bu tür bir yükümlülük düzenlenmektedir. Aynı şekilde Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da bazı bildirme yükümlülükleri sevk etmiştir. Bu Kanun'un 282. maddesine göre; *“Bu kanundaki zorunluluklara aykırı davrananlar hakkında kanunda ayrıca ceza hükmü gösterilmemesi halinde ve yapılan eylemler TCK'da daha ağır cezayı gerektirmediği takdirde idari yaptırım uygulanır.”*

²⁰³ Hakeri, 2020, s. 1333.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla beraber, bildirim yükümlülüğü altına bilahare alınacak olan hastalıklar Sağlık Bakanı Onayı ile bu konudaki listeye eklenmektedir. AIDS hastalığı da 07.10.1985 tarih ve 3765 sayılı Bakanlık Makamı Onayı ile ihbarı mecburi hastalıklar arasına alınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 159/1. maddesi de bir bildirim yükümlülüğü öngörmektedir. Hükme göre; *bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde ... sağlık veya cenaze işleri ile görevli kişiler, durumu derhal Cumhuriyet başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler.*

Aynı şekilde Özel Hastaneler Tüzüğü'nün²⁰⁴ 32. maddesi de güvenlik makamlarına bildirim yapma mecburiyetini düzenlemektedir. Hükme göre; *“Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar güvenlik makamlarını derhal bildirilir.”* Aynı Kanun'un 40. maddesine göre de; *“Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir.”*

Yine Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin²⁰⁵ 86. maddesinde adli ihbar işlemleri düzenlenmiştir. Hükme göre; *“Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vakalarda bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması halinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına ve adli kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir.”*

Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik²⁰⁶ eş görüşmesi öncesinde hepatit veya kan ya da cinsel yolla bulaşabilecek bir hastalığı olduğu kurumca bilinen hükümlü veya tutuklunun eşinin sağlık personeli tarafından yazılı olarak bilgilendirilmesini öngörmektedir. (md. 15/2)

²⁰⁴ R.G. 10.01.1983 T., S:17924.

²⁰⁵ R.G. 13.01.1983 T., S:17927 Mükerrer.

²⁰⁶ R.G. 30.03.2013 T., S:28603.

Ayrıca; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu bir hukuka uygunluk sebebi sevk etmektedir. 6/3. maddeye göre; *“Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlaması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”*

CMK'nın 161/4,5 maddesi;

(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

(5) Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır.

CMK'nın 332/1,2 maddesi;

(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

(2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır. şeklindedir.

Yukarıda belirtilen hükümler göz önünde bulundurulduğunda; mahkeme veya savcılıklardan bu talepler geldiğinde hekimin hastanın kimliği konusunda mahkeme veya savcının talebi üzerine bilgi vermesi durumunda bir sorumluluğu olmayacaktır.

TCK'nın 192/4. maddesi gereğince; *“Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya*

bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

Hekimlerin kendilerine karşı hastaların veya yakınlarına açtıkları davalarda kendilerini savunmak bakımından hasta ile ilgili bazı verileri mahkemeye sunmak durumunda kalmalarında, bu eylemler hukuka uygun olup cezalandırılmayacaktır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; *“epilasyon sonucu kılınmanın artması ve yanık olduğu gerekçesiyle şikayetçi olan hastanın bu şikayetlerinin kullandığı başka ilaçların yan etkisi olabileceği gerekçesiyle bu ilaçların listesini yazarak mahkemeye sunan hekim hakkında kişisel verileri ele geçirdiği iddiasıyla dava açılan olayda, bunun savunma çabasından kaynaklandığını”* belirtmiştir.²⁰⁷

Zorunluluk hali, kusurluluğu kaldıran bir sebeptir ve hekimin bu sebepten yararlanabilmesi için, korunan hukuki yararının, ihlal edilen hukuki yarardan daha yüksek ve en azından eşit olması ve suç oluşturan hareketin yapılmasının tehlikenin önlenmesi bakımından zorunlu olması gerekmektedir. Bu bağlamda hastanın gizlilik hakkından daha üstün yararlarının korunması amacıyla hasta bilgilerinin rıza olmaksızın açıklanması durumunda hekimin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmeliğin ²⁰⁸ 5/1-h hükmüne göre; *“sağlık personeli mesleki uygulamalar sırasında edindiği kişisel verileri ve sağlık ile ilgili özel bilgileri ilgili mevzuat gereği rapor düzenleme ve hastanın ya da diğer kişilerin hayati tehlikesi söz konusu olduğu durumlar hariç muhafaza eder ve üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli tedbirleri alır.”* Ruh Hekimliği Psikiyatri Meslek Etiği Kuralları 6. maddeye göre de; *gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir.* Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 9. maddede de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre; *sırrın saklanması hasta ya da öteki*

²⁰⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 31.03.2014 tarih ve 2013/12495 Esas, 2014/7889 Karar sayılı kararı.

²⁰⁸ R.G. 22.05.2014 T., S:29007.

insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Bu duruma örnek olarak; akıl hastasının başkasına zarar vermesini önlemek amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi veya bilincini kaybetme tehlikesi bulunan hastanın araç kullanacak olması durumunda polise ihbarda bulunulması durumları gösterilebilir.

Burada değinilmesi gereken bir başka husus da; hekimin durumu eşe bildirmeyip de eşin de hasta olması halinde hekimin bundan ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Öğretide; hekimin bunu bildirmesinin suç oluşturmayacağı ama bildirmekle yükümlü tutulamayacağı görüşü savunulmaktadır. Bununla beraber; hekim eş bakımından da garantör ise, örneğin onun da hekimi ise o takdirde bildirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Hekim garantör ve bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde bir yandan ihmali davranışla kasten yaralamaya -TCK 88- iştirakten sorumlu olur. Aynı şekilde hekimin tazminat sorumluluğu da söz konusu olur. Aynı zamanda işlenmekte olan bir suçu bildirmemesi suçu da söz konusu olabilir. -TCK 278- Hekim garantör değilse, yani eş kendi hastası değilse bu durumda da zorunluluk halinden yararlanarak hekim sır saklama yükümlülüğü ihlal edebilirse de bu bir yükümlülük değildir. Ancak bu durumda da TCK 278 söz konusu olabilir.

Hekimin hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği konusunda yanlışya düşmesi halinde; örneğin hastanın rızasının bulunduğunu zannetmesi veya zorunluluk halinin bulunduğunu düşünmesi durumunda hukuka uygunluk sebeplerinde yanlış söz konusu olur.

Hekim yanlış olarak verilerin zaten herkes tarafından bilindiğini zannederse unsur yanlışlığı vardır ve kastı ortadan kalkar ve bu sebeple bu suçtan dolayı artık cezalandırılmaz. Buna karşılık hekim açıklama yetkisinin sınırları konusunda yanlış veya sır saklama yükümlülüğünün, örneğin diğer hekimlere karşı geçerli olmadığını zannederse hukuksal yanlışlığı vardır ve bu yanlış kaçınılmaz ise hekim cezalandırılmaz. Örneğin; psikiyatristin ağır psikolojik rahatsızlık nedeniyle, örneğin intihar tehlikesinin var olması dolayısıyla durumun herkese açıklanabileceğini zannetmesi durumunda hukuksal yanlış söz konusu olur.

Burada TCK'nın 258. maddesinde düzenlenmiş olan göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunun ve TCK 136. maddesi arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek gerekmektedir. TCK 258. madde hükmüne göre;

(1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.

Bu maddede yer alan hüküm daha çok ticari sırların korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle TCK 136'da yer alan hükme nazaran daha dar kapsamlıdır ve özel bir hükümdür. Dolayısıyla hekimin tıbbi müdahale nedeniyle öğrenmiş olduğu veriler esas itibariyle kişisel veriler niteliğindedir. Buna karşılık TCK 258'de ifşası suç olarak öngörülmüş veriler daha çok ticari ilişki/müşteri ilişkisinden kaynaklanan verilerdir. Bu nedenle hekimin kişisel verileri açıklaması kural olarak TCK 136'daki suçu oluşturacaktır.

Son olarak değinilmesi gereken konu, kolluğun hastanın kimliğine ilişkin olarak hekim veya hastaneden talep ettiği bilgilerin verilmek zorunda olup olmadığıdır. TCK'nın 279 ve 280. maddeleri durumun yetkili makamlara bildirilmesini istemekte ancak kişilerin kimlik bilgilerinin aktarılmasını zorunlu görmemektedir. Bu durumda polisin talebi üzerine hekim veya hastanenin ayakta veya yatan hastanın kimliğine ilişkin bir bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim ancak mahkeme veya savcının talebi durumunda bilgi verecek ve bu takdirde kişisel verilen açıklanması suçunu işlemiş olmayacaktır. Bunun dışında kolluğun veya başka bir makamın talebi üzerine mevzuatta belirtilmiş bir istisna olmadığı durumda, hastanın kimlik bilgilerinin verilmesi hukuka aykırı olacaktır ve TCK 136'daki suç oluşacaktır. Örneğin; Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7/6. maddesinde böyle bir istisna öngörülmüştür. Bu hükme göre; *“kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesinde göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde, ancak hakim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılır.”* Hekimlerin de hasta

mahremiyeti çerçevesinde bu bilgileri ve belgeleri vermeme hakkı vardır. Bu durumda hakim kararı alınması gerekmektedir. Ancak hastaya ait bilgilerin polise bildirilmesi halihazırda mevcut bir tehlikenin başka türlü önlenememesi durumunda, yani zorunluluk hali durumunda haklı görülebilir.

5.9 Belgede sahtecilik suçları

Belge, hukuksal bakımdan önem taşıyan ve onu düzenleyen kişinin delil amacıyla belirli bir beyanını içeren veya olayları nakleden yazı parçasıdır.²⁰⁹

Yargıtaya göre de, “Hukuki bir sonuç doğurmaya ve yahut bir durumu belli veya ispat etmeye yarayan yazılar belgedir.”²¹⁰

Belgede sahtecilik suçları TCK’nın 204 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Resmi belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması halinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.”

Kamu görevlisinin görevin yapıldığı sırada ve görev dolayısıyla düzenlediği belgelere resmi belge denir²¹¹.

Belgenin sahteliğinden kastedilen TCK 204’e göre belgenin içeriğinin sahte olması yani gerçek olmayan bir olayı gerçekmiş gibi göstermesi veya gerçek bir belge

²⁰⁹ Tezcan, 2017, s. 563.

²¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.04.1983 tarih ve 1983/13 Esas, 1983/155 Karar sayılı kararı.

²¹¹ Soyaslan, 2005, s. 413.

üzerinde tahrifat yapılmasıdır. Kanun ayrıca sahte resmi belgenin kullanılmasını da aynı kapsamda cezalandırılmaktadır.

TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için belgenin aldatma yeteneğinin bulunması gerekir. İlk bakışta sahte olduğu anlaşılabilen belgeler bakımından bu suç oluşmaz. Resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesi eyleminin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte nesnel olup olmadığı ve beş duyu ile ilk bakışta anlaşılabılır olup olmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır. Yargıtay da bir kararında; *“Belgenin nesnel olarak aldatıcılık yeteneğinin bulunmasını, aldatmak keyfiyetin belgeden objektif olarak anlaşılması gerektiğini, muhatabın hatasından dikkatsizlik veya özensizlikten kaynaklanan fiili işgalin aldatma yeteneğinin varlığını gösterme yetmeyeceğini, bu noktada sahteciliğe konu olan belgenin aldatma yeteneği olup olmadığının tartışılmasını ve belirlenmesinin öncelikle yargılamayı yürüten mahkeme ait olduğunu, hakimın olayın çıkış, oluş ve akışını düzenlenen belgelerle yapılan işlemleri göz önüne alarak sahteciliğin kolaylıkla anlaşılıp anlaşılamayacak olmasını bizzat saptaması gerektiğini ve sonucuna göre belgelerde aldatma yeteneği olup olmadığını takdir ve tespit etmesi gerektiğini”*²¹² belirtmiştir.

TCK'nın 204/1. maddesinde düzenlenen suç tipinin faili kamu görevlisi olan bir kişi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir. Dolayısıyla bu suç özgü bir suç olmayıp bu suç herkes tarafından işlenebilir. Ancak TCK'nın 204/2. maddesinde düzenlenen suç tipinin faili ancak kamu görevlisi olan bir kişi olabilir.

Bu suç tipleri bakımından mağdur herkes olabilir, özel bir nitelik taşımamaktadır.

Bu suç tipleri kasten işlenebilen suçlardan olup taksirle işlenmesi halinde cezaya hükmolunmayacaktır. Ayrıca failin zarar verme bilinci ve iradesiyle hareket etmiş olması gerekmez. Ancak Yargıtay kimi kararlarında fail içinde bulunduğu durum ve olayın özelliği

²¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.10.2012 tarih ve 2011/335 Esas, 2012/1804 Karar sayılı kararı.

gereği eyleminin bir zarara yol açmayacağına makul ve akla uygun bir inançla hareket etmişse zarar verme bilinç ve iradesinin olmadığını, yani kastının olmayacağını belirtmiştir.²¹³

TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen suç tipi incelendiğinde; bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu görülmektedir. Kanunda belirtilen seçimlik hareketlerin yapılmasıyla suç oluşacaktır.

Maddenin birinci fıkrasında; kamu görevi bulunmayan veya kamu görevlisi olmasına rağmen yaptığı eylem ile kamu görevinin bağlantısı olmayan şahıslar tarafından resmi belgenin gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kullanılması suçun fiilini oluşturmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise; kamu görevlisi olarak belgeyi düzenleme yetkisi olan kişinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesi, değiştirmesi ve kullanması suçun fiilini oluşturmaktadır. Bu suç tipleri bakımından suçun tamamlanması için maddelerde sayılan fiillerin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Ayrıca bir zararın ortaya çıkması şartı aranmamaktadır. Yani bu suç tipi neticeli suçlardan değildir.

Bu suç tipleri bakımından teşebbüs mümkün olup suçun seçimlik hareketlerinden herhangi birinin failin elinde olmayan nedenlerden dolayı tamamlanamaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.²¹⁴

Bu suç tipleri bakımından iştirak mümkün olup kamu görevlisi olmayan kişi ile kamu görevlisi olan kişinin bu suçu birlikte işlemeleri halinde her ikisi de kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılacağı şeklinde özel bir düzenleme mevcuttur.²¹⁵

Birden fazla sahte belge düzenlenmesi aynı suç kararının icrası kapsamında gerçekleşmişse bu durumda zincirleme suç kuralları uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde söz konusu sahte belgenin başka bir suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde fail hem sahtecilik suçundan hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.²¹⁶

Belgede sahtecilik suçları hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin

²¹³ Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 17.01.2017 tarih ve 2015/9265 Esas, 2017/205 Karar sayılı kararı.

²¹⁴ Tezcan, 2017, s. 823.

²¹⁵ Tezcan, 2017, s. 823.

²¹⁶ Tezcan, 2017, s. 824.

yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

TCK'nın 204/2. maddesine göre; kamu görevlisi olan hekimlerin düzenlediği belgelerde sahtecilik resmi belgede sahtecilik hükümlerine tabidir. Buna karşılık, TCK'nın 207. maddesine göre; kamu görevlisi olmayan hekimlerin düzenlediği belgeler, özel belge niteliğindedir ve suç oluşturabilmesi için bu belgelerin sahte olarak düzenlenmesi yeterli olmayıp, ayrıca kullanılmaları da gerekmektedir.

Mevzuatımızda konuya ilişkin özel hükümler de bulunmaktadır. Örneğin; 1219 sayılı Kanun'un 73. maddesine göre; *protokol defterlerinde tahrifat yapan ve mugayiri hakikat malumat derceylediği sabit olan tabipler, dış tabipleri, dışçiler ve ebeler Türk Ceza Kanunu'nun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.* Yine Aile Hekimliği Kanunu'nun 5/3. maddesine göre; *aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmi kayıt ve evrak niteliğindedir.*

Hekimler bakımından bu suç daha çok fikri sahtecilik olan olarak da adlandırılan, olmamış bir olayı olmuş gibi gösterme veya olmuş bir olayı gerçeğinden farklı gösterme şeklinde işlenmektedir. Bu bakımdan uygulamada en çok rastlanılan fikri sahtecilik şekli hastayı görmeden reçete düzenlenmesidir. Yargıtay bir kararında; *“hekim olan sanıklar hakkında hastaları görmeden ve muayene etmeden kendilerine başkaları tarafından getirilen sağlık karnelerine reçete düzenleyip ilaçlar yazarak imzalayıp kaşeleyerek çeşitli eczanelerce kullanılmasına sebebiyet verdikleri iddiasıyla açılan davada sanıkların eylemlerinin kanıtlanması halinde resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceğini”*²¹⁷ belirtmiştir.

Yine bir başka kararında Yargıtay; *“sağlık ocağında hekim olan sanığın hastayı görmeden görüp muayene etmiş gibi reçete düzenlemesi eylemi ile iddianamede sağlık karnesi sahibinin reçetede ilaçları eczaneden teslim almadığını ileri sürmesi nedeniyle kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturabileceğini”* belirtmiştir. Ancak Yargıtay uygulamasında hekimin bu eylem neticesinde menfaat sağlamadığı hallerde belgede sahtecilik değil görevi kötüye kullanma suçunun olduğu belirtilmektedir. Bir

²¹⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 21.09.2011 tarih ve 2011/12761 Esas, 2011/16250 Karar sayılı kararı.

kararında Yargıtay; “doktor olan sanığın görmediği ve bizzat muayene etmediği tahlil ve tetkik yaptırmadığı hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun işlendiğini”²¹⁸ belirtmiştir.

Yine bir başka kararında; “Devlet Hastanesinde hekim olan sanığın alkolmetre cihazı ile ölçüm ve yöntemi uygun bir muayene yapmadan gönderilen kişinin alkolsüz olduğuna ilişkin yasal soruşturmaya dayanak oluşturacak adli rapor düzenleme biçimindeki eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını”²¹⁹ belirtmiştir.

Bu durum sadece hastalar bakımından değil ölü belgeleri bakımından da geçerlidir. Yani ölüyü görmeden ölüm tutanağı düzenleyen hekimler de resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. Ancak Yargıtay yine bu hekimlerin görevi kötüye kullanma suçu nedeniyle cezalandırılmaları gerektiği düşüncesindedir.²²⁰

Yapılmayan ameliyatlara yapılmış gibi gösterilmesi veya hastanın ihtiyacı olmadığı veya hasta almadığı halde almış gibi ilaç veya medikal malzeme yazılması da belgede sahtecilik suçları oluşturacaktır. Yargıtay bir kararında; “aile hekimi olarak görev yapan hekimin sağlık ocağı hekimi olan diğer sanığı azmettirmesi sonucunda kırmızı reçeteye tabi ilaçları hasta olmamaları ve hak etmemelerine rağmen başkaları adına düzenlenmesini eylemin sübutu halinde 5237 sayılı TCK’nın 204/2. maddesinde öngörülen kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacağını” belirtmiştir.²²¹

Sosyal güvencesi olmayan kişilerin reçetelerine sosyal güvencesi olan kişilerin sağlık karneleri ne yazılması da belgede sahtecilik suçunu oluşturur.

Hekimlerin hemşireye reçete yazma talimatı verip imzayı kendi atması halinde sahtecilik suçu oluşmayacaktır. Çünkü; önemli olan reçetenin içerik itibarıyla doğru olması ve hekimin imzasının doğru olmasıdır. Ancak Yargıtay; bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağını düşünmektedir. Bir kararında Yargıtay; “doktor olarak görev yapan sanıkların hasta tabela kağıtlarında, hastaların kullanmasına karar verdikleri ilaçların reçetelendirilmesi ile ilgili hemşirelere reçete yazma talimatı verdikleri ve hasta tabela kağıtlarındaki ilaçlarla reçetelere yazılan ilaçların uygunluğunu denetlemelerinden

²¹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 01.11.2010 tarih ve 2008/20682 Esas, 2010/18036 Karar sayılı kararı.

²¹⁹ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 20.04.2005 tarih ve 2005/15482 Esas, 2005/3186 Karar sayılı kararı.

²²⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 23.10.1997 tarih ve 1997/7640 Esas, 1997/8818 Karar sayılı kararı.

²²¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 08.04.2014 tarih ve 2014/1056 Esas, 2014/6720 Karar sayılı kararı.

sonra imzalayıp kaşeledikleri, hemşire olan diğer sanıklar tarafından hasta tedavisinde kullanılmayan ilaçları haberleri olmaksızın daha sonra reçetelere ilave etmelerinde noksan olan sanatların sahtecilik fikri iştirakleri bulunmadığı anlaşıldığından mahkemenin doktorların reçeteleri hemşirelere düzenlettirmesi eylemini görevi kötüye kullanmak olarak nitelendirilmesini” doğru bulmuştur.

Aynı şekilde gerçek bir durumun kanıtını elde etmek için hekimden sahte rapor talep eden kimseye rapor düzenleyen hekim de belgede sahtecilik suçunu işlemiş olur. Zira TCK 211 hükmü aynen de bu duruma işaret etmektedir.

Bu suç tipinde failin ayrıca zarar verme bilinci ve iradesi ile hareket etmiş olması gerekmemektedir. Ancak Yargıtay kararlarında eğer fail içinde bulunduğu durum ve olayın özelliği gereği eyleminin bir zarara yol açmayacağını makul ve akla uygun bir inançla hareket etmişse zarar verme ve bilinç iradesinin olmadığına, bu sebeple de bu suçun oluşmayacağına karar vermektedir. Örneğin; bir kararında *“belgede sahtecilik suçlarından kast zarar vermek bilinç ve iradesi olup, olay tarihinde doktor olan sanığın diğer sanık ile birlikte ve ondan menfaat temin ederek sahtecilik kastı ile hareket ettiğine dair dosyaya yansıyan bir delil bulunmadığı tespitlerini yaptıktan sonra bu durumda sanığın cezalandırılmaması gerektiğini”* belirtmiştir.

Sahteciliğin bir kişi veya kurumu dolandırmak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde her iki suçtan dolayı hüküm kurulmalıdır. Ancak Yargıtay bazı kararlarında dolandırıcılık suçunu hiç tartışmaksızın eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını belirtmektedir.

Hukuki sonuç doğuracak niteliği olmayan belgeler bakımından sahtecilik suçu oluşmaz. Ancak bu takdirde; görevi kötüye kullanma suçunun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Yargıtay bir kararında; *“somut olayda Kumluca Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapan sanığın gerçeğe aykırı biçimde düzenlediği iddia edilen genel adli muayene formunda, başlık ve içerik bölümlerinde kimi bölümlerin boş bırakıldığı, resmi yazıda bulunması gereken gönderen makam, resmi yazı tarihi, resmi yazı nosu bölümleriyle raporu düzenleyen doktorun adı, soyadı, kaşesi, sicil numarası ya da onun tarafından tanzim edildiğini gösteren resmi düzgün bulunmadığından, belgenin bu haliyle hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge olmadığını ve resmi belgede sahtecilik suçunun*

oluşmayacağı anlaşılmakla sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını” belirtmiştir.²²²

TCK'nın 210/2. maddesinde ise kamu görevlisi olmayan sağlık personelinin görevi ile ilgili olarak sahte belge düzenlenmesi özel olarak düzenlenmiştir. Hükme göre;

“Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

Hekimin görev alanı ile ilgili düzenlediği çeşitli belgeler söz konusu olabilmektedir. Bunlar; hastalık raporu, ölüm raporu, sağlık raporu, sürücü muayene raporu gibi belgelerdir. Genel kurallar göz önüne alındığında hekim bu raporu kamu görevlisi olarak düzenliyorsa ceza hukuku anlamında bir resmi evrak, özel bir hastanede veya kendi muayenehanesinde serbest çalışan bir hekim tarafından düzenlenmişse de özel evrak söz konusu olacaktır. Kamu görevlisi olan hekim tarafından bu suçun işlenmesi halinde TCK'nın 204. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacakken, kamu görevlisi olmayan hekim tarafından bu suçun işlenmiş olması halinde TCK'nın 210/2. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sağlık raporundan kastedilen bir kimsenin şu anki durumda veya geçmişte veya gelecekte muhtemel sağlık durumu konusunda verilen belgelerdir.

Ölüm raporundaki sahtelikler de bu maddenin ihlali niteliğindedir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da kanunun yazılı metni göz önüne alındığında özel kişilere verilen raporlar dışındaki belgelerin de bu kapsamda kabul edilip edilemeyeceğidir. Burada şu söylenebilir ki; kanunumuz hekimler tarafından düzenlenen belgeler arasında bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle bu konu bakımından düzenlenen tüm belgeler madde kapsamına girmektedir. Örneğin; özel polikliniğin SGK'dan fazla para tahsili için yapmamış olduğu muayene, tetkik, röntgen vs. yapmış gibi göstermesi halinde de bu suç oluşacaktır.

²²² Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 26.12.2016 tarih ve 2016/12325 Esas, 2016/8795 Karar sayılı kararı.

Suçun subjektif unsuru bakımından hekimin düzenlediği raporun herhangi bir yönüyle yanlış olduğunu bilmesi ve bunu istemesi gerekir. Hekim düzenlediği raporun doğru olduğunu sanıyorsa fiili yanılması söz konusudur ve hekim cezalandırılmaz.

Hekimin düzenlediği belgede yapmış olduğu subjektif değerlendirmeler ve kanaati kural olarak gerçeğe aykırı belge düzenleme fiilini oluşturmaz.²²³

Kanun metni göz önüne alındığında suçun özgül suç niteliğinde olduğu ve suçun failinin ancak belge düzenlemeye yetkili maddede belirtilen sağlık personeli olabileceği görülmektedir.

Türk hukukunda sağlık raporu düzenleme yetkisi ancak hekimlerdedir. Bu husus 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 13. maddesinde; *“Bir şahsın ahval-i bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunla icrayı sanata salahiyyetli olan tabipler mezunudur. Türkiye’de icrayı sanat salahiyyetini haiz olmayan tabiplerin raporları muteber olmaz.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te²²⁴ hastalık raporu verme yetkisinin sadece kurum tabibi, aile hekimi ve SGK ile sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına tanındığı belirtilmiştir. (md. 5/1)

Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliğinin²²⁵ 4/3-1. maddesine göre; *“Aile hekimi, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce kişiye yönelik düzenlenmesi öngörülen her türlü sağlık raporu, sevk evrakı, reçete vs. belgeleri düzenler.”* Yönetmeliğin 28/4. maddesine göre; *“Birinci basamakta resmi reçete yazılması ve kişilerin sağlık durumu ile ilgili rapor tanziminde aile hekimi yetkilidir, ancak olağanüstü durumlar, acil durumlar ile toplum sağlığını tehdit eden ve koruyucu amaçlı ilaç kullanımını (kemoproflaksi) gerektiren bulaşıcı ve salgın hastalık hallerinde özel durum belirtilmek suretiyle Toplum Sağlığı Merkezi hekimleri de resmi reçete düzenleyebilirler. Bu durumda ilgili aile hekimi en kısa sürede bilgilendirilir.”*

²²³ Erbaş, Rahime, “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu, (TCK 210/2)”, İÜHFM, 2013/73 (1), s. 339.

²²⁴ R.G. 29.10.2011 T., S:28099.

²²⁵ R.G. 25.01.2013 T., S:28539.

Suç bağılı hareketli bir suç olup raporunun düzenlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Raporun gerçekten de kullanılıp kullanılmaması önemli değildir. Bu itibarla suç raporun düzenlenmesi ile tamamlanmış olur. Belgenin herhangi bir menfaat karşılığı düzenlenmiş olması suçun oluşması bakımından şart değildir. Ancak rapor hekimin bir menfaat karşılığında düzenlediği bir belge ise duruma göre hem rüşvet suçu söz konusu olabilecek hem de maddenin ikinci fıkrasındaki nitelikte hal uygulanabilecektir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da; hastanın telefondaki ifadelerine dayanarak rapor veren hekimin sahtecilik suçundan cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Yargıtay bu halde belgede sahtecilik değil görevi ihmal suçu oluştuğuna karar vermektedir.

Bir kararında Yargıtay; *“Devlet Hastanesi hekimi olan sanığın alkolmetre cihazı ile ölçüm ve yöntemi uygun bir muayene yapmadan gönderilen kişinin alkolsüz olduğuna ilişkin yasal soruşturmaya dayanak oluşturacak adli rapor düzenleme biçimindeki eyleminin (eski) TCK'nın 230. maddesine uyduğu gözetilmeden yetersiz gerekçe ile aynı yasanın memur olmayan sağlık görevlilerinin eylemlerini düzenleyen 354. maddesine göre sağlık raporunda sahtecilik uygulanmasının bozmayı gerektirdiğini”*²²⁶ belirtmiştir.

Ayrıca TCK'nın 210. maddesinde düzenlenen suç bakımından, düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hali nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir ve bu takdirde failin cezası artırılarak resmi belgede sahtecilik suçu için öngörülen ceza uygulanacaktır.

Hekimler tarafından düzenlenen rapor, reçete ve benzeri belgelerde sahtecilik iddiasının ispatı oldukça güçtür. Zira; bu belgeler hekimin bulgularını ve subjektif görüşünü yansıtmaktadır. Yargıtay da bir kararında; *“Murisin ehliyetsizliğine ilişkin görüş bildiren adli tıp raporunun gözlem ve müşahedeye dayanılmadan değişik hekimlerce geçmiş tarihlerde yapılan tedavi ve raporlarını incelemesine dayalı bir kanaat mahiyeti taşıdığını, bu tıbbi görüşün sahtelik bilinci ve kastı ile hareket ettiğinin kesin kanıtı sayılmasına elverişli bulunmadığını”*²²⁷ belirtmiş ve bu hususa değinmiştir.

²²⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 20.04.2005 tarih ve 2003/15482 Esas, 2005/3186 Karar sayılı kararı.

²²⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.05.2005 tarih ve 2005/25 Esas, 2005/53 Karar sayılı kararı.

Yargıtay sahtecilik iddiasının ispatı bakımından ayrıntılı araştırmalar yapılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir kararında; *“Sanığın çok bilinen bu yöntemle reçete yazdığı kişileri hafta sonları gittiği Ankara’da kendisine ait özel hastanede muayene ettiğini, bu şekilde belirlediği ilaçları daha sonra Hava Hastanesinde resmi kayda geçirip reçete yazdığını, hastaların çoğunun yaşlı kimseler olduğunu, bu ilaçları sürekli olarak kullandıklarını savunmuş ise de; sanığın düzenlediği yargılamaya konu 30 reçetenin 22 değişik kişiye ait olduğu, bunlardan yalnızca bir kısmının ifadelerine başvurulduğu, reçete düzenlenen yakınları yönünden de beyanda bulundukları, ancak diğer ismi geçenlerden sanığın kayınpederi ile diğerlerinin beyanlarına başvuru olmadığına anlaşıldığı, o halde sanığın savunmasın da ileri sürdüğü hususların araştırılıp denetlenebilmesi bakımından soruşturmanın genişletilerek; öncelikle adı geçen tanıkların dinlenilmesi adlarına reçete düzenlenenlerin emekli sandığı mensubu veya mensup yakını olarak Hava Hastanesinde muayene ve tedavi olma haklarının bulunup bulunmadığı savunmada belirtildiği üzere bu kişilerin yaşlı ve bakıma muhtaç kişiler olup olmadığı, adlarına düzenlenen reçetelerdeki ilaçları sürekli kullanıp kullanmadıkları, suça konu reçetenin düzenlenmesinden önce hangi doktora nerede ve hangi tarihte muayene oldukları, ilaçları tam olarak alıp almadıkları, sağlık karnelerini sanığın eşinin eczanesine bırakıp bu ilaçlar için reçete yazdırmasını isteyip istemedikleri gibi hususların açıklığa kavuşturularak toplanan tüm kanatlar birlikte değerlendirilmek suretiyle somut olayda 765 sayılı TCK’nın 347. maddesinin veya benzer düzenleme içeren 5237 sayılı TCK’nın 211. maddesinin uygulama koşullarının bulunup bulunmadığının tartışılıp saptanmasının zorunlu olduğunu”²²⁸ belirtmiştir.*

5.10 İrtikap suçu

İrtikap suçu TCK’nın 250. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden

²²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.06.2005 tarih ve 2005/6-38 Esas, 2005/63 Karar sayılı kararı.

kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatle bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrafta tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere bu suç kamu görevlisi tarafından kendisine yüklenen görevi yerine getirirken karşısında olan kişilerden kazanç sağlaması neticesinde ortaya çıkmaktadır.

Bu suçta görev kavramı geniş anlaşılmaktadır suçun görev sırasında işlenmesi şart olmadığı gibi kamu görevlisinin suçun işlendiği yerde görevli olması da gerekmemektedir.

İrtikabın üç şekli vardır: İcbar suretiyle irtikap, hileli davranışlarla ikna suretiyle irtikap ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap.

İcbar suretiyle irtikap; maddenin birinci fıkrasında tanımlanmış olup irtikap suçunun uygulamada en çok karşımıza çıkan halidir. İcbar suretiyle irtikapta, mağdur faile menfaat temin etmek konusunda manevi olarak zorlanmaktadır. Mağdur manevi bir cebir altındadır. Bu zorlama maddi/fiziki bir zorlama olduğu takdirde, artık yağma suçu söz konusu olacaktır. O nedenle madde gerekçesinde bu itibarın yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerekir denilmiştir. Yargıtay da bir kararında; “*Bu suçun manevi cebir şeklinde ortaya çıktığını, kamu görevlisinin mağdur ve yakınının kendisi tarafından yardım yapılmadığı takdirde kötü sonuçların meydana geleceğine inandırmasını, manevi cebir ve bu manevi cebir zorlama altında mağdurun*

haksız olduğunu bildiği halde ödeme yapmasını ve vaat etmesini, bu durumun irtikap suçunu oluşturacağını”²²⁹ belirtmiştir.

Bu suç tipinde mağdur menfaat teminine zorlanmaktadır. Suçun vücut bulması için bahsi geçen manevi zorlamanın belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Eğer zorlama belirli bir yoğunluğa ulaşmamışsa bu durumda irtikap suçu değil görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

İrtikap suçu ihmali bir hareketle de işlenebilir. Kamu görevlisi vatandaşın hakkı olan bir şeyi yapmıyor ve yapması için vatandaş menfaat temin etmek zorunda kalıyorsa bu suç söz konusu olacaktır.²³⁰

İkna suretiyle irtikap suçu ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup hükme göre kamu görevlisinin mağduru ikna ederek hileli davranışları ile menfaat sağlanması ile suç oluşmaktadır. Burada önemli olan failin hileli davranışının belirli bir boyuta ulaşması ve mağduru kendi etkisi altında bırakabilmesidir. Dolayısıyla sadece yol gösterme amaçlı olan yani hile boyutuna ulaşmayan tavsiyeler bu suç kapsamında değerlendirilemez.²³¹

Yargıtay icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap arasındaki farkı şöyle belirtmektedir. *“İkna suretiyle irtikap suçu; yasal olarak ödenmesi gerekmeyen paranın ödenmesi lüzumuna memurun, memuriyet sıfat ve görevini kötüye kullanarak ferdi ikna ile etmesi ile oluşur. Fert ödediği paranın meşru olmadığını bilmez. Memur yalan beyanları ile kendisini kandırmış, inandırmıştır. Mağdurun rızası memur tarafından aldatılmak suretiyle elde edilmiş ve ödemenin gerektiği hususunda ikna edilmiştir. Kamu davasını oluşturan olayımızda ise; şikayetçi ameliyat için ödediği paranın gerçekte haksız olarak alındığını bilmekte ve fakat ameliyatta iyileşeceğine sanık tarafından inandırılmış olduğundan operasyonun yapılmaması ve gecikmesi ve böylece sıhhati bakımından mustarip bir halde bırakılması olasılığının verdiği korku içerisinde bulunmaktadır. Sanık onun bu durumundan ve acil ameliyat zaruretinden faydalanmak suretiyle ameliyat yapmak için mağdurdan para almış ve bu suretle onu bu şekilde para vermeye manen icbar etmiştir.*”²³²

²²⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27.02.1980 tarih ve 1980/4260 Esas, 1980/644 Karar sayılı kararı.

²³⁰ Soyaslan, 2005, s. 505.

²³¹ Koca, M. Reis, “İrtikap Suçu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015 (6), s. 263.

²³² Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27.02.1980 tarih ve 1980/4260 Esas, 1980/644 Karar sayılı kararı.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise hatadan yararlanma suretiyle irtikap suçu düzenlenmiştir. Buna göre; failin herhangi bir katkısı olmadan mağdurun kendi hatasından dolayı bir sonuç ortaya çıkmakta ve kamu görevlisi olan fail bunu bilmesine rağmen mağduru bilgilendirmeden ortaya çıkan sonuca göz yummaktadır.²³³

Bu suç tipinde iki ayrı hukuksal yarar korunmaktadır. Bir yandan kamu görevlilerin dürüst olması sağlanarak kamu idaresinin itibarı korunmakta, öte yandan kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak bireylerin zarara uğratması önlenmektedir.²³⁴

Fail bakımından irtikap suçu özgü suçlardan olup bu suçun faili ancak kamu görevlileri olabilir.²³⁵ Failin suçu işlendiği tarihte kamu görevlisi olması yeterli olup daha sonradan kamu görevinden ayrılıp ayrılmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Bu suçun mağduru kendisinden haksız menfaat elde edilen kişidir.. Suçun ortaya çıkış şekillerine göre; icbar yoluyla irtikapta manevi baskı altında olan kişi, ikna yoluyla irtikapta hileye maruz kalan kişi, hatadan yararlanmak suretiyle irtikapta ise yanılgıya düşen kişi bu suçun mağdurudur.²³⁶

Bu suçu oluşturan fiiller icbar, ikna veya hata sebebiyle haksız kazanç sağlanması veya bu doğrultuda vaatle bulunulmasıdır.

Bu suç kasten işlenebilen suçlardan olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yani fail görevinin verdiği yetkiyi kullanarak bir menfaat sağlamak amacıyla icbar veya ikna yoluyla hareket ettiği zaman bilerek ve isteyerek bu şekilde davranıyorsa suçun manevi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.

Bu suç neticeli suçlardan olup menfaatin sağlanması veya vaatle bulunulması ile netice gerçekleşecek ve suç oluşacaktır.

Maddenin son fıkrasında cezada özel bir indirim sebebi düzenlenmiş olup irtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, verilecek cezanın yarısına kadar indirilebileceği belirtilmiştir.

²³³ Koca, s. 264.

²³⁴ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (3. Baskı), Ankara 2005, s. 503.

²³⁵ Üzülmüş, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (m. 250)”, SÜHFD, 2006/14 (2), s. 275.

²³⁶ Üzülmüş, s. 277.

Bu suça teşebbüs mümkün olup fail tarafından icra hareketlerine başlanıp da mağdur tarafından menfaat temini hususunda bir vaatte bulunulmaması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Bu suç iştirak bakımından özel bir nitelik göstermeyip bu suça iştirak mümkündür. Ancak TCK'nın 251. maddesinde özel bir düzenleme getirilmiş ve zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisinin işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde, denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisinin de cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

İrtikap suçu hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

İrtikap suçu kamu görevlisi olan hekimler tarafından işlenebilecek bir suçtur. Halk arasında kamu görevlisi hekimler tarafından bu suçun işlenmesi bıçak parası olarak bilinmektedir.

Hekimin sağladığı yararın kendisine veya başkasına yönelik olması gerekir. Yargıtay bir kararında; *“Hükümet tabipliği merkez sağlık memuru olan sanığın aşı için başvuran hacı adaylarından aşılmasının yapılması sırasında dairenin bir kısım ihtiyaçlarını karşılamak ve piyasaya olan araç ve tamir borcunu ödeyebilmek için 200'er lira aldığı ve para karşılığında özel makbuz verdiği olayda; irtikap suçunun unsurlarının oluşmadığını, zira gözlenen menfaatin insanın kendisine veya başkasına ait olması gerektiğini, kanunda yazılı başkası özel veya tüzel kişiler olabilirse de başkasının devlet olacağının düşünülemeyeceğini, sonuç olarak sanığın bu tür davranışlarıyla devlet idaresi lehine menfaat sağlamak amacına yönelik eylemlerinin irtikap suçunu oluşturmayacağını”*²³⁷ belirtmiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararında; *“hekimin hastanede yapılacak bir ameliyatın yapılamayacağını ileri sürerek para karşılığı özel hastanede gerçekleştirilmesi durumunda*

²³⁷ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 02.03.1979 tarih ve 1979/4064 Esas, 1979/403 Karar sayılı kararı.

zorlamanın belirli bir yoğunluğa ulaşmadığından irtikap değil görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunun kabulünün gerekeceğini” belirtmiştir.²³⁸

İcbar suretiyle irtikapa Yargıtay kararlarından birkaç örnek verelim.

“SSK Hastanesinde genel cerrahi uzmanı olan sanığın olay günü hastanenin acil servisine müracaatta bulunan müştekiye gece 22.00’de muayene edip apandisit teşhisi koyduğu, apandisit patladığından bahisle acilen ameliyat edilmesi gerektiğini söyleyerek hastayı yatırmak ve ameliyat etmek için müşteki ve yakınlarının içinde bulundukları ruh hallerinden istifade ile onlardan 20 milyon lira para istediği, bu parayı o an için temin edemeyen Antalya’da gelen müşteki yakınlarının üzerlerinde bulunan 4 milyon lira parayı vermek zorunda kaldıkları, 2 milyon lirayı da ameliyatın yapıldığı günün sabahı temin ile verdikleri, sanığın bakiye kısmın getirilmemesi halinde ameliyat dikişlerini almayacağını söyleyip dikişin alınmasına gelindiği günde parayı getirmedikleri için dikişin bir kısmını alıp diğer kısım parayı ödemeleri şartına bağlayan sanığın eylemi memuriyet görev ve sıfatını kötüye kullanarak yaptığı icraat sonucu çıkar sağlamak yani cebri irtikap suçunu oluşturmaktadır.”²³⁹

Hekim tarafından ikna suretiyle gerçekleştirilen irtikap türüne örnek olarak gebelik döneminde karında oluşan varislerin en geç emzirme dönemi sonunda geçeceğini bilmesine rağmen hekimin hastayı aydınlatmayıp bu varislerin mutlaka tedavi edilmesi, tedavi için de anjiyo yapılması, anjiyo gideri olarak bir miktar paranın gerektiği gerekçesiyle hastadan para alınmasını gösterebiliriz.²⁴⁰

Kişinin zorlamadan kendini kolaylıkla kurtarması imkanı olmasına rağmen istenen yararı temin etmesi halinde rüşvet söz konusudur.²⁴¹ Yargıtay da bir kararında; “müştekinin oğlu için sanık tarafından ameliyat için gün verilip o gün birlikte gittiklerinde ameliyat öncesi sanıklar tarafından ameliyat için “45 milyon lira lazım, yoksa ameliyat yapılmaz.” diyerek bu parayı aldıklarının müşteki ve tanıklarca da iddia edilmesi karşısında, öncelikle ameliyat olma prosedürünün ve ameliyat listesinin ne zaman/kim tarafından hazırlandığı, sonradan değişmesinin mümkün olup olmadığı gibi hususların hastane kayıtlarının tetkiki

²³⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.10.1987 tarih ve 1987/4-280 Esas, 1987/433 Karar sayılı kararı.

²³⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 31.05.2009 tarih ve 2009/6734 Esas, 2009/2849 Karar sayılı kararı.

²⁴⁰ Avcı, Mustafa, “Türk Hukukunda Hekimin İrtikap Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 482.

²⁴¹ Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 168.

ve başhekimlikten sorularak tespiti, gerekirse konunun uzmanı bir bilirkişiden ameliyatın hayati olup olmadığı ve aciliyet taşıyıp taşımadığı hususları araştırılıp açıklığa kavuşturularak sanıkların para isteme eyleminin müştekiyi icbar boyutunda zorlayıp zorlamadığı saptanarak sonucuna göre icbarın varlığı halinde cebri irtikap irtikap, bulunmaması halinde ise sanıkların eyleminin yapmak zorunda olduğu şeyi yapmak için rüşvet almak suçundan ayrı ayrı cezalandırılmaları gerektiğini” belirtmiştir..

İrtikap ihmali bir hareketle de işlenebilir. Yargıtay bir kararında; “Osmaniye Devlet Hastanesi genel cerrahi uzmanı olan sanığın bağırsak düğümlenmesi teşhisi ile yatırılıp ameliyat edilmesi gereken olayda; sanığın müştekiden bıçak parası diyerek 750.000 lira istediği, bu parayı getirmedeği takdirde ameliyat yapmayacağını ve taburcu edeceğini söylediği, bunun üzerine müştekinin damadı tarafından getirilen 750.000 lira parayı hastanedeki muayene odasında alıp masa çekmecesine koyduktan sonra yapılan operasyonla polisler tarafından yakalandığı, oluşun mahkemece de bu şekilde kabul edilmiş olmasına göre sanığa müştekinin ameliyatını geciktirmek ve kendisine para verilmediği takdirde ameliyatı yapmayacağını söylemek ve bu şekilde görevini kötüye kullanmak suretiyle onu baskı ve tehdit altında tutarak kendisine para vermeyi icbar ettiği nazara alındığında eyleminin cebri irtikap suçunu oluşturacağını”²⁴² belirtmiştir.

Hekim vatandaşı icbar etmeyip telkin, öneri ve teşvik mahiyetinde bir takım davranışlar yaparsa irtikap suçu oluşmaz. Bu takdirde rüşvet veya görevi kötüye kullanma suçu oluşabilir.²⁴³ Yargıtay bir kararında; “İlyas Kaya isimli kişinin şikayeti üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda SSK Bölge Hastanesinde göz doktoru olarak görev yapmakta olan doktor ...’ın hastane polikliniğine muayene olmak için gelen meryem ile tanık Ümmü’nün aşamalarda değişmeyen istikrarlı ifadeleri ile kanıtlanmış ise de bu paranın verilmesi konusunda ameliyat öncesi sanıktan gelen ve icbara dönüşen bir teklifin bulunmadığı gibi sanıkla Meryem arasında yapılmış bir rüşvet anlaşmasının varlığı da ispattan olmadığından olayda irtikap ve rüşvet suçların oluşmadığını, bununla birlikte görevi nedeniyle Meryem’i ücretsiz olarak ameliyat etmek zorunda olan sanığın hiç para almaması gerekirken müştekilerden 30 milyon liraya almış olduğunun kesinlik kazanması

²⁴² Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 26.05.1993 tarih ve 1993/1975 Esas, 1993/2319 Karar sayılı kararı.

²⁴³ Tezcan vd. 2015, s. 684.

nedeniyle gerek suç tarihinde geçerli olan 765 sayılı TCK'nın 240. maddesi gerekse sonradan yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesinde tanımını bulan görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun unsurların oluştuğunu”²⁴⁴ belirtmiştir.

Bir başka kararında Yargıtay, “kanser olma riski bulunan ancak çok acil müdahaleye gereksinim duymadığı anlaşılan mağdurun bir başka doktor veya sağlık kuruluşuna başvuru olanağı varken ayrıca hastanede gerçekleştirilecek operasyon için istenen paranın yasal olmadığını bilmesine rağmen; sanığın teklifini kabul ederek para vermesi olayında sanığın söz ve davranışlarında irtikabın cebir veya ikna unsurunun öğreti ve uygulamanın kabul ettiği anlamda bulunmadığı, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını”²⁴⁵ belirtmiştir.

Yine bir başka kararında Yargıtay; “sanığın bir hastayı ameliyat etmek için kardeşi ve yeğeninden 300.000 lira istediği ve adı geçenlerin herhangi bir vaatte bulunmaksızın ayrılıp hastane başhekim yardımcısına başvurdukları, paranın verileceği yolunda vaatte bulunulması ve ameliyatın yapılmasından sonra yasal işlem yapılacağına bildirilmesi üzerine sanığın yanına dönerek bu yolda hareket ettikleri ve ameliyatın da yeni talep olmadan yapıldığı anlaşılmasına göre; icbarın belirli bir yoğunluğa erişmemesi ve vadin de iradi olarak yapılmadığı dikkate alınarak eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu”²⁴⁶ belirtmiştir.

5.11 Rüşvet suçu

Rüşvet suçu TCK'nın 252. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; “görevin ifası ile ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi rüşvet suçunu işlemektedir.” Maddenin ikinci fıkrasına göre de; “görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya

²⁴⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.10.2007 tarih ve 2007/5-174 Esas, 2007/213 Karar sayılı kararı.

²⁴⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.07.2007 tarih ve 2007/2745 Esas, 2007/5667 Karar sayılı kararı.

²⁴⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 15.04.1992 tarih ve 1992/397 Esas, 1992/1114 Karar sayılı kararı.

göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkra da belirtilen ceza ile cezalandırılacaktır.”

Rüşvet suçu birden fazla kişi ile işlenebilen bir suç olup rüşvet alan ile rüşvet veren kişiler arasında anlaşma yapılması gerekmektedir.

Bu doğrultuda maddenin üçüncü fıkrasında rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı açıkça belirtilmiştir. Yani rüşvet suçunun oluşabilmesi için bir rüşvet anlaşması olmalıdır. Anlaşma kamu görevlisi ile birey arasında belli bir yarar sağlamak ve yarar vaadinde bulunmak karşılığında, kamu görevlisinin, görevinin ifası ile ilgili bir işi yapması veya yapmamasına yöneliktir.

Anlaşmanın açık veya yazılı olması gerekmemektedir. Örtülü veya sözlü anlaşma da mümkündür.²⁴⁷

Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatle bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Menfaat ekonomik bir değer olabileceği gibi maddi ve manevi ihtiyaçlara cevap veren şeyler de olabilir. Örneğin; cinsel arzuların giderilmesi de bu kapsamdadır.²⁴⁸

Bu suç tipi ile korunan hukuki yarar devlete ve kamu idaresine karşı güvendir.

Fail bakımından rüşvet suçu çok failli suçlardan olup gerek rüşvet alan gerekse de rüşvet veren bu suçun failleri olarak cezalandırılmaktadır. TCK'nın 252. maddesinin gerekçesinde de bu husus; *“Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu açıdan veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur.”* şeklinde belirtilmiştir.

İrtikap suçunda da olduğu gibi failin rüşvet suçunun işlendiği tarihte kamu görevlisi olması fail olması açısından yeterlidir. Daha sonradan kamu görevinden herhangi bir sebeple ayrılması suçun faili olmasına engel teşkil etmemektedir.

²⁴⁷ Hakeri, 2020, s. 1381.

²⁴⁸ Artuk, M. Emin, “Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 449.

Diğer suç tiplerinden farklı olarak rüşvet suçu bakımından rüşvet alan failin karşısında olan kişi mağdur değildir. O da suçun faili olarak kabul edilmektedir.

Bu suçun fiili kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır. Dolayısıyla bu suçun fiili rüşvet alan ile veren arasında yapılmış olan anlaşmadır.²⁴⁹ Suçun vuku bulması için anlaşma yapılmış olması yeterli olup, anlaşma yapıldıktan sonra bu anlaşmadan vazgeçilmiş olsa dahi suç gerçekleşmiş olacaktır.

Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini hususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müşterek fail olarak cezalandırılacaktır.

Aynı şekilde TCK 252/8 hükmü gereğince kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum ve kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştiraki ile kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler ile hukuki ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukuki ilişkinin devamı sürecinde; bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarını bakılmaksızın görevlerinin ifası ile ilgili bir işin yapılması ve yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla menfaat temin teklif ve vaat edilmesi, bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi, bunlara aracılık edilmesi, bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de rüşvet suçu oluşacaktır.

Bu suç tipinin manevi unsuru kastır. Yani bu suç tipi için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapmak veya yapmamak için menfaat elde etmek kastı olması yeterlidir. Dolayısıyla eğer ortada bir menfaat yoksa rüşvet suçunun unsurları oluşmayacaktır.

Bu suç tipi neticeli suçlardan olup haksız bir menfaatin gerçekleşmesiyle netice oluşacaktır. Aynı zamanda haksız menfaat konusunda yapılan anlaşma ile de suç ortaya çıkacaktır.

²⁴⁹ Tezcan vd., 2015, s. 1021.

Maddenin yedinci fıkrasında suçun nitelikli hali düzenlenmiş olup *rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı* hüküm altına alınmıştır.

Bu suç tipine teşebbüs mümkün olup taraflar arasında yapılan anlaşma sırasında herhangi bir engel durum çıkması veya yapılan tekliflerin karşı tarafça reddedilmesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.²⁵⁰

Bu suç tipi iştirak bakımından özel bir nitelik göstermemekte olup bu suç tipi doğası gereği çok failli suçlardandır.

TCK'nın 254. maddesinde rüşvet suçu açısından bir etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Hükme göre;

“(1) *Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

(2) *Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz.*

(3) *Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.*”

İrtikap ve rüşvet suçları birbirine çokça karıştırılan suçlardandır.

Yargıtay; kamu görevlisine- yarar sağlayan kişi meşru bir zeminde ise irtikap; meşru bir zeminde değilse rüşvet; rüşvet suçunun oluşmadığı hallerde ise görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunu kabul etmektedir.²⁵¹

²⁵⁰ Tezcan vd., 2015, s. 1030.

²⁵¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 15.04.2004 tarih ve 2003/5193 Esas, 2004/3033 Karar sayılı kararı.

Rüşvet suçu hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

Bu suç özgü suç niteliğinde olduğundan sadece kamu görevlisi olan hekimler tarafından işlenebilecektir. Bu suç hekimin zaten yapmak zorunda olduğu bir şey yapmak ya da zaten yapmamak zorunda olduğu bir şeyi yapmamak için hasta veya yakınlarından menfaat temin etmesi şeklinde işlenir. Örneğin; nöroloji uzmanının muayene olmak için gelen hastadan para alıp seri numarası tespit edilmiş paralarla yakalanması yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için vaki anlaşmaya dayalı olarak suç işlediğini gösterir.²⁵² 5

Zaten hekimin hastayı veya hasta yakınını bu menfaati sağlamak hususunda manevi olarak zorlaması halinde irtikap suçu oluşacaktır. Burada ise hasta veya hasta yakınının herhangi bir manevi zorlama olmaksızın hekime menfaat temin etmesi söz konusudur.

Hekimin herhangi bir talebi olmamasına rağmen tıbbi müdahaleden sonra memnuniyeti ifade etmek üzere verilen hediyeler bu suça vücut vermez.²⁵³

Ancak Yargıtay bu hallerde görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı görüşündedir. Bir kararında; *“Yüksekova Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın Mart 2003 tarihinde ölen Safiye Sarıtaş'ın bacağındaki cilt kanseri rahatsızlığı sebebiyle 2001-2002 yıllarında özel muayenehanesinde yapmış olduğu muayeneleri için hastanın eşi ve kardeşi olan müşterikilerden aldığı ücretlerin dışında, hastanede yapmış olduğu ameliyatlar sonrasında icbar veya ikna boyutunda söz ve hareketlerde bulunmadan müşterikilerin hastalığı ile ilgilenmesi nedeniyle minnet altında ödedikleri anlaşılan bir kısım paraları almak suretiyle haksız çıkar sağlamasından ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağını”*²⁵⁴ belirtmiştir.

Acil durumu bulunmayan hastanın bir an önce ameliyatı alınmasını sağlamak için doktor ile esasen yapması gereken görevi yapması konusunda pazarlığa girişilmesi durumunda da bu suç oluşacaktır.

²⁵² Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 28.03.1996 tarih ve 1996/381 Esas, 1996/949 Karar sayılı kararı.

²⁵³ Artuk, s. 450.

²⁵⁴ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 13.11.2006 tarih ve 2006/315 Esas, 2006/8838 Karar sayılı kararı.

Yargıtay’a göre; “*hekimlerin fail oldukları rüşvet suçlarının ispatı sanığın isnat edilen suçları işlediğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilmesine bağlıdır.*”²⁵⁵

Bu bağlamda hekimlerin fail olduğu irtikap suçu ile rüşvet suçu arasındaki farkları şöyle belirleyebiliriz.²⁵⁶

1. İrtikap suçunda, hekim ile hasta veya hasta yakını arasında bir anlaşma bulunmamaktadır. İrtikapta hekimin üstün konumu vardır. Rüşvette ise karşılıklı anlaşma söz konusudur.

2. İrtikap suçu tek taraflı iken, rüşvet suçu iki taraflıdır.

3. İrtikapta fail sadece hekim iken, rüşvette fail, hem hekim hem de hasta veya hasta yakınıdır.

4. İrtikap suçunda hasta veya hasta yakını yarar sağlama kastı içinde değildir. Rüşvet suçunda ise hasta veya hasta yakını hekime bir yarar sağlama kastı ile hareket etmektedir.

5. İrtikap suçunda girişim hekimden gelirken rüşvet suçunda ise çoğu kez hasta veya hasta yakınından kaynaklanır.

6. İrtikap suçunda, yarar sağlayan cezalandırılmaz iken, rüşvet suçunda yarar sağlayan ve yaralanan cezalandırılır.

5.12 Görevi kötüye kullanma suçu

Görevi kötüye kullanma suçu TCK’nın 257. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

²⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.07.2005 tarih ve 2005/5-39 Esas, 2005/96 Karar sayılı kararı.

²⁵⁶ Özen, Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara, 2010, s. 134.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Maddeye göre görevi kötüye kullanma suçunun ancak kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında ortaya çıkabileceği belirtilmiştir. Yani failin bu suçtan cezalandırılabilmesi için yaptığı eylem sonucunda ortaya çıkan neticenin başka bir suçta vücut vermemesi gerekmektedir.²⁵⁷

Bu suç tipi ile korunan hukuki yarar kamu idaresine karşı var olması gereken güvendir.

Bu suç tipi fail bakımından özgü suç olup kamu görevlisi olmayanların bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir.

Bu suç tipinde mağdur toplum, bu suçtan zarar gören ise kamu idaresi olmaktadır.²⁵⁸

Görevi kötüye kullanma suçunun fiili; birinci fıkrafta görevinin gereklerine aykırı hareket etme, ikinci fıkrafta ise görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla birinci fıkrafta görevi kötüye kullanma suçunun icrai, ikinci fıkrafta ise görevi kötüye kullanma suçunun ihmali hareketle işlenmesi halleri düzenlenmiştir.

Kamu görevlisinin mevzuat gereği yapılmaması gereken bir eylemi yapması durumunda icrai hareketle, yapması gereken bir eylemi yapmaması durumunda ise ihmali hareketle bu suçu işlediği söylenecektir.

Bu suçun işlenebilmesi için, kamu görevlisinin söz konusu hususta görevinin bulunması gerekmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davrandığı bilinç ve iradesi ile işlemesi durumunda suçun manevi unsuru gerçekleşecektir.

²⁵⁷ Yokuş Sevik, Handan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (TCK m. 257)”, DÜHFD, 2018/23 (39), s. 260.

²⁵⁸ Yokuş, s. 268.

Buna karşılık kamu görevlisinin görevin gereğine aykırı davranışının temeli özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanmaktaysa, kasıtlı davrandığından söz edilemeyeceğinden ancak taksirli suçlardan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir.

Bu suç tipi neticeli suçlardan olup ister icrai hareketle isterse de ihmali hareketle işlensin sadece görevin gereklerine aykırı hareket etmekle veya ihmali davranışın gerçekleşmesi ile suç tamamlanmış olmaz. Yani söz konusu suçun tamamlanabilmesi için icrai veya ihmali hareket sonucunda kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya haksız menfaatin ortaya çıkması gerekmektedir.²⁵⁹

Görevi kötüye kullanma suçu neticeli suçlardan olup kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Kişilerin mağduriyetini, zarar kavramından daha geniş olarak anlamak gerekir.²⁶⁰ Böylece kişinin şahsına haklarına ve malına yönelik mağduriyetler de bu kapsamda kabul edilir. Yargıtay da mağduriyet kavramı sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararlar sınırlı olmayıp bireysel hakların ihlali sonucunu doğuran her türlü davranışı ifade eder görüşündedir.²⁶¹

Kamunun zararı ise maddi zarar olarak anlaşılmalıdır ve burada doğrudan doğruya uğranılan zararlar dikkate alınmalıdır.²⁶² Tezcan

Kişilere haksız bir menfaat sağlanması ise yasal olarak elde edilemeyecek bir menfaatin görevinin kötüye kullanılması suretiyle üçüncü kişilere sağlanması halinde söz konusu olacaktır.

Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin yaptığı fiil ile kişilerin mağduriyeti, kamunun zararı veya haksız menfaat arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

Görevi kötüye kullanma suçu bir zarar suçudur. Bu bakımdan failin görevini yerine getirmemesi veya görevini yerine getirme sırasında ihmali hareketlere yer vermesine rağmen suçun gerçekleşmemesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir²⁶³.

²⁵⁹ Şatır, 2015, s. 415.

²⁶⁰ Soyaslan, 2005, s. 522.

²⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2005 tarih ve 2005/118 Esas, 2005/45 Karar sayılı kararı.

²⁶² Tezcan vd., 2015, s. 639.

²⁶³ Tezcan vd., 2015, s. 964.

Görevi kötüye kullanma suçu, genel ve tali/yardımcı hüküm niteliğindedir. Bir diğer anlatımla; özel görevi kötüye kullanma suçları karşısında genel suç vasfında, suçla ihlal edilen hukuki yararı veya yararlarından birini koruyan temel normlar karşısında ise yardımcı norm niteliğindedir.²⁶⁴ Diğer bir anlatımla özel görevi kötüye kullanma suçları karşısında genel suç vasfında, suçla ihlal edilen hukuki yararı veya yararlarından birini koruyan temel normal karşısında ise yardımcı norm niteliğindedir.

Görevi kötüye kullanma suçu hakkında genel bilgileri verdikten sonra bu suç tiplerin hekimler tarafından işlenmesi halinde -yani bu suç tiplerinin faili konumunda bir hekimin yer alması durumunda- özellikler arz eden ve genel düzenlemelerden farklı olan hususlara değinmeye çalışalım.

Görevi kötüye kullanma suçu özgü suç niteliğinde olduğundan ancak kamu görevlisi olan hekimler tarafından işlenebilir. Görevi kötüye kullanma suçu kanunun özel olarak düzenlediği bir görevi kötüye kullanma durumunun varlığı halinde uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle bu hükmün bir torba hüküm olduğu, kanundaki açık bir suç tipini ihlal etmeyen ancak görevin gereklerine aykırılık taşıyan eylemlerin bu madde kapsamında cezalandırılacağı söylenebilir. Hekim tarafından bu suç ya görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek göstermek suretiyle işlenebilir.

Hekim tarafından görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle bu suçun işlenmesinin maddi unsuru, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevinin gereklerine aykırı hareket etmektir.

Yargıtay'ın bu bakımdan verdiği bazı kararlarına baktığımızda; *“SSK hastanesinde kadın doğum uzmanı olan sanığın doğum için hastaneye gelen kurum mensuplarının eşleri olan hastalara ilgi göstermeyerek muayenehanesine gelmesine zemin hazırladığı, muayenehanesine gelip ücret karşılığında muayene ettiği kişilerin kurumun hastanesindeki doğumları ile ilgilendiği veya yaptırdığı ve bir kısım hasta sahiplerinden doğum ücreti almasında,”*²⁶⁵ *“çalıştığı hastaneden izinli ya da izinsiz olarak çalışma saatinin bitiminden önce hastaneden ayrıldıktan sonra özel muayenehanesinde hasta bakan ve para alan*

²⁶⁴ Hakeri, 2020, s. 1397.

²⁶⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 11.07.2002 tarih ve 2002/545 Esas, 2002/421 Karar sayılı kararı.

hekimin eylemini,”²⁶⁶ “hekimin hastanede görevli olduğu sırada tedavi etmekte olduğu hasta kadınla cinsel ilişkide bulunmasını,”²⁶⁷ “göz doktoru olan sanığın hastaları özel klinikte muayene ettikten sonra görev yaptığı resmi hastanede protokol defterine kaydederek özel muayene sonuçlarına göre reçetelerini düzenlemesini,”²⁶⁸ “devlet hastanesinde kadın doğum uzmanı olarak görev yapan sanığın olay tarihinde icapçı olarak görevli bulunduğu sırada gece hastaneye doğum için gelen hastayı hastaneye kabul etmeyip zorunlu olmadığı halde il hastanesine sevk edilmesi için görevli ebeye telefonla talimat vermesini,”²⁶⁹ “hekimin çocuğu olmayan hastalarını başkalarının spermeleri ile hamile bıraktırmasını,”²⁷⁰ “doktorların reçeteleri hemşirelere düzenlettirmesini,”²⁷¹ “rüşvet suçunun net olarak ispatlanamaması hallerde hekimin hastasından para almasını.”²⁷² görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul etmektedir.

Uygulamada hekimler açısından daha çok karşılaşılan suç tipi TCK 257/2. maddede düzenlenen görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme suretiyle bu suçun işlenmesidir. Suçun maddi unsuru olan ihmal; yerine getirilmesi gereken bir görevin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, gecikme ise belirli bir süre içinde yapılması gereken bir işin bu süre geçtikten sonra yapılmasıdır.²⁷³

Bu suçun işlenebilmesi için hekimin söz konusu hususta görevinin bulunması gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında; “Adli tabibin mevcut olmasına, kendisinin izinli veya herhangi bir sebeple görevini ifa edemeyecek durumda olmadığına anlaşılmasına göre, muayene için gönderilen sarhoşu muayene etmek ve rapor vermek sanık hükümet tabibinin değil, adli tabibin görevi olmasına göre, mahkumiyet kararı verilmesi yolsuzdur.”²⁷⁴ diyerek bu hususa işaret etmiştir.

Yargıtay'ın bu bakımdan verdiği bazı kararlarına baktığımızda; “incelenen dosya kapsamına göre sanıkların Muğla Devlet Hastanesinde ebe olarak görev yaptıkları, 25.03

²⁶⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 10.10.1990 tarih ve 1990/4371 Esas, 1990/5006 Karar sayılı kararı.

²⁶⁷ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 02.02.1954 tarih ve 1954/485 Esas, 1954/2458 Karar sayılı kararı.

²⁶⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 14.11.2007 tarih ve 2006/8473 Esas, 2007/7935 Karar sayılı kararı.

²⁶⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 02.02.2005 tarih ve 2003/12627 Esas, 2005/509 Karar sayılı kararı.

²⁷⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 14.07.2009 tarih ve 2009/7835 Esas, 2009/4348 Karar sayılı kararı.

²⁷¹ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 21.05.2008 tarih ve 2007/9574 Esas, 2008/5144 Karar sayılı kararı.

²⁷² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.09.2003 tarih ve 2003/5-202 Esas, 2003/230 Karar sayılı kararı.

²⁷³ Demirbaş, Timur, Türk Ceza Kanunu'nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987, s. 260.

²⁷⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 23.03.1967 tarih ve 1967/4102 Esas, 1967/4367 Karar sayılı kararı.

2012 tarihinde anılan hastanede normal yolla doğan ...'in 26.03.2012 günü saat 05.00 sıralarında öldüğü, ölüm nedeninin perinatal pnömoni ve amniyon sıvı aspirasyonu olduğunun tespit edildiği olayda; Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporunda belirtildiği üzere sanıkların yeni doğan bebeğin takibi sırasında gözlem kağıdına ateş, nabız, solunum vb. vital bulguları içerir parametreleri tespit edip kayıt etmeleri ve sonuçlarına göre vaktinde nöbetçi hekimi haberdar etmeleri gerekirken ihmali davranışla bunu yapmamalarını,”²⁷⁵ “27.04.2005 doğumlu ...'in Bursa Çocuk Hastanesine yatırılarak takip edildiği, 12.07.2005 tarihinde taburcu edildiği, 30 haftalık, 1.120 gram doğum ağırlığı olan prematüre bir bebekte kesin etkileri bilinemeyen birçok nedenle prematüre retinopatisinin gelişebileceği öngörülerek postnatal 4 hafta ile 6 hafta arası bu konuda deneyimli bir göz hekimi tarafından muayenesini temininin gerektiği, yatışı boyunca zamanında göz hekimince muayene edilmesi talebine yönelik tıbbi kayıt bulunmadığı, doktor ... ve onun izinli olduğu dönemde bebek 5 haftalık iken devir alan doktor'un prematüre retinopatisi yönünden gerekli göz muayenesini yaptırmamasının eksik eylem olarak nitelendirildiği, prematüre retinopatisi hastalığının 4-6 haftalarda yapılan taramalarda tespit edilmesi ve uygun şekilde tedavi edilmesi durumunda bile yüzde on olasılıkla bebeklerde kalıcı körlük gelişme riskinin bulunduğu, bu nedenlerle de sanıkların 4/8 kusurlu olduğunun oybirliği ile mütalaa edildiği anlaşılmakla; mağdurun doğum sonrası 4 hafta ile 6 hafta arasında göz muayenesinin yapılmasını temin etmemesini,”²⁷⁶ “bebeğin özürlü doğduğu bir olayda NST kayıtların bulunmaması, müştekinin kendisine üç defa NST yapıldığına dair beyanı karşısında müştekinin hastanede gece saat 03.00 sıralarından doğumunun gerçekleştiği, 11.30 saatine kadar saat başı NST kontrolü yapılması gerektiği genel tıp uygulamalarında bilinmesine rağmen düzenli aralıklarla NST tetkiki yapılmamasını ve ÇKS'nin sayı olarak tespit edilmemesini,”²⁷⁷ “icapçı hekimin çağrıldığı halde gitmemesini veya hastaneye gitmeden sevk yapmasını.”²⁷⁸ görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul etmektedir. Hatta bunun neticesinde hastanın zarar görmesi durumunda ise netice ile icapçı hekim'in

²⁷⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 16.01.2017 tarih ve 2015/15778 Esas, 2017/295 Karar sayılı kararı.

²⁷⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 31.03.2016 tarih ve 2016/723 Esas, 2016/5443 Karar sayılı kararı.

²⁷⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 27.02.2018 tarih ve 2017/9921 Esas, 2018/2180 Karar sayılı kararı.

gitmemesi arasında nedensellik bağı varsa meydana gelen sonuca göre icapçı hekim taksirle yaralama ve öldürme suçu nedeniyle de sorumlu tutulabilir.

Buna karşın Yargıtay, kamu görevlisi hekimin işe gelmemesini veya arandığında kendisine ulaşamamasını disiplin suçu kabul etmektedir.

Bu hükmün hekimi ilgilendiren yönü uygulamada önceki kanunumuz döneminde özellikle TCK 83. maddenin de bulunmaması dolayısıyla kamu görevlisi olan hekimin ihmali bir hareketi durumunda ihmal suretiyle görevi kötüye kullanmadan cezalandırılmaktaydı. Yargıtay birçok olayda hastanın ölmesi veya yaralanmasına rağmen bu suçun oluştuğunu kabul etmekteydi. Bu durumun ortaya çıkardığı en önemli sorun hastanın öldüğü ve yaralandığı olaylarda hekimin kamu görevlisi olmadığı hallerde fail hakkında bunun uygulanamayacak olmasıdır. Yargıtay önceki ceza kanunumuz döneminde vermiş olduğu kararlarında; örneğin, nöbetçi doktorun kazazedenin başındaki yaralanmayı gerektiği gibi muayene etmeyip gereken tedaviyi zamanında uygulamaması ve hastanın bir gün sonra ölmesi olayında,²⁷⁹ röntgen çekilmeden göze giren çivinin çıkartılması için ameliyat yapılması olayında,²⁸⁰ ölümün doğrudan doğruya sanıkların fiillerinden gelmeyip üç aylık hamile bulunan Makbule'nin bilinmeyen bir nedenle düşük yaparak kan kaybetmesinden husule geldiğinin anlaşıldığı, sanıkların ısrarla çağrılmalarına rağmen hastaya gidip ilk müdahaleyi yapmadıkları olayda²⁸¹ sanıkların ihmal suretiyle görevi kötüye kullanmadan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak; Yargıtay yeni tarihli kararlarında bu konuya ilişkin görüş değişikliğine gitmiş ve bir kararında *“tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı davranış kasta veya taksire dayalı olabilir. Hekimlerin tıp bilimi ve mesleğinin icrası sırasında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeniyle tedavi kusuruna yol açmaları taksirli sorumluluğuna neden olur. Dolayısıyla taksire dayalı bir tıbbi kusurla hastaya zarar veren hekimin eyleminin kasıtlı bir suç olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmasının mümkün olmayacağını, eylemin taksirle ölüme ve yaralanmaya neden olma suçunu oluşturacağını, buna karşın tedavi sürecindeki*

²⁷⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 22.05.2013 tarih ve 2011/17665 Esas, 2013/15693 Karar sayılı kararı.

²⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.1982 tarih ve 1982/4-215 Esas, 1982/271 Karar sayılı kararı.

²⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.02.1991 tarih ve 1991/4-311 Esas, 1991/17 Karar sayılı kararı.

²⁸¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19.02.1985 tarih ve 1985/772 Esas, 1985/1027 Karar sayılı kararı.

kimi ihmali davranışlar dolayısıyla hekimin kasıtlı suçları işlemesinin de olası olduğunu” belirtmiştir.

Örneğin; yeni tarihli kararlarında Yargıtay, “iddianame içeriğine göre özetle devlet hastanesinde nöbetçi doktor olan ve katılanı muayene eden sanığın hastaya serum takılması yönünde hemşirelere talimat verdiği, sanık hemşirenin hastaya yanlış serum taktığı, sanık doktorun ise ilk muayene ve tetkikler sonrasında hastayı yakından takip etmediği, her iki sanığın bu eylemleriyle katılanın durumunun kötüleşmesine neden oldukları olayda,”²⁸² “iddianame içeriğine göre özetle Mersin 112 Komuta Merkezinde doktor olarak görev yapan sanığın aynı rahatsızlık sebebiyle ikinci kez muayene ettiği Makbule'yi sağlık kuruluşuna sevk etmeyerek görevinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdiği ve hastanın öldüğü olayda”²⁸³ taksirle ölüme ve yaralanmaya neden olma suçlarının belirtmiştir.

Yargıtay'ın hatalı olan eski içtihadı uygulamada başka sorunlara da yol açmaktadır. Bu durumda taksirle yaralama suçunun düşünülmemesi özellikle kamu görevlisi olmayan hekimler açısından bu kez hangi suçun uygulanacağı konusunda tereddütlere yol açmaktadır. Örneğin; Yargıtay'ın önüne kanun yararına bozma talebi ile gelen olayda özel hastanede çalışan hekim hakkında 30 haftalık gebeliği bulunan hastayı erken doğum yapacağı belirlenmesine karşın hastaneye kabul etmeyeceğini bildiren şüphelinin bu hastanın başka hastaneye gitmesine, sonrasında da hastanın bebeğini başka hastanede kaybetmesine neden olmak iddiası ile yapılan suçlamada savcılık öncelikle hekimin kamu görevlisi olmadığı gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir.

Hekim hakkında görevi ihmalden dolayı karar vermeden önce hekimin tıbbi müdahaleyi yapmaması veya geciktirmesinin tıbbi nedenleri olup olmadığı da araştırılmalıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında hekimin gece saat 01.30'da muayene ettiği hastayı rapor için sabahleyin getirin demesinden ibaret olan eyleminde görevi ihmal suçunun öğelerinin ne surette oluştuğu açıklanmadan yetersiz gerekçe ile hüküm kurulmasını hukuka aykırı bulmuştur.²⁸⁴

Son olarak belirtmek gerekir ki; hekimin kendisini tehlikeye sokacak durumlarda görevini ihmal etmesi halinde de sorumluluğu olmayacaktır. Örneğin; Covid-19 salgınında

²⁸² Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 18.04.2016 tarih ve 2015/2548 Esas, 2016/3984 Karar sayılı kararı.

²⁸³ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 18.11.2015 tarih ve 2015/13684 Esas, 2015/16397 Karar sayılı kararı.

²⁸⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 05.03.1998 tarih ve 1998/1060 Esas, 1998/1890 Karar sayılı kararı.

ölü muayenesi için çağrılan hekimin koruyucu malzemesi olmadığından muayeneye gitmemesi nedeniyle ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.

Aynı şekilde; hekimlerin adli olaylarla ilgili olarak savcıların taleplerini yerine getirmemesi halinde görevi ihmalden dolayı cezalandırılmaları gündeme gelecektir. Aynı şekilde hükümlerin bilirkişi olarak görevlerini yerine getirirken yapacakları ihmaller de görevi ihmal suçunu oluşturacaktır.

5.13 Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

Suçu bildirmeme suçu TCK'nın 278. maddesinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme fiillerinden dolayı cezalandırılmaları ise TCK'nın 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 278. maddesine göre;

“(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

TCK’nın 279. maddesine göre;

“(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

TCK’nın 280. maddesine göre;

“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

Maddenin gerekçesi; “Madde mesleklerini icra ettikleri sırada tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu ihbar yükümlülüğü, madde metninde sayılan sağlık mesleği mensupları ile sınırlı değildir. Örneğin, bir tıbbi tahlil laboratuvarı da görev yapan kişiler açısından da mevcuttur. Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirmeme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde, yukarıdaki madde hükmü - yani TCK m. 279- uygulanacaktır.” şeklindedir.

Ceza Kanunumuz bir yandan 136. maddede kişisel verilerin açıklanmasını yasaklamakta Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 46 maddesinde hekime tanıklıktan çekinme hakkı tanımaktadır. Bu iki düzenlemenin tam tersi bir düzenlemeyi de 279 ve 280. maddelerde yapmakta ve hekimleri suçu bildirmekle yükümlü tutmaktadır. Böylece esasen bir yükümlülüklerin çatışması durumu ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Hem TCK 279 hem de TCK 280 bakımından bildirilmesi zorunlu olan husus suçtur. Örneğin; ateşli silahla yaralanmış bir hastayı tedavi eden acil serviste görevli hekim yetkili makamlara bildirme zorunluluğu altındadır. Ancak kanunda suç olarak

düzenlenmeyen ensest ilişki sonucu hamileliği öğrenen kadın doğum uzmanının bu durumu bildirmesi zorunluluğu yoktur.

Bu suç tipi ile korunan hukuksal yarar adliyenin korunmasıdır.

TCK'nın 279. maddesi bakımından fail kamu görevlisi, TCK'nın 280. maddesi bakımından fail kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubudur. Yargıtay da bir kararında bu görüşte olduğunu ortaya koymuştur.²⁸⁵ Böylece bu suç tiplerinin fail bakımından özgü suç niteliğinde olduğu ortadadır.

Gerek 279. madde gerekse 280. maddenin uygulanabilmesi için kamu görevlisi veya sağlık mesleği mensubunun ihbar etmekle yükümlü olduğu suçu görevi nedeniyle öğrenmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde TCK'nın 278. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Kanun ancak görevin yapıldığı sırada öğrenilen suçların ihbarını zorunlu tutmuştur. Bu nedenle özel olarak öğrenilen suçların bildirilmesi yükümlülüğü yoktur.²⁸⁶

İlgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapıp yapılmadığı, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tebliğ edilip edilmediği araştırılmalıdır. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı sorumluluğu bulunmakla birlikte, sorumluluğun bildirilmesi gereken suçu bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde olması gerekir.

Suç kimin bildirmesi hususunda Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; *“Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşması için; kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini görevi ile bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunma ihmal etmesi veya bu hususta gecikme göstermesi gerekir. İlgili kamu kurumunda suçun bildirilmesi hususunda kurum içi düzenleme yapıp yapılmadığı, idari işlemlerle bildirme yükümlülüğünün bir görevliye tevdi edilip edilmediği araştırılmalıdır. Ayrıca kurum içi hiyerarşide her bir basamaktaki kamu görevlisinin ayrı ayrı sorumluluğu bulunmakla birlikte sorumluluğun, bildirilmesi gereken suçu bildirmeyen en üst yetkili kamu görevlisinde olması gerekir. Hastanenin iki ayrı biriminde meydana gelen hırsızlık olayının, tutanakla hastane başhekimliğine bildirildiği olayda; başhekim olan sanığın, olayı araştırması için personel görevlendirdiği*

²⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.02.2017 tarih ve 2014/269 Esas, 2017/108 Karar sayılı kararı.

²⁸⁶ Erbaş, ss. 129-132.

ancak, görevlendirdiği personele yetkili makamlara ihbar etme talimatını vermediği dikkate alındığında; kamu adına soruşturulması gereken hırsızlık suçunun yetkili makamlara bildirilmesinden başhekimin asli olarak sorumlu olduğu, hastane müdürü ve müdür yardımcısı olan sanıklara yüklenen suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.” diyerek bu hususa açıklık getirmiştir.²⁸⁷

Bu arada belirtmek gerekir ki; şikayete tabi suçlarda şikayet hakkı olan şikayet etmezken bunu ihbar etmeyen hekimin suç işlemesi söz konusu olacaktır.²⁸⁸ Kanun bir suç işlendiği yönünde bir belirtinin varlığını ihbar yükümlülüğünün doğması için yeterli görülmektedir. Bundan anlaşılması gereken bir suç işlendiğinin açıkça anlaşılması veya buna yönelik şüphe doğuracak bir takım izlerin bulunmasıdır.²⁸⁹ Ancak bu suçun mutlaka hekime karşı işlenmiş olması gerekmemektedir.

Hekim önüne gelen kişinin gerek fail gerekse de mağdur olması durumunda bildirme yükümlülüğü altında olduğu gibi, görevini yaptığı sırada bir meslektaşının işlemiş olduğu suçu da bildirmekle yükümlüdür.²⁹⁰

Uygulamada rastlanan hasta ile ilgili veriler bilgisayara girildiğinde GBT uyarısı verilerek hastanın kolluk görevlilerine bildirilmesinin esasen hukuka aykırı olduğu açıktır.

Hekimin suç belirtisinden haberi yoksa eğer hekimi sorumlu tutmak mümkün değildir. Yargıtay verdiği bir kararında; “Evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle ilçe devlet hastanesi acil servisine adli vaka olarak girişi yapıp daha sonra nöroloji bölümüne doktor Nevzat’ın hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen İ.nin ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesi düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği

²⁸⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26.05.2014 tarih ve 2014/3274 Esas, 2014/6568 Karar sayılı kararı.

²⁸⁸ Ünver, 2005, s. 111.

²⁸⁹ Meran, Necati, Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara, 2006, s. 321.

²⁹⁰ Erbaş, s. 140.

gözetilmeden beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesinin kanuna aykırı olduğunu”²⁹¹ belirtmiştir.

Bu suç tipinde mağdur bulunmamakla beraber suçun zarar göreni adliye yani dolayısıyla devlettir.²⁹²

TCK’nın 278. maddesi bakımından işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi ve işlenmiş olmakla beraber neticeleri sınırlanabilecek bir suçu yetkililere bildirmeme, TCK’nın 279 ve 280. maddesi bakımından ise görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmeme veya bu hususta gecikme suçun fiilini oluşturmaktadır.

Kanun metninde de açıkça belirtildiği üzere bir suç işlendiği yönünde bir belirtinin varlığı suçu bildirme hususunda ihbar yükümlülüğünün ortaya çıkması için yeterlidir. Suçun işlendiği yönünde belirti konusunda değerlendirmeyi kişi kendisi yapacaktır.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; *“Katılandaki yaralanmanın mahiyetinin dosya içinde bulunan epikriz formu ile uyumlu olması, katılanın hastaneye müracaat ettiğinde kendi kendisini yaraladığına dair anlatımı karşısında başkaları tarafından taksirle yaralanmış olabileceğinden şüphelenmediğine ilişkin sanığın savunmasının aksine görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde yüklenen suçtan mahkûmiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* şeklinde bir belirleme yapmıştır.²⁹³

Suçun bildirilmesi şekli önemli olmayıp her şekilde bildirilmesi mümkündür.²⁹⁴

Yetkili makamlardan anlaşılması gereken bildirim kabul etme yetkisi olan, daha açık bir anlatımla, bildirim üzerine soruşturmaya başlama yetkisi bulunan veya kendisine yapılan bildirim soruşturma yapmaya yetkili makama iletmekle yükümlü tutulmuş olan

²⁹¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 20.01.2013 tarih ve 2014/11235 Esas, 2014/745 Karar sayılı kararı.

²⁹² Kolcu, Selahattin, “TCK’da Suçu Bildirmemesi Suçu”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014, s. 200.

²⁹³ Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 29.05.2014 tarih ve 2013/16509 Esas, 2014/6524 Karar sayılı kararı.

²⁹⁴ Şatır, 2015, s. 491.

makamdır.²⁹⁵ Bu makamlar CMK'nın 158/1. maddesi gereğince; Cumhuriyet başsavcılığı veya kolluk makamlarıdır. Valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılacak bildirimler de bu bakımdan geçerli bir bildirim niteliğinde olacaktır. Aynı şekilde şahsın mensubu bulunduğu kamu idaresine de durumu bildirmesi kabul görecektir. Kanunumuz durumun yetkili mercilere bildirilmemesi dışında geç bildirilmesini de cezalandırılmaktadır. Gecikerek bildirme konusunda önceden bir ölçüt koymak zordur ancak somut olay da göz önünde bulundurularak olağan sayılabilecek bir zaman süreci aşılma suretiyle yapılan bildirimin gecikerek bildirim olarak kabul edilmesi gerekir.²⁹⁶

Bu suç tipi neticeli suçlardan olup suçu hiç veya zamanında bildirme eylemi ile netice gerçekleşecektir. Suçun oluşabilmesi için herhangi bir zararın ortaya çıkması gerekmemektedir.

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yani bu suç tipinde fail kendisine kanunen yüklenmiş olan bir yükümlülüğe rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranmış ve neticenin meydana gelmesine sebep olmuştur. Yani fail suçu bilerek ve isteyerek işlemiştir.

Failin yanılması halinde failin kastı ortadan kalkacağından herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz. Örneğin; hekimin iz veya yara görmesine rağmen bunun bir suç belirtisi olduğu hususunda yanılığa düşmesi durumunda suçu bildirmemesi halinde failin kastı ortadan kalkacak ve suç oluşmayacaktır.

Anayasamızın 38/5. maddesinde yer alan, *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* hükmü ile hekimin kendisinin veya yakınlarının suçunu bildirmesi gibi bir zorunluluğu olmadığını görmekteyiz.

Aynı şekilde TCK'nın 192/4. maddesine göre; *“uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. Bu*

²⁹⁵ Hakeri, 2020, s. 1414.

²⁹⁶ Meran, 2006, s. 322.

durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

Hekimlerin hastalarına ait hususlarda sır saklama yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bu sır saklama yükümlülüğü ile suçu bildirme yükümlülüğü arasında bir çelişki olduğu barizdir. Bu gibi durumlarda kanun koyucumuz suçu bildirme yükümlülüğünü sır saklama yükümlülüğünden üstün tutmuştur. Ancak hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne dayanarak hastalarını ilgilendiren bir durum ile ilgili tanıklıktan çekinebilme hakları bulunmaktadır.

Burada ortaya çıkan bir sorun; kanser olduğu gerekçesiyle kendisi için yardım toplanan hastayı, yaptığı muayenede herhangi önemli bir hastalığa rastlamayan hekiminin bunu bildirmek zorunda olup olmadığıdır. Burada hekim doğrudan kendi hastası üzerinde suç belirtisi görmemiş, bir başkasının söylediklerinden ortada bir suçun olabileceği şüphesi doğmuştur. Dolayısıyla doğrudan bir belirti olmayan bu tür durumlarda bildirim yükümlülüğüne uyulmaması suç oluşturmayacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da; hastasını dinleyen psikiyatriste hastanın söz gelimi bir kimseyi öldürmüş olduğunu söylemesi durumunda hekimin bunu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Kamu görevlisi bir hekim söz konusu ise görevi sırasında bu suçu öğreneceğinden, hekim kamu görevlisi değilse de, kişinin suçu ikrar etmesi gibi bir belirti ile karşılaşmış olacağından hem işlenmiş hem de işlenmekte olan suçu bildirme yükümlülüğü vardır.

Öğretide sağlık personelinin bir belirti değil de bizzat hastanın beyanı ile suçtan haberdar olması durumunda ihbar yükümlülüğü olmadığı savunulmaktadır. Ancak beyan da belirti kavramı kapsamında kaldığından bu görüşe katılmak mümkün değildir²⁹⁷.

Yargıtay’a göre adli vaka olan bir olayın hekim tarafından bilinmesine rağmen kasten adli vaka değildir şeklinde rapor düzenlenmesi suçun bildirilmemesi olarak değerlendirilmemektedir.²⁹⁸ Ancak suçu bildirmeme kastı ile hareket eden hekimin bu eyleminin bu kapsamda değerlendirilmemesi kanımızca doğru değildir. Hatta olayda

²⁹⁷ Erbaş, s. 139.

²⁹⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 08.04.2002 tarih ve 2002/3413 Esas, 2002/5609 Karar sayılı kararı.

öncelikle resmi belgede sahtecilik suçu ve ayrıca suçun bildirmemesi suçu işlenmiş olacak, bunlar tek hareketle yapıldığından fikri içtima kuralları uygulanacaktır.

Bu suç tipine teşebbüs mümkün değildir.

Birden fazla kişinin bildirme yükümlülüğü olan durumlarda bu kişilerin suça iştirak ettiklerinden bahsedilemeyecek olup bu kişiler arasından bildirimde bulunması gereken kişi suçun faili olup diğerlerinin sorumlulukları ortadan kalkacaktır. Ancak; tıbbi müdahalenin birden fazla kişi tarafından yapıldığı hallerde, her hekimin bildirme yükümlülüğü mevcuttur. Ancak bu kimselerden hepsinin bildirmesi gerekmekte olup bunlardan herhangi birinin bildirmesiyle diğerlerinin de sorumlulukları kalkacaktır.

5.14 Genital muayene suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

Genital muayene suçu TCK'nın 187. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“(1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

Aynı şekilde Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın “*Cinsel ilişki muayeneleri*” başlıklı 39. maddesine göre de; “*Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişkiyi muayene istemlerini dikkate almaz. Hekim ilgilinin ve ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.*” hükmünü ihtiva etmektedir.

Maddenin gerekçesine baktığımızda kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak yetkili hekim ve savcı

kararı şartına bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme ve yapma suç olarak düzenlenmiştir.

Bu suç tipi ile korunan hukuksal yarar; ceza yargılamasının yürütülmesinde adliyenin iradesine karşı gelinmemesini sağlamak değil, kişi özgürlüğü ve bireyin vücut dokunulmazlığıdır.²⁹⁹

Maddenin birinci fıkrasında yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan kişi cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu suç bakımından bir istisna öngörülmüş olup kamu sağlığını korumak amacıyla tehlikeli olan bulaşıcı hastalıkların söz konusu olduğu durumlarda ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından bu muayeneyi yaptıran ve yapanların ceza sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir

Suçun konusu, yapılan genital muayene işlemi değil, muayeneye götürülen veya muayene edilen kişinin genital organlarıdır.³⁰⁰

Suçun faili iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki kişiyi muayeneye gönderen, diğeri ise muayeneyi yapandır. Gönderen bakımından fail herhangi bir kişi, muayene yapan bakımından ise fail hekim olabilir.

Genital muayeneye gönderme fiili bakımından fail, örneğin; yurt müdürü, okul müdürü veya kolluk görevlisi olabilir.

Suçun faili ikinci olarak genital muayeneyi yapan kişi olabilir. Kanun bu bakımdan bir sınırlama getirmemiş olmakla beraber, suç bu yönüyle özgü bir suçtur. Zira; genital muayene ancak hekim tarafından yapılabilir.³⁰¹ Hekim olmayan bir kimsenin yaptığı şey muayene olamayacağına göre, bu kimsenin eylemi ancak başka suçları oluşturabilir.

Öğretide kimi yazarlarca genital muayeneye göndermek eylemi bakımından ebeveynin de fail olabileceği belirtilmektedir.³⁰² Ancak aksi görüşteki yazarlara göre reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveynlerin çocuklarını genital muayeneye gönderme hakkına da sahip olması gerekir.³⁰³

²⁹⁹ Hakeri, 2020, s. 1419.

³⁰⁰ Dülger, İbrahim, “Genital Muayene Suçu (TCK m. 287)”, ErcÜHFD, 2008/3 (2), s. 48.

³⁰¹ Hakeri, 2020, s. 1420.

³⁰² Meran, 2006, s. 371.

³⁰³ Hakeri, 2020, s. 1419.

Bu suç tipinin mağduru herhangi biri olabilir. Hasta hekim ilişkisinin bulunduğu hallerde TCK'nın 287. maddesi hükmü uygulama alanı bulmaz. Yani; reşit olsun veya olmasın kişinin kendisinin hekime giderek muayene talep etmesi halinde, kişinin mağdur olduğundan veya suçun vücut bulduğundan bahsedilemez. Reşit olsun veya olmasın kişilerin kendi istekleriyle jinekoloğa gitmelerine ve genital muayene olmalarına bir engel yoktur. Aksi takdirde kadın doğum uzmanlarının her genital muayene için hakim ve savcıdan tarar talep etmesi gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkacaktır. Böylece reşit bir kimsenin kızlık muayenesi isteyerek sonuçta bir rapor talep etmesine bir engel yoktur.

Suçun mağdurunun rızası ile yapılan genital muayene halinde hekim cezalandırılmaz. Ancak CMK'nın 75 ve 76. maddeleri hükümleri göz önünde bulundurulduğunda sanık veya şüpheli bakımından böyle bir muayenenin yapılabilmesi için hakim veya savcı kararına gereksinim bulunduğundan, mağdurun rızasının bulunduğu hallerde dahi eylem hukuka uygun hale gelmez.³⁰⁴

Bu suç tipinin oluşması için mağdurun kız ya da erkek çocuk ya da yetişkin olmasının yani yaşı ve cinsiyetinin herhangi bir önemi yoktur.

Bu suçu oluşturan fiil mağdurun hukuka aykırı olarak muayeneye gönderilmesi veya muayene edilmesi ile gerçekleşmektedir.³⁰⁵

Cinsel organlarda yapılan muayene genital muayene olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan bekaret kontrolü denilen kızlık zarı muayenesinin bu kapsamda yer aldığına tereddüt yoktur.³⁰⁶ Aynı şekilde jinekolojik açıdan dış genital bölge olarak kabul edilen anüs bölgesinde yapılan muayeneler de genital muayene kapsamında kalacaktır.

Muayene işleminin mutlaka mağdura dokunma eylemi gerçekleştirilerek yapılması gerekli değildir. Bu muayenenin gözle yapılması halinde dahi bu suç vücut bulacaktır. Buna karşılık öğretide bir kısım yazarlarca sadece seyretme, fotoğraf çekme veya görüntü kaydı gibi işlemlerin bu suçu değil, başka suçları oluşturabileceği savunulmaktadır.³⁰⁷ Ancak; öğretide diğer bir kısım yazarlarca vücuda fiziksel temas olmaksızın, sadece gözlem yapmak veya bakmak suretiyle de genital muayenenin mümkün olduğu, bu hususta kişiden

³⁰⁴ Meran, 2006, s. 372.

³⁰⁵ Şatır, 2015, s. 479.

³⁰⁶ Meran, 2006, s. 373.

³⁰⁷ Dülger, s. 55.

iç çamaşırını çıkarmış olması istenerek vajinal bölgede sperm artıklarından varlığının tespiti veya kişiye vajinal bölge araştırılarak gözle bekaret kontrolü yapılması da genital muayene sayılacaktır.³⁰⁸

Muayeneye gönderme eyleminin mutlaka adli bir soruşturma veya kovuşturma dolayısıyla yapılması şart değildir. Örneğin; yurt müdürünün bir kız öğrencinin erkek arkadaşı ile cinsel ilişkiye girmesinden şüphelenerek genital muayeneye götürmesi halinde de suç oluşacaktır.

Öğretide; kendi isteğiyle hekime giden hastanın rızası ve tıbbi zorunluluk olmadığı halde hekim tarafından genital muayeneye tabi tutulması halinde de bu suçun oluşacağı savunulmaktadır.³⁰⁹

Kanunda suçun maddi unsuru olarak göndermeden bahsedildiğinden kanunilik ilkesi karşısında göndertmeyi bu kapsamda kabul etmek mümkün değildir.³¹⁰

Failin mağduru göndermeyip bizzat kendisinin götürmesi durumunda götürme eyleminin madde metni kapsamında yer alıp almadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; gönderme fiili bizzat götürmeyi de kapsamaktadır. Bu nedenle mağdurun gönderilmesi yerine bizzat götürülmesi halinde suç oluşacaktır.³¹¹ Diğer görüş ise bu davranış modelinin madde metninde açıkça düzenlenmesinin gerekli olduğunu, bu şekliyle götürmenin kıyas yoluyla madde metni içindeymiş gibi uygulanmasını eleştirmektedir.³¹²

Bu suç tipi ancak kasten işlenebilen suçlardan olup taksirle işlendiği durumlarda ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Hekimin, hakim veya savcı kararı bulunduğunu zannederek genital muayeneyi yapması; buna karşılık, böyle bir kararın bulunmaması halinde, TCK'nın 30/1. maddesi hükmü gereğince hekim hataya düşmüştür ve kasten hareket etmiş sayılmayacaktır. Bu takdirde hekimin taksiri söz konusu olacaksa da, eylem taksirle gerçekleştirildiğinde cezalandırılacak suçlardan olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır.

³⁰⁸ Kanbur M. Nihat, "Genital Muayene Suçu, (Türk Ceza Kanunu md. 287)", Ceza Hukuku Dergisi, 2011, s. 21.

³⁰⁹ Dülger, s. 55.

³¹⁰ Ünver, 2005, s. 355.

³¹¹ Dülger, s. 55.

³¹² Ünver, 2005, s. 364.

Kişinin rızasının varlığı halinde, genital muayene hukuka uygun olacaktır.³¹³ Aynı şekilde TCK'nın 287/2. maddesine göre de bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü yani birinci fıkra hükmü uygulanmaz. Böylece örneğin hayat kadınlarının genital muayenesi bakımından hakim veya savcı kararına gerek yoktur.

Mevzuatımızda bazı düzenlemelere dayanılarak yapılan genital muayeneler bakımından hukuka uygunluk vardır. Örneğin; Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamname (Tüzük)³¹⁴ gereğince yapılan genital muayeneler cezalandırılmayacaktır. Zira burada bir kanun hükmünün icrası söz konusu olduğundan yapılan muayene hukuka uygundur. Aynı şekilde; Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri göz önüne alındığında fuhuş yapan kadınlarla ilgili olarak yapılacak genital muayeneler hukuka aykırılık taşımayacaktır. Yine aynı şekilde; Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin³¹⁵ 35. maddesine göre, “*Kız öğrencilerde genital muayene, anamnez (tıbbi hastalık geçmişi) ve inspeksiyonla (gözle muayene) yapılır. Hekim lüzum gördüğünde pelvik ultrasonografi ve diğer muayeneler ile laboratuvar muayenelerini yapabilir (Hymen muayenesi yapılmaz.)*.” Bu kapsamda yapılan muayeneler de hukuka uygun kabul edilir.

Bu suç tipine teşebbüs mümkün olup gerek muayeneye gönderme ve gerekse de muayene yapma suçları bakımından teşebbüs söz konusu olabilir.³¹⁶ Örneğin; muayene için hasta odasına aldığı kişiyi hasta koltuğuna oturtan hekimin muayeneyi gerçekleştirememesi durumunda eylem teşebbüs aşamasında kalır.

Bu suça iştirak mümkündür. Durumu bilerek yurt müdürünün muayeneye gönderdiği öğrenci hastaneye götüren kişi de suça iştirak etmiş olur. Bu durumda bu kişinin eylemi müşterek faillikten ziyade yardım eden niteliğindedir.

³¹³ Hakeri, 2020, s. 1423.

³¹⁴ R.G. 21.09.1931 T., S:1904.

³¹⁵ R.G. 11.11.2016 T., S:29885.

³¹⁶ Ünver, 2005, s. 372.

Bu suç tipinin TCK'nın 43/2. maddesi hükmü üzerinden zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Yapılan eylemin aynı zamanda cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturması halinde fail farklı neviden fikri ıçtima hükümlerinin düzenlendiğı TCK'nın 44. maddesi hükmü üzerinden genital muayene suçundan değil, cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Genital muayene vücuda cisim ya da parmak gibi organ sokmak suretiyle gerçekleştirildiğinde fikri ıçtima söz konusu olacaktır. Zira; bu takdirde tek bir hareketle hem cinsel saldırı hem de genital muayene suçu işlenmiş olur.

5.15 Hekim olmadığı halde hasta tedavi etme veya hekim unvanı takınma suçu

Öncelikle belirtmek gerekir ki; bu suç tipi bakımından hekimin fail olması durumunda özellik arz eden ve genel durumdan farklı olan hususlar pek yoktur. Ancak uygulamada bu suç tipinin faili genelde hekimler olduğundan dolayı bu suç tipini de incelemeye çalışacağız. İncelememizde bu suç tipi bakımından genel bilgiler vermekle yetilenecektir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 25. maddesine göre; *“Diploması olmadığı halde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Bu suç tipi ile korunan hukuki yarar bireylerin sağlık hakkıdır. Ayrıca hekim unvanı takınmak suretiyle, bireylerden maddi menfaat temin edilmesi olasılığına karşılık bu hüküm sevk edilerek bireylerin malvarlığı hakları da korunmaktadır.

Bu suç tipinin faili herkes olabilir. Ülkemiz üzerinde; kırıkçı çıkıkçı vb. isimler altında hekim olmadığı halde hastalık tedavi eden kimseler, hekim olmadığı halde kendisini hekim olarak gösteren veya bu şekilde hasta tedavi eden kimseler bu suça fail olarak gösterilebilir.³¹⁷

Hekim olmasına rağmen yetkisiz bir tedavi işlemi yapan kimseler de bu suçun faili olabilirler. Sağlık personeli olmasına rağmen yetkisiz bir tedavi işlemi yapan kimselerde bu

³¹⁷ Hakeri, 2020, s. 1428.

suçun faili olabilirler. Yargıtay “*Hasta bakıcılara iğne yapmak yetkisi tanıyan 1219 sayılı Kanun’un 64. maddesi, 6383 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile kaldırılmış ve iğne yapmak yetkisi, 6293 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile ancak hemşirelere tanınmış olmasına ve sanığın diploması olmadığı halde hasta tedavi etmesini*”³¹⁸ “*Sağlık memuru olan sanığın tedavi etmesini*”³¹⁹ hekim olmadığı halde hasta tedavi etme veya hekim unvanını takınma suçu olarak kabul etmiştir.

Yabancı hekimlerin diplomaları Türkiye’de hekimlik yapma yetkisi vermiyorsa da bu suç söz konusu olabilir. Örneğin Yargıtay bir kararında; “Sanığın savunmasında Suriye vatandaşı olduğunu, savaştan dolayı geldiği ülkesinde laboratuvar doktorluğu yaptığını, arkadaşı olan diğer sanığın Suriye’de iken diş hekimliği yaptığını, arkadaşı olan sanığın Suriye vatandaşlarına hizmet vermek için işyeri açacağını duyurduğunu, kendisinin de bu yere bitişik olan bir ambarı tuttuğunu, arkadaşo olan sanığın amacının burada Suriye vatandaşlarına parasız hizmet vermek olduğunu, dosya içeriğinden sanığın Suriye Arap Cumhuriyeti Halep Üniversitesi tıp bölümünden mezun olduğuna dair diplomasının bulunması karşısında sanığa ait hekimlik diplomasının Türkiye’de denklik bakımından karşılığı bulunup bulunmadığı, sanığın bu diploma ile Türkiye’de tabiplik yapma hakkına sahip olup olmadığı hususunda Yükseköğretim Kurulundan görüş sorulması, bu hususların tespitinin ardından sanığın eyleminin 1219 sayılı Kanun’un 25. maddesinde düzenlenen suç oluşturup oluşturmadığının tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayinin gerekeceğini” belirtmiştir.³²⁰

Suç neticeli suçlardan olmayıp bir tehlike suçudur. Yani herhangi bir zarar oluşmasa dahi maddede belirtilen fiilin vuku bulması halinde suç oluşacaktır. Ancak tedavi sonucunda hasta üzerinde bir zarar meydana gelmesi durumunda fail meydana gelen neticeye göre ceza kanunumuzun kasten öldürmeye, kasten yaralamaya veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamaya ilişkin hükümlere göre cezalandırılacaktır. Bu takdirde

³¹⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 05.09.1970 tarih ve 1970/4977 Esas, 1970/4681 Karar sayılı kararı.

³¹⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 24.05.1963 tarih ve 1963/14779 Esas, 1963/5024 Karar sayılı kararı.

³²⁰ Yargıtay 29. Ceza Dairesinin 25.12.2017 tarih ve 2017/15292 Esas, 2017/11617 Karar sayılı kararı.

artık bu suçtan dolayı ceza verilmeyecektir. Zira bu suçu düzenleyen hüküm yardımcı norm niteliğindedir.³²¹

Suç, seçimlik hareketli bir suç olup kişinin hastayı tedavi etmesi veya kendisini hekim olarak göstermesi hareketlerinden birinin yapılması halinde suç gerçekleşecektir.

Yargıtay da bir kararında; *“Suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu ve diplomasız kişinin muayene, müdahale veya dış hekimliğine ilişkin klinik işyeri açması şeklindeki eylemlerden herhangi birisini işlemesinin yeterli olacağı”* tespitlerine yer vererek bu hususa işaret etmiştir.³²²

Tedavi kavramı geniş yorumlanmalı ve teşhis ve muayene gibi işlemler de bu kapsamda kabul edilmelidir. Bu bağlamda güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler, nüfus planlaması amaçlı rahim tahliyesi ve kısırlaştırma, kan ve organ nakli ve sünnet gibi müdahaleler de bu kapsamda kalacaktır. Bu sebeple hasta tedavi etmek kavramının iyi belirlenmesi gerekir. Nitekim Yargıtay bir kararında, sürücü kursuna kayıt yaptıran kişilerin sadece renk körü olup olmadıklarını tespit ettiği anlaşılan sanık ile ilgili olarak bu eylemin ne şekilde hasta tedavi etmek olduğunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir.³²³ Aynı şekilde sanığın kolluk beyanında 5 yıl önce MEB tarafından verilen onayla yapılan güzellik uzmanlığı kursunu bitirdiği ve bu konuda sertifika aldığını beyan ettiği, dosya incelemesi sırasında anılan sertifikanın dosya arasında bulunmadığının anlaşıldığı olayda, öncelikle anılan sertifikanın dosya arasına getirtilerek Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümleri kapsamında güzellik uzmanı olan sanığın lazer epilasyon uygulama yetkisinin olup olmadığının tespit ve tayininin gerektiğine karar vermiştir.³²⁴

Suçta vücut veren fiil hasta tedavi etmek veya tabip unvanı takınmaktır. Bu bağlamda ruhsatlı olarak baharat ve bitkisel ürünler satmak bu suçu oluşturmaz. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda; *“Sanık yayınevi işlettiğini ve bitkisel ilaçlar konusunda birçok kitap yazdığını, kitap okuyucusu olan ya da adını duyan kimselerin kendisine başvurmaları durumunda ücretsiz olarak bilgi verdiğini, hangi bitkinin ne şekilde*

³²¹ Hakeri, 2020, s. 1430.

³²² Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 25.09.2017 tarih ve 2015/15677 Esas, 2017/7259 Karar sayılı kararı.

³²³ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 21.04.2003 tarih ve 2003/19352 Esas, 2003/1551 Karar sayılı kararı.

³²⁴ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 05.07.2018 tarih ve 2018/6595 Esas, 2018/7577 Karar sayılı kararı.

kullanılacağını söylediğini ve gerekirse kullanım tarzı konusunda yazılı bilgi verdiğini, bunlar dışında herhangi bir işlem yapmadığını savunmuştur. Dinlenen tanık sanığın hasta muayene etme, reçete yazma, muayene etme gibi herhangi bir eylemine şahit olmadığını beyan etmiş, bu kanıtlar dışında sanığa yükletilen suç işlediğine dair mücerret iddia dışında mahkumiyet için yeterli, tutarlı ve kesin delil elde edilemediğinden beraatine... ”³²⁵ şeklinde karar vermiştir.

Bir başka kararında Yargıtay; *“tedavi yapmaksızın egzamaya iyi geldiğini ileri sürdüğü bir nevi ilaç imal etmek eyleminin bu suçun değil, şartları gerçekleşmişse, 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun 18, 19 ve ek 5. madde hükümlerinin ihlali niteliğinde olduğunu ”³²⁶ belirtmiştir.*

Aynı şekilde; *“sanıkların sokakta vasıta içinde hoparlörle reklam yaparak romatizmadan tedavi olamayan binlerce vatandaşın bu bileziklerle iyi olacağını söylemekle bakır tel halkalarını satmalarının 1219 sayılı Kanun’un 25. maddesindeki suçun unsurlarını oluşturmadığını ”³²⁷ belirtmiştir.*

Bir kararında Yargıtay; *“Sanığın bel fıtığı, romatizmai migren gibi hastalıkların tedavisini bioenerji yoluyla yaptığı tedavide pomad ve krem kullandığı hususları kaydedilerek aile efradının beyanlarından da sanığın hasta tedavi ettiğinin öğrenildiği, zabıt mümzilerinin beyanları etraflı bir şekilde alınıp olay açıklığa kavuşturulduktan ve kastedilen aile fertleri de tespit olup dinlendikten sonra, dosya Yüksek Sağlık Şurası gönderilerek sanığın tedavi yönteminin 1219 sayılı Kanun 25. ve 1593 sayılı Kanun’un 10. maddeleri kapsamına göre sahte tabiplik yapma niteliğinde olup olmadığına dair rapor temin edilip sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini ”³²⁸ belirtmiştir.*

Suçun oluşabilmesi için, kişinin hastaları para karşılığı hekim gibi tedavi etmesi aranmamaktadır. Rica üzerine tedavi eden kişi de bu suç işlemiş olacaktır.

³²⁵ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 05.03.1998 tarih ve 1998/1655 Esas, 1998/1818 Karar sayılı kararı.

³²⁶ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 11.07.1990 tarih ve 1990/7160 Esas, 1990/7737 Karar sayılı kararı.

³²⁷ Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 18.12.1961 tarih ve 1961/23733 Esas, 1961/19762 Karar sayılı kararı.

³²⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 07.04.1999 tarih ve 1999/2704 Esas, 1999/3290 Karar sayılı kararı.

Yetkisiz geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları da işbu maddenin kapsamındadır.³²⁹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesinin 27.06.2019 tarih ve 2019/1012 Esas ve 2019/3382 Karar sayılı kararında bu husus “*Geleneksel Ve Tamamlayıcı Tıp Uygulama Yönetmeliğinin 8/a,b maddeleri gereğince sanık tarafından gerçekleştirilen ve hacamat ismi verilen tedavi işleminin sertifikalı olan sağlık mensuplarınca yapılabileceği, sanık tarafından gerek dosyada mevcut işleme ilişkin yapılan reklamlar gerekse tevilli ikrar karşısında tedavi niteliğindeki eylemin herhangi bir sertifikası olmadan gerçekleştirildiğinin açık oluşuna göre, yerel mahkemece suçun sübutunun kabulünde ve suç nitelendirmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.*” denilerek belirtilmiştir.

Burada geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarından bahisle mağdurun aldatılması ve böylelikle hukuka aykırı yararların elde edilmesi mümkündür. Örneğin; fail mağdura hacamat işlemi yapacağını ve dua okuyacağını belirterek müdahalede bulunabilir. Bu durumda dolandırıcılık suçunun nitelikli hali gerçekleşmekle beraber 1219 sayılı Kanun’un 25. maddesi de ihlal edilmektedir. İki suçun birbirinden bağımsız bir biçimde meydana gelmektedir. Bu nedenle aralarında bir içtimadan bahsedilemez. Failin her iki suç nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulması gerekir.³³⁰

Hekim olmayan ancak başka bir bilim dalında doktorası bulunan kişilerin isminin önünde Dr. kısaltmasını kullanması tabip unvanı takılmak olarak değerlendirilemez. Yargıtay bir kararında “*sanığın tıp mesleği ile ilgili olmaksızın savcılığa verdiği başkası tarafından müessir fiile maruz kalmasına ilişkin şikayet dilekçesinde isim ve soyadından önce Dr. unvanını yazması şeklindeki eyleminin 1219 sayılı Kanun’un 25. maddesindeki suçu oluşturmadığını, unsurları olduğu takdirde (eski) TCK’nın 528. maddesinin tatbik edilebileceğini*”³³¹ belirtmiştir.

Hekim olmayan kimsenin tıbbi müdahalesi neticesinde hasta üzerinde bir zarar meydana gelmişse Yargıtay failin her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Bu karara göre; “*1219 sayılı Yasa’nın 25. maddesi ile diplomasız*

³²⁹ Koç, Ziya, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ile Bu Uygulamaların Yetkisiz Personel Tarafından Yapılmasının 1319 Sayılı Kanun’un Ceza Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi”, 3. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C. 1, Ankara 2019, s. 1172.

³³⁰ Koç, s. 1175.

³³¹ Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 09.04.1991 tarih ve 1991/9460 Esas, 1991/4206 Karar sayılı kararı.

hasta tedavi etmek suç sayılmış -önceki- TCK'nın 459. maddesinde ise taksirle müessir file sebebiyet söz konusu edilmiştir 1219 sayılı Yasa, karayollarında otomobil kullanabilmek için trafik ehliyeti koşulunu öngeren 6085 sayılı Yasa gibi; diploma koşullarını öngörmüş, aksine davranışı suç saymıştır. (eski) TCK'nın 455 ve 459'uncu maddelerinde sözü edilen taksir ise failin kendisinden beklenilene aykırı olarak davranışının sonucunu öngörmemesi veya bunu göz önünde tutmamasıdır. Olayımızda hukuki konuları ayrı birbirinden bağımsız iki suç, başka bir deyişle iki ayrı eylem ve iki sonuç veya ihlal söz konusudur. Burada suçların içtimaından söz edilemez. Zira; ortada her biri bağımsızlığını koruyan ayrı iki suç vardır. Mücerret diplomasız hasta tedavi etmek taksirin unsuru değildir. Diplomasız olduğu halde tedavi eden kişinin dahi taksirli hareketi mümkündür. Bir rastlantı sonucu bu iki ayrı suçun bir arada bulunması, birinin bağımsızlığını kaybederek diğeriyle kaynaşmasına veya aralarında tek fiilden doğmuş olmaktan ileri gelen bir bağlantı kurulmasına neden olamaz” denmektedir.³³²

Bu suç tipi tehlike suçu niteliğinde olduğundan teşebbüs mümkün değildir.

Bu suç, zincirleme suç şeklinde işlenebilir. Aynı kişinin değişik zamanlarda yetkisiz kişi tarafından tedavi edilmesi halinde fail her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmayacak, zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Son olarak da belirtmek gerekir ki; Yargıtay'ın farklı zamanlarda vermiş olduğu kararlarda, 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca açılan ceza davalarında İl Sağlık Müdürlüğünün, Tabipler Odasının ve Türkiye Psikiyatri Derneğinin katılma hakkının bulunmadığına ve suçtan zarar gören olmadığına karar verilmiştir.

³³² Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.04.1982 tarih ve 1982/9-99 Esas, 1982/167 Karar sayılı kararı.



6. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLEN KABAHAHLER

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre; *“Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.”* Çalışmamızın bu bölümünde hekimler tarafından işlenebilecek veya hekimlik mesleğiyle doğrudan alakalı olan kabahatleri incelemeye çalışacağız.

6.1 Yetkisiz hekimlik kabahati

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 26. maddesine göre; *“Bu kanun hükümlerine göre hekimlik yapma yetkisi olmayan veya hekimlik yapmaktan yasaklanmış olan bir hekim, hekimlik yaptığı takdirde beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır.”*

Bu kabahat ile korunan hukuki yarar, kişi ve toplumun sağlığının korunmasıdır.³³³

Bu kabahat özgü kabahat niteliğindedir. Bu kabahatin faili, esasen hekim olup da 1219 sayılı Kanun hükümleri dolayısıyla hekimlik yetkisi bulunmayan veya bu Kanun'a göre hekimlik yetkisi olsa bile bu yetkisi kaldırılmış olan hekimlerdir

Hekimlik ancak; tıp eğitimi görmüş olsa bile, bu konuda yetkili olan ve yetkisi kaldırılmamış hekimler tarafından yapılabilir.³³⁴

Örneğin; diploması olmasına rağmen, 1219 sayılı Kanun'daki hükümleri yerine getirmeyen hekimler, diplomasını Bakanlığa onaylatmayan hekimler ve yabancı ülkelerde hekim olan kimseler bu suçun faili olabilir.

Yargıtay da bir kararında; *“Sanıklar Ahmet Mohammed Elsasayed ve Yasir Muhammed hakkında Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 07.07.2015 tarihinde düzenlenen iddianame ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 25. ve 5237 sayılı TCK'nın 53. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları istemiyle dava açıldığı, Küçükçekmece 8. Asliye Ceza Mahkemesince, sanık Ahmet Mohammed'in doktor olduğu ve sanık Yasir Muhammed'in ise dış hekim olduğu kabul edilerek, sanık Ahmet'in Türkiye'de hekimlik hizmeti verebilmesi için 1219 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca izin alması gerektiği halde bu izin alınmaksızın faaliyet gösterdiği gerekçesiyle aynı Kanun'un 26. maddesi uyarınca 801,00 Türk Lirası, sanık Yasin'in ise izin almadan dış hekimliği icra etmesi nedeniyle yine aynı Kanun'un 42. maddesi uyarınca 801,00 Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.”* şeklinde bir karar vermiştir.³³⁵

Yabancı hekimler eğer Türkiye'de yetkilendirilmiş iseler artık bu kabahatin faili olamazlar. Her ne kadar 1219 sayılı Kanun Tabipler Birliğine kayıt olmayı şart olarak koysa da bu şartı yerine getirmeyen hekimler bu kabahati işlemiş olmazlar. Zira; bu şart

³³³ Hakeri, 2020, s. 1437.

³³⁴ Hakeri, 2020, s. 1437.

³³⁵ Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 26.03.2018 tarih ve 2017/3045 Esas, 2018/3417 Karar sayılı kararı.

Türk Tabipler Birliği Kanunu'nda aranmaktadır. Buna karşın 1219 sayılı Kanun'da düzenlenen bu Kanun'a aykırı olarak hekimlik yapmanın hangi yaptırımlara bağladığıdır.³³⁶

Kanun metninde yer alan “*her ne suretle olursa olsun*” ifadesinin bir sonucu olarak disiplin yaptırımı ile hekimlik yapması yasaklanan kişiler de bu madde kapsamında kabul edilecektir. Aynı şekilde bir mahkeme kararı ile hükmedilen yasaklar da bu maddenin kapsamına girecektir.

Kabahatin fiilini, yetkisi olmadığı halde hekimlik icra etmek oluşturmaktadır. Hekimlik icra etme kavramı geniş anlaşılmalı; sadece tedavi değil, teşhis ve diğer tıbbi müdahaleler de bu kapsamda kabul edilmelidir.

Kabahat serbest hareketli bir kabahat olup hekimlik yapılması kavramı içerisine giren her fiil bu suçun oluşmasına vücut verecektir.

Kabahat neticeli kabahatlerden olmayıp bir tehlike kabahati niteliğindedir. Yani kanun metninde yer alan eylemin gerçekleştirilmesi ile beraber herhangi bir zararın oluşup oluşmadığına bakılmaksızın kabahat vuku bulacaktır.

Kabahat neticesi harekete bitişik kabahatlerden olup bu yönüyle bu kabahate teşebbüs mümkün değildir.

Bu kabahatin zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkündür

6.2 Bazı normlara aykırılık kabahati

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 27. maddesine göre; “5, 6, 10, 12, 15, 23 ve 24. maddeler ahkamına riayet etmeyen tabipler ... idari para cezası ile cezalandırılır.”

Madde metninde geçen ve aykırılığı kabahat teşkil eden düzenlemeler şunlardır:

5. maddede muayenehane açmak veya evinde muayenehane kurmak suretiyle çalışmak isteyen hekimin, hasta kabulüne başlamasından itibaren en geç bir hafta içinde en büyük sıhhiye memuruna kayıt yaptırması ve muayenehanenin nakli halinde 24 saat önceden bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.³³⁷

³³⁶ Bayraktar, 1972, s. 227.

³³⁷ Hakeri, 2020, s. 1439.

6. maddede hekimin çalıştığı yeri terk etmesi veya mesleği bırakması halinde durumu en az 24 saat öncesinden bildirilmesi ve kaydına işaret ettirmesi yükümlülüğü getirilmiştir.³³⁸

10. maddede öğretmen, öğretim üyesi vb. sıfatları olmayan veya uzmanlığı bulunmayan bir hekimin bu unvanları kullanması yasaklanmıştır.³³⁹

12 maddede hekimin bizzat dükkan ve mağaza açarak ticaret yapması ve ikametgahı dışında birkaç yerde muayenehane açmasını yasaklanmaktadır.³⁴⁰

15. maddede Tabip Odasına üye olma zorunluluğu öngörülmektedir.³⁴¹

23. maddede zorunlu ve acil haller dışında genel veya lokal anestezi ile yapılan büyük cerrahi müdahalelerin bir hekimle beraber bir uzman hekim tarafından yapılması gerektiği öngörülmüştür.³⁴²

24. maddede de hekimler bakımından bir reklam yasağı öngörülmüştür.³⁴³

1219 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre; *“Yukarıda sayılı hükümlere aykırı davranan tabipler ... idari para cezası ile cezalandırılır.”*

6.3 Yetkisiz diş hekimliği yapma kabahati

1219 sayılı Kanun'un 29. maddesine göre; *“Diş tabibi, insan sağlığına ilişkin olarak, dişlerin, diş etlerinin ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan ağız ve çene dokularının sağlığının korunması, hastalıklarının ve düzensizliklerinin teşhisi ve tedavisi ve rehabilite edilmesi ile ilgili her türlü mesleki faaliyeti icra etmeye yetkilidir.”*

Kanun'un 41. maddesine göre; *“Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, diş hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.”*

³³⁸ Hakeri, 2020, s. 1439.

³³⁹ Hakeri, 2020, s. 1439.

³⁴⁰ Hakeri, 2020, s. 1439.

³⁴¹ Hakeri, 2020, s. 1439.

³⁴² Hakeri, 2020, s. 1439.

³⁴³ Hakeri, 2020, s. 1439.

Kanun'un 42. maddesine göre; *“Bu Kanun’un ahkamına tevfikân icrayı sanata salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip veya dış tabibi veyahut dişçi, dişçilik sanatını icra ederse beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”*

Kanun'un 46. maddesine göre; *“Diş tabipleri ve dişçilerin muayenehanelerinde çalışan ve dişçilik etmek salahiyeti olmayan eşhasın hastalara tedavi tatbik etmesi ve sair suretlerle müdahale yapması memnudur. Muayenehanelerinde bu gibi salahiyetsiz kimselerin dişçilik sanatını icra etmesine müsaade eyliyen diş tabipleri ve dişçiler hakkında "44" üncü madde ahkâmı tatbik edilir.”* -yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar-

Kanun'un Ek 7. maddesine göre; *“Diş protez teknikerleri; sahip oldukları diploma veya belgelerin hak kazandırdığı unvanlardan başkalarını kullanamazlar, hastalarla doğrudan doğruya meslekî ilişkiye giremezler, laboratuvarlarında münhasıran diş hekimliği mesleğini icra etmekte kullanılan araç ve gereçleri bulunduramazlar, ek 4 üncü maddenin belirlediği sınırlar dışında herhangi bir çalışma yapamazlar, tavsiyede bulunamazlar. Yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareket eden diş protez teknisyenleri 41. madde hükümlerine göre cezalandırılır.”*

Yargıtay bir kararında “Anılan kanunun 41. maddesindeki suçun oluşabilmesi için diplomasız herhangi bir kişinin muayene etmesi, müdahale yapması veya diş hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açması gerekir. Ek 7. maddedeki suçun oluşması için kişinin diş protez teknisyeni olması, hastalarla doğrudan mesleki ilişkiye girmesi veya iş yerinde münhasıran diş hekimliği ile ilgili malzemeleri bulundurması şeklindeki seçimlik hareketlerinden en az birini gerçekleştirmesi gerekir.³⁴⁴ diyerek bu durumu açıklamıştır.

Bu kabahat bakımından korunan hukuki yarar kamunun sağlığıdır.

Bu kabahatler bakımından fail yetkisi olmadığı halde kanun maddelerinde yazılı eylemleri gerçekleştiren kimselerdir.

Kanun maddelerinde yazılı eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde kabahat oluşacaktır. Bu yönüyle kabahat neticeli kabahatlerden olmayıp tehlike kabahati niteliğindedir.

³⁴⁴ Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 04.05.2016 tarih ve 2016/12685 Esas, 2016/17497 Karar sayılı kararı.

Protez yapmak da dişçilik sanatı içinde kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bir kararında; *“Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair 1219 sayılı Kanun’un 29. maddesi “dişçilik sanatı dişlerin ve diş etleri ile esmanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliye icrasına münhasırdır.” hükmü ile aynı Kanun’un 41. maddesi “Diplomasız veya ruhsatnamesiz olarak ceri menfaat olmasa dahi dişçilik sanatını yapan, herhangi suretle olursa olsun diş tedavisi ve dişe ait müdahaleleri icra eden kimsenin icrayı sanatına mümanaat edilmekle beraber cezalandırılır.” hükmünü getirmiş bulunmasına, Yüksek Sağlık Şurasının 13.05.1958 gün ve 1888 sayılı kararı ile protez yapmanın dişçilik sanatın mefhumuna girdiğinin kabul edilmesine ve geniş açıklaması ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 13.09.1954 gün ve 3-49 Esas ve 19 Karar sayılı kararıyla da bir dişçi tarafından dişin tedavisi çekilmesi vs. gibi ameliyatlar sırasında kullanılan aletlerin zor alımının gerektiğine karar verilmiş bulunmasına, sanığın diplomasız ve ruhsatsız olarak özel muayenehanesinde protez yapmakta olduğunu ikrar ettiğinin anlaşılmasına, şahitlerin de sanığın dişlerini çekerek protez yaptığına şهادette bulunmalarına göre, itirazın kabulü ile mahalli mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.”* diyerek bu hususu açıkça vurgulamıştır.³⁴⁵

Yargıtay’a göre mağdurun ayrı ayrı dişlerinin çekilmesi ve ağızda tedavi yapılması eylemleri iki ayrı suç oluşturacaktır.³⁴⁶ Aynı şekilde üç ayrı şahsın dişlerinin tedavi edilmiş olması durumunda her şahsa karşı işlenilen fiil ayrı bir suç teşkil edecektir.³⁴⁷

6.4 Sağlık meslek mensubu gibi çalışmak veya unvanı takınmak kabahati

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un Ek 13. maddesine göre; *“Diploması veya meslek belgesi olmadan bu maddede tanımlanan meslek*

³⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.05.1977 tarih ve 1977/209 Esas, 1977/236 Karar sayılı kararı.

³⁴⁶ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 21.11.1997 tarih ve 1997/9005 Esas, 1997/9394 Karar sayılı kararı.

³⁴⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 18.10.1973 tarih ve 1973/10485 Esas, 1973/10604 Karar sayılı kararı.

mensuplarının yetkisinde olan bir işi yapan veya bu unvanı takınanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikiyüz günden beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Hükümde bahsi geçen bu maddede tanımlanan meslek mensupları maddenin önceki fıkralarında tek tek sayılmıştır.

Bu bağlamda; *klirik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, petolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeninin yetkisinde olan bir işin yapılması veya bu unvanların takınması bu kabahati oluşturacaktır.*

6.5 Hastanın rızası olmaksızın bir müdahale yapmak kabahati

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesine göre; *“Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.”*

Madde her türlü tıbbi müdahale bakımından rıza alınması şartını getirmektedir. Bu bağlamda her türlü tıbbi müdahale geçmiş olarak yorumlanmalı ve dolayısıyla hastanın muayenesi ve tedavisi için de rıza alınması gerekmektedir.³⁴⁸

Bu kabahat seçimlik hareketli bir kabahattir. Madde metninde rızanın alınmaması veya yazılı rızanın alınmaması şeklinde seçimlik hareketler sayılmıştır.³⁴⁹

³⁴⁸ Hakeri, 2020, s. 1443.

³⁴⁹ Bayraktar, 1972, s. 239.

Madde kapsamına göre büyük ameliyatlar bakımından rızanın alınması yeterli olmayıp rızanın yazılı olarak alınması gerekmektedir. Yani; büyük ameliyatlarda rıza alınmış olsa dahi, eğer rıza yazılı değilse yine bu kabahat oluşacaktır.

Bu kabahat neticesi harekete bitişik bir kabahattir. Bu sebeple bu kabahata teşebbüs mümkün değildir.

Bu kabahat hem kasten hem de taksirle işlenebilir.

Veli veya vasi olmadığı veya bulunmadığı veya hastanın rıza beyan edecek durumda olmadığı durumlarda, hastaya acil tıbbi müdahalede bulunulması gerekiyorsa bu durumda varsayılan rızanın olduğundan bahisle müdahale olanağı vardır.

Son olarak da belirtmek gerekir ki; bu hüküm bir tali norm niteliğinde olup hekimin rıza almaksızın yapmış olduğu tıbbi müdahale, yaralama veya öldürme gibi suçları oluşturmadığı durumlarda bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık; eylem esasen yaralama veya öldürme suçlarından birini oluşturuyorsa artık bu kabahatten dolayı ceza verilemeyecektir.³⁵⁰

³⁵⁰ Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s. 42.

7. SONUÇ

Hekimlik doğası gereği yüksek riskli bir meslek olup çalışma alanı doğrudan insan vücududur. Hekimler mesleklerini insan bedeni üzerinde icra etmektedir. Yaptıkları müdahalelerin kesin olarak olumlu sonuç vereceğinden bahsetmek de mümkün değildir. Bu sebeple hekimliğin bünyesinde yüksek risk barındıran bir meslek olduğu her türlü izahtan varestedir.

Hiçbir hekim uygulayacağı tedavi neticesinde hastanın iyileşeceğinin veya tedavinin olumlu sonuçlar vereceğinin garantisini veremez. Tıbbi müdahaleler doğası gereği öngörülemezdir. Bir tıbbi müdahale neticesinde her türlü olumsuz netice ortaya çıkabilir. En ufak bir hata dahi telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabilir. Burada üzerinde durulması gereken asıl konu tıbbi müdahalenin olumsuz neticelenmesi halinde, hekimin sorumluluğunun nasıl olacağı ve bu sorumluluğun tespitinden sonra hekimin nasıl bir yaptırımla karşı karşıya kalacağıdır.

Çok doğaldır ki; ortaya çıkan her olumsuz netice hekime sorumluluk olarak yüklenemeyecektir. İşte bu dengeyi sağlayabilmek; yani tıbbi müdahalenin olumsuz neticelenmesi halinde hangi durumlarda hekimin sorumluluğunun doğacağı, hangi durumlarda hekimin sorumluluğunun olmayacağını belirleyebilmek asıl meseledir. Üzerinde durulması gereken nokta, hekimin mesleğini icra ederken dikkat ve özen yükümlülüğüne azami seviyede dikkat edip etmediğidir. Hekim tıbbi müdahalede bulunurken mevzuatın kendisine yüklediği ve evrensel meslek kurallarının belirlediği doğrultuda hareket ederek kendisini bu ağır sorumluluktan kurtarabilecektir.

Hekim kendisine yüklenmiş yükümlülüklerle aykırı hareket ederek hatalı bir tıbbi müdahalede bulunursa hukuki, idari, mesleki etik ve cezai birçok yaptırımla karşı karşıya kalacak ve sorumluluğu doğacaktır. Bu bağlamda hekimlerin mesleklerini icra ederken karşı karşıya kalabileceği ve neticesi itibarıyla en ağır sonuçlara neden olacak sorumluluk türü cezai sorumluluktur.

Bu durumda karşımıza çıkan en önemli sorun hekimlerin bir suç bakımından fail olması durumunda değerlendirmenin neye göre yapılacağı ve bunun sonucunda hekimlerin sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Muhakkak ki, hekimler bir suçun faili olduklarında

özellik arz eden ve genel görünümünden farklılık gösteren durumlar ortaya çıkacaktır. Suçun genel görünümünden farklı durumların ortaya çıkması yapılacak değerlendirmenin de farklı olmasını zorunlu kılmaktadır. Aksinin kabulü ceza yargılamasının temel amacı olan adaletin gerçekleştirilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlarının gerçekleşmesine engel olacaktır.

Hekimlerin faili olduğu suç tiplerinde baktığımızda; hekimlik mesleğinin doğası gereği ayrıksı bir değerlendirmenin yapılması gerektiği tartışmasıdır. Zira; bünyesinde ciddi bir risk taşıyan bu meslekte sorumluluk kurallarını genel suç tipinde olduğu gibi belirlemek uygun olmayacaktır. Uygulamada tartışmalı olan birçok husus mevcuttur ve bu hususlara dair çok farklı yaklaşımların olduğu söylenebilir. Bu bağlamda; hekimin suçun faili olması durumunda sorumluluk/yaptırım dengesi oldukça farklılaşacaktır. Bu durumda hekimin sorumluluğu ve suç neticesinde uygulanacak yaptırım konusunda hassas bir denge gözetmek gerektirecektir. Bu denge gözetilirken de özellikle uygulamada tartışmalı olan hususların açığa kavuşturulması ve ortak bir görüş ortaya konulması elzemdir. Böylece hekimler mesleklerini icra ederken yapacakları bir hatada neyle karşı karşıya kalacaklarını öngerebileceklerdir. Aksi durum gerek hekimlerin öngörülemez bu hukuki durum karşısında savunmacı bir tavra yönelmelerine gerekse de hastaların sağlık hizmetlerinden olan beklentisinin tam olarak karşılanmamasına sebep olacaktır.

Kanımızca burada yapılması gereken şey; öncelikle, tartışmalı ve muğlak alanları tespit ederek netliğe kavuşturmak olacaktır. Bu düzenlemeler yapılırken de hekimlik mesleğinin kendine özel şartları göz önünde bulundurulmalı, sorumluluk/yaptırım dengesi buna paralel belirlenmelidir. Ayrıca; hekimlerin savunmacı bir tavırdan uzaklaşmaları için sorumlulukları, görev ve yetkileri göz önünde bulundurularak düzenlenmelidir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; tıp hukuku ve tıp hukuku özelinde tıp ceza hukuku gerek ülkemizde gerekse tüm dünyada sağlık alanındaki gelişmelere paralel olarak daha yeni yeni kurumsallaşmaya başlayan bir alandır. Bu sebeple mevzuatta düzenleme alanı bulunmamış birçok husus mevcuttur. Bu boşluklar yargı kararlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak; yargı kararlarının da kendi içerisinde tutarlı olduğu söylenemez. Aynı konuda farklı tarihlerde, farklı mahkemelerden birbiriyle çelişen kararlar çıkmaktadır. Her ne kadar her olayı kendi şartları içerisinde değerlendirmek gerekse de, genel olarak

hekimlerin suçun faili olduğu durumlarda genel bir çerçeve ortaya koymak ceza hukukunun evrensel ilkelerinin gerçekleşmesini de sağlayacaktır. Neticede; hekimlerin cezai sorumluluklarının diğeri insanlardan farklı değerlendirilmesi gerektiğı görüşü kabul görse de henüz herkesçe kabul görmüş bir sistem mevcut değildir. Hekimlerin suç oluşturan eylemlerinin bu mesleğin kendi özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirmesi ve sorumluluklarının da bu bağlamda belirlenmesi hem adalet duygusunun gelişmesini sağlayacak hem de hekimlerin mesleklerini daha iyi icra edebilmelerinin önünü açacaktır.



KAYNAKÇA

Akbulut, Emre, “İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu”, TBB Dergisi, 2006 (66), ss. 183-224.

Altındağ, Halil, “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesine İlişkin 6698 sayılı Kanun’daki Hükümlerin Avrupa Birliği Mevzuatı ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, ss. 621-624.

Atlan, Hülya, “Beden Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, AÜHFD, 2016/65 (4), ss. 2659-2983.

Artuk, M. Emin, “Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 449-481.

Artuk, M. Emin, A. Caner **Yenidünya**, “Ötanazi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, ss. 217-319.

Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992.

Avcı, Mustafa, “Türk Hukukunda Hekimin İrtikap Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 464-499.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara 1991.

Aydın, Erdem, “Hekimin Sır Saklama ve İhbar Yükümlülüğü”, Hacettepe Üniversitesi Katkı Pediatri Dergisi, 2002/22 (3) ss. 54-67.

Aydın, Murat Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008.

Aydın, Nizamettin, “Tıp Ceza Hukukunda Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)”, SÜHFD, 2013/21 (2) ss.23-46.

Bayındır, Sinan, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, MÜHF-HAD, 2018/24 (1), ss. 77-121.

Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Bilgen, Nur, “Adli Tıp Açısından Tıbbi Uygulama Hataları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005 (5) , ss. 38-42.

Büyükcay, Yusuf, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, AÜEHFD, 2004/8 (1-2) ss. 370-392.

Can, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, ABD, 2015 (1), ss. 81-104.

Çağlayan, Ramazan, “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss. 95-110.

Çetin, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul 2006, ss. 31-42.

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

Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, AÜHFD, 2008/57 (3), ss. 225-252.

Demirbaş, Timur, Türk Ceza Kanunu'nda Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Cürümleri, Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987, ss. 743-774.

Doğramacı, Y. Gökhan, “Hekimlik Uygulamaları Açısından Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla İşlenmesi Suçu”, TıpHD, 2015 (7), ss 111-132.

Donay, Süheyl, Meslek Sırrın Açıklanması Suçu, İstanbul 1978.

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (16. Baskı), İstanbul 2001.

Dülger, İbrahim, “Genital Muayene Suçu, (TCK m. 287)”, ErcÜHFD, 2008/3 (2) ss. 45-70.

Erbaş, Rahime, “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu, (TCK 210/2)”, İÜHFM 2013/51 (1), ss. 329-351.

Erem, Faruk, vd., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

Erman, Sahir, R. Murat **Önok**, Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.

Ersoy, Yüksel, “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları”, TBB Dergisi, 2004 (53) ss. 161-190.

Esin, Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara 1973.

Gökçen, Ahmet, Murat **Balcı**, “Kasten Öldürme Suçu”, MÜHF-HAD, 17 (1-2), ss. 95-218.

Gökçen, Ahmet, Murat **Balcı**, “Organ ve Doku Ticareti Suçları”, MÜHF-HAD, 2013/19 (2), ss. 111-149.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, (14. Baskı), Ekin Yayınevi, Bursa 2017.

Gürelİ, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, İÜHFM, 1979, 1980, 1981, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. 45-47, s. 1-4.

GürCan, E. Genç, “Ötanazi-Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, AÜHFD, 2011/60 (2), ss. 255-280.

Güzeldemir, M. Erdal, Hasta Bilgilendirmenin Önemi, Aydınlatılmış Onam, Konya-Karaman Tabip Odası Yayını, Konya 2006, ss. 9-54.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, (20. baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Hancı, Hamit, Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu), (2. Baskı), Ankara 2005.

Hatemi, Hüseyin, “Özel Hasta Gruplarının Hakları”, Sağlık Hakkı, 2006 (1), Ankara.

Işık, Barış, “Mağduru Olduğu Bir Suç Sonucu Gebe Kalan Kadının Çocuğunun Düşürülmesi Suçu (TCK m. 99/6)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2015/3 (2), ss. 25-55.

İçel, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

İpekyüz, F. Yavuz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, DÜHFD, 2015/20 (33), ss. 19-61.

Kahraman, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İHM, 2016/7 (1), 462-493.

Kanbur, M. Nihat, “Genital Muayene Suçu, (Türk Ceza Kanunu md. 287)”, Ceza Hukuku Dergisi, 2011, ss. 18-34.

Kanbur, M. Nihat, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 2008, ss. 1229-1258.

Kangal, T. Zeynel, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlarda Objektif ve Subjektif İsnadiyet, İstanbul 2013.

Keskin, O. Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994.

Kızılarıslan, Hakan, Ceza Mahkemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, (1. Baskı), Ankara 2007.

Kızılyel, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008, ss. 203-240.

Koca, Mahmut, “Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu (TCK m. 231)”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 501-532.

Koca, Mahmut, İlhan **Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Koca, Mahmut, İlhan **Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (7. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Koca, M. Reis, “İrtikap Suçu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015 (6), ss. 247-279.

Koç, Sermet, “Adli Tıbbi Açıdan Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul 2014.

Kolcu, Selahattin, “TCK'da Suçu Bildirmemesi Suçu”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2014.

Koç, Ziya, “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları ile Bu Uygulamaların Yetkisiz Personel Tarafından Yapılmasının 1319 Sayılı Kanun’un Ceza Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi”, 3. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, C. 1, Ankara 2019, ss. 1155-1183.

Korkusuz, M. Halit, “Sorumluluk Hukuku Kapsamında Hekimin Hukuksal Sorumluluğu”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, ss. 99-111.

Meram, Necati, Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara 2006.

Ozansü, M. Cemil, “Kısırlaştırma Suçu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 1284-1294.

Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

Özbek, V. Özer, M. Nihat **Kanbur**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, C. 2, Madde 76-169, Ankara 2008.

Özçetin, Selvi, Murat **Balaban**, Sağlık Hukuku, Bizim Akademi Yayınları, Ankara 2013.

Özen, Mustafa, Ceza Hukuku, Özel Hükümler Dersleri, (2. Baskı), Ankara 2017.

Özen, Mustafa, İrtikap ve Rüşvet Suçları, Ankara 2010.

Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (16. Bası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Öztürk, Bahri, “Ötenazi”, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 104-108.

Tekin, Nurullah, “Türk Ceza Kanunu'na Göre Doktorların Sorumlulukları”, Adalet Dergisi, 2009, ss. 177-196.

Tezcan, Durmuş, vd., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (12. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Tezcan, Durmuş, Ceza Özel Hukuku, (15. Baskı), Ankara 2017.

Toroslu, Haluk, “Bilinçli Taksir Üzerine Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 2016 (126), ss. 95-122.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, (3. Baskı), Ankara 2005.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, (5. Baskı), Ankara 2005.

Soyaslan, Doğan, Organ Nakilleri, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, ss. 123-139.

Şatır, Necdet, Emsal Kararları Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu-Yargıtay ve Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Şen, Ersan, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, 5. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, ss. 588-646..

Ünver, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, ss. 150-183.

Ünver, Yener, “Kısırlaştırma Suçu”, TıpHD, 2012/1 (1), ss. 19-42.

Ünver, Yener, “Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun”, Uluslararası Katılımlı Bir Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul 2005, ss. 86-118.

Üzülmez, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu (m. 250)”, SÜHFD, 2006/14 (2), ss. 273-298.

Yenisey, Feridun, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, 2016/3 (2), ss. 309-321.

Yılmaz, S. Sanem, “Tıp Alanında Kişisel Verilen Açıklanması Suçu”, 2. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı, Ankara 2018, ss. 687-708.

Yokuş, S. Handan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu, (TCK m. 257)”, DÜHFD, 2018/23 (39), ss. 257-316.