

T.C
İZMİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
SAĞLIK HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HEKİMİN SORUMLULUĞU VE BU KAPSAMDA VAKIF ÜNİVERSİTE
HASTANELERİNDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DURUMU

Aykut Cemil AYKIN

DANIŞMAN
Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

İZMİR - 2015

TEZ ONAY SAYFASI

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi / Projesi olarak sunduğum
“.....”
.....”

adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

DECLARATION

I hereby declare that this master's thesis / project titled as
“.....” has
been written by myself in accordance with the academic rules and ethical conduct. I
also declare that all materials benefited in this thesis consist of the mentioned
resources in the reference list. I verify all these with my honour.

Date
.../.../.....

ÖZET
HEKİMİN SORUMLULUĞU VE BU KAPSAMDA VAKIF ÜNİVERSİTE
HASTANELERİNDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DURUMU
Aykut Cemil AYKIN

Hekimlik, dünyanın en eski mesleklerinden biridir. Sağlık hizmetlerinin tarihi ise, sağlığı bozulan bir insana yardım eden ilk insana kadar uzanmaktadır. Yardım eden bu ilk insan, ilk hekim olduğu kadar aynı zamanda ilk sağlık hizmeti sunucusudur. İnsanlığın bilebildiğimiz uzun öyküsünde, bugün anladığımız anlamda sağlık hizmeti çok kısa ve yakın bir zaman diliminde ortaya çıkmıştır. Yüz yıllarca toplumları yöneten egemenler, sağlık hizmetini toplum için bir hak olarak görmemişler, bu hizmetten dolayı bir sorumluluk duymamışlardır. Ancak, özellikle 1789 Büyük Fransız Devrimi sonrası gelişmeye başlayan İnsan Hakları kavramı ile birlikte büyük toplumsal mücadeleler, sınıf savaşları yaşanmış ve Sosyal Devlet kavramına ulaşılabilmiştir.

Yirminci yüz yılda yaşanan iki büyük savaş ve yoğun insan hakları ihlalleri sonrası İnsan Hakları kavramı daha da geliştirilmiş ve Sağlık Hakkı, Hasta Hakları gibi yeni kuşak haklar ortaya çıkmıştır. Bu kavramlara paralel olarak gelişen bir diğer kavram ise hekimin ve sağlık personelinin sorumluluğu kavramıdır. Uzun asırlar boyunca hekimler tanrısal veya yarı tanrısal konumda iken, gelişen insan hakları, sosyal devlet ve hukukun üstünlüğü kavramları karşısında bu konumlarını kaybetmişler, hesap sorulabilir konuma gelmişlerdir. Bu kapsamda hekimin sorumluluğu kavramının içeriği giderek genişlemiştir. Ülkemizde hekimler ve sağlık çalışanlarının çoğu farkında olmasa da, bu konuda özellikle son 15 yılda ciddi mevzuat değişiklikleri yapılmıştır.

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasa'sı ile ülkemizde Vakıf Üniversitelerinin kurulmasının anayasal dayanağı konulmuştur. Bu üniversiteler özellikle son 20 yılda hızla artmış ve bunu takiben çok sayıda Vakıf Üniversitesi Hastanesi açılmıştır. Bu hızlı gelişime rağmen, anayasal düzenleme dışında bu üniversiteler, çalışan personelleri ve yine bu üniversitelerde çalışan sağlık personeli ile ilgili ayrıntılı yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Bu nedenle uygulamada bu personelin hukuki statüsü ile ilgili bir çok sorun yaşanmış, bu sorunlar çoğunlukla yargı kararları ile

özmlenmiştir. Ancak hala sorunlu olan alanlar bulunmaktadır. Özellikle bu üniversitelerde çalışan ğretim elemanları ve hekimlerin ceza soruşturması usulü bu sorunlu alanların en çarpıcı noktalarından biridir.

Bu alışmamızda, genel anlamda hekimin sorumluluğu kavramını incelerken, ülkemizdeki değişik sektörlerdeki hekimlerin sorumlulukları incelenmiş, özel olarak ise Vakıf Üniversitesi Hastanelerinde alışan hekimler ve sağlık personelinin durumu tartışılmıştır.

Anahtar Szckler: Hekimin sorumluluğu, vakıf niversitesi hastanesi, malpraktis .

ABSTRACT
THE PHYSICIAN’S RESPONSIBILITY AND THE STATE OF PHYSICIANS
IN FOUNDATION SUPPORTED UNIVERSITY HOSPITALS WITHIN THIS
SCOPE

Aykut Cemil AYKIN

Practicing medicine is one of the oldest professions in the world. The history of medical services however, dates back to the first person to aid a human in medical need. This first person who aided, is both the first physician and the first health service provider. In the known history of mankind, health service as we understand today, has only emerged in the brief and recent period. For many centuries, the leaders of the civilizations did not consider medical services as a right for people and did not have the responsibility to provide medical services. On the other hand, especially after the development of the Human Rights concept sparked by the French Revolution of 1798, great social struggles and social class conflicts led to the Social Government principles.

After the two great wars and intense violations of human rights in the twentieth century, the concept of Human Rights have been developed further and a new generation of rights such as Right to Health and Patient Rights has emerged. Another concept that has evolved parallel to these is the notion concerning the responsibility of the physician and the medical personnel. The physicians lost their status as divine or godlike with the development of concepts like human rights, social government and rule of law and they became accountable for their practices. In this context, the content of physician’s responsibility notion has kept expanding. In Turkey, even though many of the physicians and health care workers are unaware, there has been significant legislative changes regarding these topics, especially in the last 15 years.

With the 1982 Constitution, that is still in effect, a constitutional base has been founded to establish Foundation Supported Universities (FSU) in Turkey. Especially in the last 20 years, the number of these universities has expanded rapidly, resulting in foundations of many FSU Hospitals. Even with the increasing numbers, the detailed legal regulations concerning these universities, their personnel and the

medical staff in these universities has not been made, apart from the constitutional regulations. For this reason, there has been many conflicts regarding the legal status of these personnel and most of these conflicts had to be solved in the court. However, there are still aspects that remain problematic. Especially the procedures of criminal investigations concerning the teaching staff and the physicians in FSU is one of the most striking of these problematic aspects.

In this work, while we analyze the general notion of the physician's responsibility, we investigate the responsibilities of physicians from different sectors in Turkey and focus the argumentation on the physicians and medical staff working in FSU Hospitals.

Keywords: Physician's responsibility, Foundation supported university hospital, malpractice.

**HEKİMİN SORUMLULUĞU VE BU KAPSAMDA VAKIF ÜNİVERSİTE
HASTANELERİNDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DURUMU**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ.....	iii
DECLARATION.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xv
TABLOLAR LİSTESİ.....	xvi
ŞEKİLLER LİSTESİ	xvii
GİRİŞ.....	1

**BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL BİLGİLER**

1.1. DÜNYADA ÜNİVERSİTELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	5
1.2. TÜRKİYE'DE ÜNİVERSİTELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	13
1.3. VAKIF KAVRAMI VE TARİHÇESİ.....	20
1.4. TÜRK HUKUKUNDA VAKIFLARIN YERİ.....	24
1.5. TÜRKİYE'DE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNİN GELİŞİMİ.....	27
1.6. TÜRKİYE'DE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNİN ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI.....	30

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

2.1. GENEL OLARAK	33
2.2. HUKUKİ SORUMLULUK TÜRLERİ.....	38
2.2.1. Kusur Sorumluluğu	38
2.2.2. Kusursuz Sorumluluk	39
2.3. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI.....	40
2.3.1. Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişilerce Yapılması ...	44
2.3.2. Tıbbi Gereklilik (Endikasyon)	48
2.3.3. Aydınlatma ve Rıza	50
2.3.3.1. Aydınlatma Yükümlüsü	62
2.3.3.2. Aydınlatılacak Kişi	65
2.3.3.3. Aydınlatmanın Kapsamı ve Yasal Dayanakları	68
2.3.3.4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli ve Sınırları	73
2.3.3.5. Aydınlatma Zamanı	84
2.3.3.6. Aydınlatmanın Türleri	87
2.3.3.6.1 Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması	87
2.3.3.6.2 Otonomi (Karar) Aydınlatması	88
2.3.3.6.2.1 Teşhis Aydınlatması	89
2.3.3.6.2.2. Süreç Aydınlatması	92
2.3.3.6.2.3. Risk Aydınlatması	93
2.3.3.7. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller	94
2.3.3.8. Rıza Ehliyeti (İzin Verme Yetkisi)	98
2.3.3.9. Rızanın Kapsamı ve sınırları	101
2.3.3.10.Rızanın Alınma Zamanı ve Şekli	104
2.3.3.11.Rıza Aranmayan Haller	106
2.3.3.12.Rızanın Geçersizliği	110
2.3.3.13.Rızanın Geri Alınması	111
2.3.3.14.Aydınlatma ve Rıza Konusunda Hekimlerin Bilgi Düzeyleri.....	113
2.3.4. Tıp Biliminin Verilerine Uygun Tıbbi Müdahale	114
2.4. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) VE KOMPLİKASYON.	117

2.4.1. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)	118
2.4.2. Malpraktis	124
2.5. HASTA VE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ....	134
2.5.1. Özel sektörde çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları	135
2.5.1.1. Haksız Fiil	137
2.5.1.1.1. Fiil (Davranış, Hareket, Eylem)	145
2.5.1.1.2. Hukuka Aykırılık	145
2.5.1.1.3. Zarar	146
2.5.1.1.4. Nedensellik (İllyet) Bağı	146
2.5.1.1.5. Kusur	147
2.5.1.2. Vekalet Sözleşmesi	149
2.5.1.2.1. Serbest Çalışan Hekim	159
2.5.1.2.2. Özel Hastanede Çalışan Hekim	162
2.5.1.3. Eser Sözleşmesi	172
2.5.1.4. Vekaletsiz İş görme	181
2.5.1.5. Özel sektörde çalışan hekimlerin yargılanması ve yargı yeri.....	185
2.5.1.5.1. Maddi Zarar	187
2.5.1.5.2. Manevi Zarar	188
2.5.2. Kamuda çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları	190
2.5.2.1. İdarenin Sorumluluğu	190
2.5.2.2. Hizmet Kusuru	194
2.5.2.2.1. Hizmetin Kötü İşlemesi	196
2.5.2.2.2. Hizmetin Geç İşlemesi	198
2.5.2.2.3. Hizmetin Hiç İşlememesi	199
2.5.2.3. Kamuda çalışan hekimlerin yargılanması ve yargı yeri	200
2.5.2.4. Rücu davaları	210
2.5.3. Vakıf Üniversitelerinde çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları ..	216
2.5.3.1. Türkiye'de Vakıfların Hukuki Statüsü	216
2.5.3.2. Vakıf Üniversitelerinin Hukuki Statüsü	219
2.5.3.3. Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Hekimlerin Yargılanmaları ve Yargı Yeri	229

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLERİN CEZAI SORUMLULUKLARI

3.1. SUÇUN UNSURLARI	241
3.1.1. Tipiklik (Kanunilik)	241
3.1.2. Suçun Maddi Unsuru	242
3.1.2.1. Fail	242
3.1.2.2. Hareket (davranış, fiil)	243
3.1.2.3. Mağdur	244
3.1.2.4. Hukuka Aykırılık	245
3.1.3. Suçun Manevi Unsuru	247
3.1.3.1. Kast	248
3.1.3.1.1 Doğrudan Kast	249
3.1.3.1.2. Dolaylı (Olası) Kast	251
3.1.3.2. Taksir	253
3.2. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLECEK SUÇLAR	265
3.2.1. Kasten Öldürme ve Yaralama Suçları	265
3.2.2. Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları	270
3.2.3. Hekimlerin İşleyebileceği Diğer Suçlar	276
3.2.3.1. İnsan Üzerinde Deney Suçu	276
3.2.3.2. Organ ve Doku Ticareti	280
3.2.3.3. Çocuk Düşürtme	282
3.2.3.4. Ayrımcılık	284
3.2.3.5. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme	287
3.2.3.6. Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali	289
3.2.3.7. Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma	290
3.2.3.8. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti	291
3.2.3.9. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma	293

3.2.3.10.Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi	295
3.2.3.11.Çocuğun Soy bağıny Değiştirme	298
3.2.3.12.İrtikap	299
3.2.3.13 Rüşvet	304
3.2.3.14. Görevi Kötüye Kullanma	311
3.2.3.15. Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik veya Tercümanlık	315
3.2.3.16. Sağlık Meslek Mensubunun Suçu Bildirmeme Suçu.....	316
3.2.3.17. Genital Muayene	320
3.2.4. Özel sektörde çalışan hekimlerin ceza yargılaması	323
3.2.5. Kamuda çalışan hekimlerin ceza yargılaması	323
3.2.5.1. Kamu Görevlisi Kavramı	323
3.2.5.1.1. Anayasa Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı	326
3.2.5.1.2. İdare Hukukunda Kamu Görevlisi	331
3.2.5.1.3. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi	333
3.2.5.2. 4483 sayılı yasa kapsamında ceza yargılaması	336
3.2.5.3. 2547 sayılı yasa kapsamında ceza yargılaması	367
3.2.6. Vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin ceza yargılaması	379

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUKLARI

4.1. ÖZEL SEKTÖRDE ÇALIşAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU.....	412
4.2. KAMUDA ÇALIşAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU	413
4.2.1. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Disiplin Sorumluluğu	414
4.2.2. Üniversitelerde Çalışan Hekimlerin 2547 Sayılı Yasa Kapsamında Disiplin Sorumluluğu	436
4.3. VAKIF ÜNİVERSİTELERİNDE ÇALIşAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU	448

BEŞİNCİ BÖLÜM
HEKİMLERİN MESLEKİ VE ETİK SORUMLULUKLARI

5.1.TABİP ODALARINCA YAPILAN MESLEKİ VE ETİK İNCELEME	
KAPSAMINDA SORUMLULUK	449
5.1.1. Tabip Odalarında Soruşturma Usulü	470
5.1.2. Tabip Odalarında Kovuşturma Usulü	471
5.1.3. Karar sonrası yapılacak işlemler	471
5.1.4. Yüksek Onur Kurulu Kararları ve İtirazlar	472
5.2. 663 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KAPSAMINDA	
SORUMLULUK	473
SONUÇ	482
KAYNAKÇA	486
ÖZGEÇMİŞ	505

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
İK	: İş Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşekkülleri
MK	: Medeni Kanun
MMHKM	: Memurin Muhakematı Hakkında Kanun-u Muvakkat
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı
RG	: Resmi Gazete
RİA	: Rahim İçi Araç
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun
TTB	: Türk Tabipleri Birliği
VGM	: Vakıflar Genel Müdürlüğü
VK	: Vakıflar Kanunu
YÖK	: Yüksek Öğretim Kurulu

TABLULAR LİSTESİ

Tablo 1: Komplikasyon-Malpraktis ayrı s.127.

Tablo 2: Kast ve Taksir ayrımı s.254.

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Türkiye’de Yıllara Göre Toplam Üniversite Sayıları (1933-2011). s.28.

Şekil 2 : Vakıf Üniversitelerinin Coğrafi Dağılımı (2011) s.29.

HEKİMİN SORUMLULUĞU VE BU KAPSAMDA VAKIF ÜNİVERSİTE HASTANELERİNDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DURUMU

GİRİŞ

Canlıların temel içgüdüğü sağlığını korumak ve neslini sürdürmektir. Beslenme, çiftleşme, tehlikeden kaçınma, acı dindirme gibi içgüdü olarak tanımlanan diğer birçok güdü ve davranışın da asıl kaynağı bu temel içgüdüdür. Bu temel içgüdüün canlılardaki davranışlara yansımalarının birçok örneği vardır. Gelişmiş bazı bitki türlerinin, herhangi bir tehlike karşısında, kapandığı, geri çekildiği ya da beslenmek için böcek avladığı bilinmektedir. Hayvanlarda ise, sağlığı koruma içgüdüğü daha da gelişmiş olup, doğrudan sağlığı korumaya yönelik davranışlara neden olabilmektedir. (...) Bu gözlem ve örneklerden hareketle, sağlığı koruma ve nesli sürdürmeye yönelik davranışların, canlıların yeryüzünde var oluşundan günümüze dek süregeldiğini söylemek yanlış olmaz. Diğer canlılarda bir içgüdü düzeyinde kalan bu davranışlar, insanlarda, zamana koşut olarak gelişmiş istemli ve bilinçli davranışlara dönüşmekle kalmamış, toplumsal bir davranış niteliği de kazanmıştır. Bu gelişimin doğurduğu sektör ise, sağlık hizmetleri sektörü olmuştur. Yine buradan hareketle, günümüzdeki anlamda olmasa bile, sağlık hizmetlerinin insanlıkla birlikte var olageldiği, sağlık hizmetleri tarihinin insanlık tarihi ile yaşıt olduğu ve ilk insanın ilk eczacı ve doktor olduğu söylenebilir.¹

İnsanlar, parmak basarak veya biraz yukarıdan bağlayarak kanamayı durdurma, ateşli bedeni soğuk suya sokma gibi tedavileri önce içgüdüleriyle yaptılar. Daha sonraları aklını kullanmaya başlayan insanlar “deneme-yanılma” yoluyla öğrenmeye başladılar. Hayvanlardan farklı olarak bilgi edinme yeteneğini kullanan insana homo sapiens denmektedir. Deneme-yanılma yöntemiyle, yani ampirik yoldan pek çok bitkinin yararlı ve zararlı tıbbi etkisini keşfettiler. Bitkilerin hangisinin yararlı, hangisinin zararlı olduğunu öğrenene kadar belki de on binlerce insan zarar görmüş olmalıydı. Sebep-sonuç ilişkisinin kurulması kolay değildi.²

¹ Recep Akdur, "Sağlık Sektörü "Temel Kavramlar Türkiye ve Avrupa Birliğinde Durum ve Türkiye'nin Birliğe Uyumu" , Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2006, s.9.

² Nil Sarı ve diğerleri, "Tarih Öncesinde Tıp", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s.8.

Bilimin varlığından bile söz edilmeyen ilk çağlarda, her türlü iyilik ve kötülük durumu birtakım doğa üstü güçlere ve olaylara dayandırılmakta idi. Örneğin; “kıtlık görülmesi durumu”, toplumun tapılan güce karşı kulluk görevlerini yeterince yerine getirmediği ve bundan ötürü de tapılan gücün onları cezalandırıldığı şeklinde yorumlanıyordu. “Birinin hastalanması durumu” ise o kişinin iyi ya da kötü mistik güçleri kızdırdığı ve bundan ötürü de cezalandırıldığı şeklinde algılanıyordu. Bunun bir sonucu olarak, birtakım içgüdüsel davranışlar dışındaki, her türlü sağlık işlemlerinin esasını; doğa üstü güçlere tapınma, adak sunma, kötü ruhları kovma ve benzeri mistik eylemler oluşturmuştur. Hastanın içindeki kötü ruhun onu terk etmesi için, hastaya kötü kokulu ya da acı maddeler içirilmiştir. Bu amaçla ameliyatlar bile yapılmıştır. Arkeolojik kazılarda sık rastlanan trepanasyon ameliyatı yapılmış (delik açılmış) kafa taşı bu amaçla yapılan ameliyatların tipik örneklerinden birisidir. Kafatasına açılan bu deliğin amacı; hastanın başına girdiğine inanılan kötü ruhun kolayca çıkmasına olanak sağlamaktır. Bu anlayış ve uygulamaların kalıntıları, günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Nazara karşı mavi boncuk takılması, al (bir tür cin) basmaması için loğusalara kırmızı elbise giydirilmesi, hastalara muska yazılması, medyumlardan şifa beklenmesi, çeşitli sağlık beklentileri için büyü yapılması ve benzeri uygulamalar söz konusu anlayışın/dönemin kalıntılarının örnekleridir.³

Sağlıkla ilgili eldeki en eski yazılı belge “Gılgamış Destanı”dır. 4000 yıl öncesine dayanır. Bu destan da ölümsüzlüğe ulaşmak için "ölümsüzlük suyunun" aranmasından söz edilir.⁴

Milattan önce 900 yıllarında bugünkü Yunanistan ve Ege kıyılarında gelişen antik Yunan uygarlığı tıp tarihi açısından bir dönüm noktasını oluşturdu. Ticaret yoluyla zenginleşen ve hem eski mezopotamya ve Sümer uygarlığının, hem de Mısır uygarlığının kültürel birikimini üstlenen Yunan uygarlığı, diğer uygarlıkların kullandığı yazılara göre daha kolay olan yazı stili ile çok sayıda eser üretti. Bu kültürel birikim, sağlık ve tıp anlayışında da değişimlere neden oldu. Bu dönemde özellikle İstanköy'lü hekim Hipokrates (M.Ö 460-377) in öğretisi yüzlerce yıl sağlık,

³ Akdur, s.10.

⁴ Ali Ceylan , "**Halk Sağlığının Tarihsel Gelişimi ve Halk Sağlığı Kavramı**" , <http://www.dicle.edu.tr/Contents/42c8e030-eeb9-4da0-8d56-b98d1a6bbd7d.pdf> (02.11.2014), s.3.

tıp ve tıp eğitimi anlayışını etkiledi. Kendisine göre tıbbın ilk kuralı “*Primum non nocere*” (önce zarar verme) şeklindedir. Hipokrat, her hastalığın fiziksel ve gerçekçi bir açıklaması olduğunu düşünmüş, çalışmalarını gözlem üzerine oturtmuş, tıbbi bilim ve sanat haline getirmiştir. Zatürre ve çocuklardaki sara hastalığının belirtilerini ilk tanımlayan hekimdir. Yine düşünce ve duyguların kalpten değil beyinden kaynaklandığı fikrini ortaya atan ilk hekim Hipokrat'tır.⁵ Hastalığın olağanüstü sebeplere dayanmadığını açıklayan Hipokrat, tıbbi ve hekimliği tanrılardan uzaklaştırdı, hastalığın ilâhi bir ceza olmadığını belirtti. Hipokrat döneminde tıbbi konular açıklanırken doğaüstü güçler dışlanmış; tecrübe, gözlem ve tüme varıma dayalı akıl yürütme temel alınmıştı. Hastayı, “bünyesi kendine özgü bir şekilde hastalığa karşı tepkide bulunan kişi” olarak tanımlayan Hipokrat, daha önce kutsal hastalık diye bilinen sارانın da diğer hastalıklar gibi doğal bir nedeni olduğunu ve saralı hastanın beyninin hastalandığını bildirmişti.⁶ Sonuç olarak; İlk kez hastalıkların nedenleri doğaüstü güçlere bağlanmaz. Doğaldır ki yaşanan bu değişim, hastalığın nedenleri kadar sağaltımında insani bir yeti olabileceği gerçeğini var eder.⁷

Roma döneminin en ünlü hekimi Bergamalı *Galen* (Calinos, M.S. 129-200) anatomi ve fizyoloji çalışmaları sırasında önemli buluşlar yapmıştı (...) Galen'in oluşturduğu tıbbi görüşler 1400 yıl boyunca hiç şüphe uyandırmadan kabul gördü. Avrupa ve İslâm tıbbını yoğun olarak etkileyen Galen'in doğruları kadar yanlışları da kendinden sonraki hekimler tarafından tartışmasız benimsenecekti.⁸

Ortaçağa gelindiğinde, İran'ın Huzistan bölgesinde bulunan “Cündişapur” (Gonde Şapur) medreseleri dönemin en ünlü okullarından idi.⁹ Yine, Dârüşşifâların en gelişmiş de, V. yüzyıl ortalarında, Batı Asya'nın en önemli kültür merkezi olan Cündişapur'da faaliyetini sürdürmüştür. Bu hastahane ve tıp okulu, Hint, Yunan ve İran hekimlerinin müşterek çalışmalarıyla, bu medeniyetlerin tıbbi birikimlerinin bir sentezi olarak, döneminin modern hekimlik anlayışını temsil etmiştir.¹⁰ Orta çağ da

⁵ Ceylan, s.5.

⁶ Sarı, s.21.

⁷ Osman Elbek, "Tıp ve Felsefe", **Toraks Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2,2007, s.130.

⁸ Sarı, s.17.

⁹ Hasan Tevfik Marulcu, "**Mu'tezile Ekolünün Tanrı-Alem-İnsan Görüşlerinin Oluşumunda İlkçağ Felsefesinin Etkileri**" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2002, s.13.

¹⁰ Ali Haydar Bayat, **Tıp Tarihi**, Pınarbaş Matbaacılık, 2.Baskı, İstanbul, 2010,s.209.

İslam dünyasında eserleriyle sonraki yüzyıllarda Avrupa tıbbını etkileyen bir çok hekim yetişmiştir. Bunların en bilinenleri el-Kindî, Huneyn bin İshâk, Ebûbekir er-Râzî, İbnü'l-Cezzâr, İbn Rüşd ve İbn-i Sina dır. Batıda “Avicenna” adı ile tanınan ve tabipler sultanı lakaplı Ebu Ali İbn Sina (980–1037) ise İslam döneminin en ünlü hekimidir.(...) Arapça yazdığı “Kanun fi't-tıb” (Tıbbın Kanunu) adlı tıp eseri daha sonra pek çok dile ve Latince'ye çevrildi. Kanun'un Latince çevirisi Batıda 16. yüzyılda başlıca ders kitabı olarak okutuldu ve en sık baskısı yapılan tıp eseri oldu.¹¹

Aynı dönemde Avrupa da ise; Ortaçağın karanlık döneminde, düşünce yerine inanç, eleştiri ve tartışma yerine körü körüne benimseme, bilgi yerine skolastik felsefe, bilim yerine din, bilimsel yapıt yerine Kutsal Kitap (İncil), ulus yerine Hıristiyan topluluğu, ülke yerine kilise, hükümdar yerine papa, bu dünya yerine öbür dünya önemliydi. (...) Pozitif bilimlerin gereksiz ve faydasız olduğunu, Tanrı dışında hiçbir şeyle ilgilenmemek gerektiğini telkin eden kilise, dinin yumuşak bakmasından dolayı tıpla tartışmaya girmemiştir.¹² Bu noktayı sadece kilisenin tıp bilimine yumuşak bakması ile açıklamak kanımca doğru değildir. O dönemde ortaya çıkan, on yıllar boyu süren ve kilise üyeleri dahil milyonlarca insanın ölümüne yol açan veba salgınlarının da bu tutumun nedenlerinden biri olduğuna inanıyorum. Zira bu dönemde insanlara "işlediğiniz günahlar nedeniyle tanrı sizi cezalandırıyor" şeklinde seslenen ve vebanın tanrının günahkarlara verdiği ceza olduğunu söyleyen bir çok papaz ve kardinalin de aynı şekilde vebadan ölmesi, sıradan insanlarda büyük inanç kırılmalarına yol açmış ve Rönesans'ın ilk düşünsel temellerini atmıştır. Bu dönemde zor durumda kalan kilisenin zorunlu olarak tıp bilimine hoşgörü gösterdiğini düşünmenin yanlış olmayacağı düşüncesindeyim.

Ortaçağda tıbbi uyanışın ilk adımı IX. yüzyılda Napoli'nin 5 km güneyindeki Salerno kasabasında kurulan Instituto Universitario di Salerno'da atılmıştır. (...) En parlak dönemini 1096-1270 yılları arasında yaşayan bu laik okul, büyük hekimler yetiştirememesine ve tıbbi keşifler ortaya koyamamasına rağmen, Rönesans'ta meyvesini verecek uyanışın tohumlarını attığı için tıp tarihinde önemli bir yere sahiptir.¹³

¹¹Gülten Dinç ve diğerleri, "Ortaçağda İslam Tıbbı ", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s.48.

¹²Bayat, ss.155-156.

¹³ Bayat, s.159.

Avrupa'da Rönesans ile birlikte 16.yüzyılda Andreas Vesalius'un insan anatomisi, William Harvey'in dolaşım sistemi, 17. yüzyılda Antonie van Leeuwenhoek'un mikroskop ve mikroskopik canlılar, 18. yüzyılda Edward Jenner'in çiçek aşısı, 19. yüzyılda ise Louis Pasteur'un kuduz aşısı ve pastörizasyon üzerine yaptığı çalışmalarla o zamana dek bilinen bütün kalıplar yıkılmış, günümüzün modern tıbbına giden yol açılmıştır. Bu yüzyıllarda diğer tüm bilim dallarında olduğu gibi bilimsel araştırma yöntemleri gelişmiş, bilimsel araştırmalar bireysel çabalardan ziyade giderek kurumsal bir kavrama dönüşmeye başlamıştır. Böylece çağdaş anlamda üniversite kavramı ortaya çıkmaya başlamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

1.1.DÜNYADA ÜNİVERSİTELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Hiç şüphesiz, dünya tarihinde yükseköğretim, üniversite kurumu ile başlamamıştır; ilk çağlardan beri yükseköğretim kurumları var olagelmıştır. Antik Yunan'da akademiler, Hıristiyan dünyasındaki katedral ve manastırlar ile İslam coğrafyasındaki medreseler, bilgin/âlim veya hâkim/kadı yetiştirmek gibi yükseköğretim fonksiyonlarını icra etmişlerdir. Bu nedenle üniversiteler ile önceki kurumları çok keskin bir şekilde birbirinden ayırmak zordur. Bazı araştırmacılar, Ortaçağ üniversitesi ile medrese arasında önemli benzerlikler kurmuşken; diğerleri üniversitenin medreseden farklı bir hukuki, mali ve pedagojik yapı ortaya koyduğunu iddia etmişlerdir.¹⁴

“Üniversite” kavramı, “universitates” kavramının evrilmesi ile oluşan Latince “universitas” kelimesinden gelmektedir. “Universitas”, lonca kelimesinin karşılığı olup, bağımsız ve ortak çıkarları olan kişiler topluluğu anlamındadır.¹⁵ Bununla kast edilen, öğrenci ve hocaların kurmuş oldukları özel statülü birliklerdir.¹⁶

¹⁴ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler", <https://yolharitasi.yok.gov.tr/docs/UniversiteTarihselGelisimVeGuncelEgilimler.pdf>, (02.11.2014), s.21.

¹⁵ Ömer Lütfi Antalyalı, "Tarihsel Süreç İçerisinde Üniversite Misyonlarının Oluşumu", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:6, 2007/2, s.25.

¹⁶ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler", s.21.

Milattan sonra 1000 yıllarında bir grup öğrenci hukuk öğrenmek ve bunun için kendilerine bir hoca sağlayabilmek için bir tür lonca oluşturdular. Bu loncaya Latince’de korporasyon anlamına gelen “Universitas” adı verildi. Üniversite sözcüğü buradan gelmektedir. Bu ve bunu izleyen yıllarda üniversiteler hoca ve öğrenci birlikteliği ile kurulmuşlar ve bu bir usul halinde devam etmiştir ki bunlardan söz edilirken öğrenci üniversiteleri de denir.¹⁷

"Batıda üniversite kavramının ortaya çıkışı kentleşme süreci ile ilintilidir. Özellikle sekizinci yüzyıldan sonra İslam medeniyeti ile ciddi etkileşimler içerisinde bulunan Orta Çağ Avrupa’sı, hızlı bir kentleşme sürecine girmiş ve din adamlarının bilgi düzeyinde artış meydana gelmiştir. Kentleşme süreci ile birlikte ortaya çıkan kurumsal birlik düşüncesi, kiliseler, manastırlar ve diğer dini kurumların bir hiyerarşi içerisinde yer alıp araştırma yaparak, bilgi üreten kurumlar haline gelmelerini sağlamıştır.¹⁸ Özellikle 11. yüzyıldan başlayarak öğretimin ve sosyal yaşamın hristiyan öğretisi ve kilise denetimi altında olması özgür düşünce için engelleyici olmuşsa da 12. yüzyıldan itibaren bir uyanış başlamıştır. Avrupa’da 12. yüzyılda Aristo felsefesinin İbni Rüşt tarafından ayrıntılı incelenmesi ve yorumlanması ve bunun Arapça’dan Latince’ye çevrilmesiyle başlayan bu uyanış, 14. yüzyılda Rönesansla sürmüştü, 15 ve 16. yüzyıllarda doruk noktasına ulaşmıştır. Bu yüzyıllarda arka arkaya yapılan keşifler insan aklının gücünü ortaya koyarak tabiata da gerçek değerini kazandırmıştır. Önemli olaylardan birisi 1517 de dinde reform hareketinin başlamasıdır. Bu şekilde dini hayat ayrılmış kilise denetimi asgariye inmiş akılcılık öne çıkmaya başlamıştır.¹⁹ Dönemin en belirgin iki özelliği, serbest düşünme ve düşündüğünü ifade etme imkânı ile antik dünyanın bilim ve düşünce eserlerine duyulan ilgidir. Daha önce el yazması kitapların çok sayıda üretilmesi mümkün olmadığından okuma ancak büyük kütüphanelerde sağlanabilirken, matbaanın icadı ve kağıdın kullanılmaya başlamasıyla ucuz kitap temin etme ve okuma imkânı doğmuş, evlerde bile küçük kitaplıklar oluşmuştur."²⁰

Bugün anladığımız manada ilk üniversitelerin, 11. yüzyılın sonlarında ve 12. yüzyıl boyunca Avrupa’da geç feodal dönemin sosyo-kültürel şartları içerisinde

¹⁷ "Özgür Düşünce ve Üniversitelerin Tarihi", <http://www.eng.ankara.edu.tr/files/2014/01/ozgur-dusunce-ve-universitelerin-tarihi.doc> , (02.11.2014), s.4.

¹⁸ Alanyalı, s.25.

¹⁹ "Özgür Düşünce ve Üniversitelerin Tarihi", s.2.

²⁰ Bayat, s.168.

ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bologna (1088), Paris (yaklaşık 1150) ve Oxford (yaklaşık 1167) ilk kurulan üniversitelerdendir.²¹ Bu kapsamda 1224 yılında Salerno Üniversitesi resmi ilk tıp okulu olarak kabul edildi. Öğrencilerin yaktığı bu bilgi ateşi kısa zamanda tüm Avrupa'yı sardı. Leonardo da Vinci'den Thomas Moore'a, Francis Bacon'dan Campanella'ya, Nikolaus Kopernikus, Andreas Vesalius'dan Paracelsus'a, William Harvey'e kadar onlarca bilgi çınarı öğrencilerin var ettiği "üniversitas"ın yarattığı toplumsal ortamda boy attı. Tıp da o günden sonra hastalık hakkında felsefi düşünen kimseyi "doktor" olarak anmaya başladı.²²

"Bologna, Paris ve Oxford üniversiteleri, hemen arkalarından kurulan Montpellier, Padua, Orleans ve Cambridge Üniversiteleri ile beraber en eski yedi üniversite olarak bilinmektedir. Bu dönem kurulan üniversitelerde üniversitelerin karakteristik özellikleri halini alan uzmanlaşma oldukça belirgindir. Paris ve Oxford gibi büyük üniversitelerde yer alan tıp eğitimi dışında, uzmanlaşmalar büyük oranda, hukuk, teoloji ve felsefe alanlarında olmuştur. İtalya ve Güney Fransa'daki üniversiteler Roma hukuku ve tıp eğitimi ile ön plana çıkarırken, Paris ve İngiltere üniversiteleri teoloji, kilise hukuku ve yedi edebi ve beşeri bilimin (gramer, mantık, retorik, aritmetik, geometri, müzik, gökbilim) merkezi haline gelmiştir. 14. yüzyıl ortalarına kadar İtalya, İspanya, İngiltere ve Fransa'da yaygınlaşan üniversiteler, sonrasında Avrupa coğrafyasının geneline yayılmaya başlamış. 15. yüzyıl sonlarına kadar sayıları 63'ü bulmuştur. 14. ve 15.yüzyıllarda kurulan üniversitelerin hepsi, ya devlet başkanlıklarınca ya da yerel yönetimlerce kurulmuştur. Kurulumun ardından yayınlanan fermanlarla, bu üniversitelere belli bir düzeyde özerklik sağlanmış olmakla beraber devlet belli düzeyde müdahale hakkını saklı tutmuştur. Üniversitelere sağlanan özerklik ile dini otoritelerin ve yerel yönetimlerin müdahalelerinin engellenmesi hedeflenmiştir. (...) Her ne kadar Orta Çağ Avrupa'sı günümüz üniversitelerinin temellerini atmış olsa da, günümüz üniversite mantığını tam olarak yansıtmamaktadır. Orta Çağ üniversitelerinin temel misyonunun ancak *eğitim* olduğu söylenebilir. Genel olarak Yunan ve İslam bilgi mirası toparlanmaya çalışılmış ve bunların eğitiminin verilmesi temel hedef olmuştur. Özellikle teoloji ve felsefe gibi geniş açılımların yapılabileceği alanlarda bile, öğretim üyeleri öğrencilere bildiklerini aktarmış, öğrenciler de sorular karşısında öğrendiklerini

²¹ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler",s.21.

²² Elbek, s.131.

aynen tekrar etmiştir. Bu alanlarda yapılan tartışmalar genellikle geçmişten gelenleri tekrarlamayı ve güzel konuşma alışkanlığı kazandırmayı hedeflemiştir."²³

"Orta Çağ Avrupa'sında üniversiteler kendi kendilerini yöneten ve mevcut hukuk sisteminin dışında kurumlar olarak gündeme gelmiştir. Aslında tarihsel olarak örgütlenme biçimine bakıldığında üniversitenin zanaatkar merkezli bir Orta Çağ ekonomik ve toplumsal yapılanmasına benzediği ve bu yapının günümüzde de varlığını sürdürdüğü söylenebilir. Orta Çağ üniversitelerinin özerkliği, Orta Çağ'ın son dönemlerinde, gerek dönemin koşullarının gerekse de üniversitenin ihtiyaçlarının bir sonucu olarak değerini kaybetmiştir. Bu durum üniversitelerde statükocu bir anlayışın gelişmesine ve alternatif kurumların doğmasına neden olmuştur. 16. yüzyılın sonlarına doğru üniversitelerin durumunun hiç de parlak olmadığı söylenebilir olsa da, bu sürecin üniversitelerin gelişimine hiçbir katkıda bulunmadığını söylemek de doğru olmayacaktır. Bu dönemin üniversitelere getirdiği temel olumlulukların başında, bilimsel gelişime ve araştırmaya önem vermenin tohumlarının - zorunlu olarak da olsa - atılmış olması gelir. Bir başka kazanım ise üniversitelerde, disiplinlerin artması ile beraber uzmanlaşmanın gündeme gelmesidir. Şiir, etik, tarih, coğrafya, kimya, jeoloji, meteoroloji, doğa tarihi, iktisat, botanik, fizik gibi konular bu dönemde eklenmiş, bu durum uzmanlaşmanın ortaya çıkmasını sağlamıştır. Yine bu dönemde üniversite sayısı hızla artmış, Avrupa'da 190'a ulaşmış, hatta Avrupa dışına taşmış ve Amerika'da 50'ye yakın üniversite kurulmuştur. Fakat bu dönemdeki nicelik artışı, nitelik artışını da beraberinde getirmemiştir."²⁴ Bu durum üniversiteyi 16. Yüzyılda bir fikir merkezi olmaktan uzaklaştırdıysa da bilimsel ilerleme yine de durmamıştır. Bilimin ve özgür düşüncenin kimsenin tekelinde olmaması onun okul dışında da geliştirilebilmesini sağlamıştır. Yalnızca üniversite bu çabalara önderlik etmemiştir. Özgür düşüncenin eseri olan Dekartçılık (Cartesianisme) üniversiteye çok sonraları girebilmiştir."²⁵

"Rönesans döneminde üniversitenin misyonu ile ilgili atılan en büyük tohum *ulusallaşma* dır. Üniversitelerin ulus devletin yönetimine hizmet eden, ulusal kültür ve değerlerin oluşumuna katkıda bulunan kurumlar olarak görülmesinin temelleri bu dönemlere dayanır. Avrupa ve Latin Amerika'daki modern üniversite

²³Antalyalı, s.28.

²⁴Antalyalı, s.29.

²⁵ "Özgür Düşünce ve Üniversitelerin Tarihi", s.7.

anlamındaki ilk üniversitelerde ulusallaşma belirgindir. Özellikle Fransa, İngiltere, İspanya ve Latin Amerika, devlete daha verimli hizmet etmeleri için, üniversiteleri ulusallaştırmıştır. Burada, üniversitenin ulusallaşma misyonunun en belirgin görüldüğü ve literatüre Fransız Modeli olarak girmiş Grandes Ecoles'lerin açıklanması, günümüz üniversitelerinin temel misyonlarından birisinin köklerini anlamak açısından önemlidir.²⁶ Fransız Devrimi'ne kadar, her ne kadar mezhepsel ayrılıklar olsa da, üniversiteler birbirlerine benzer biçimde örgütlenmişler ve dört ya da beş fakültede aşağı yukarı aynı branşlarda eğitim vermişlerdir. 19. yüzyıl Fransa'sında Grandes Ecoles isimli, yüksek öğretimi ifade eden, yeni bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu yapılanmanın temel hedefi, Fransa ulusunun gelişimi adına, gerekli nitelikli elemanların bu kurumlardan temin edilmesidir. Mühendisten filozofa, veterinerden bürokrata kadar ulusun her kademesinde ihtiyaç olan tüm nitelikli elemanların, belirli bir müfredat dahilinde yetiştirilmesi hedeflenmiştir. Grandes Ecoles'lerin en çarpıcı özelliği, araştırma faaliyetlerinin merkezi unsur olmamasıdır. Temel hedef belirli alanlarda nitelikli elemanın yetiştirilmesidir.²⁷ Ayrıca, modern ulus devletin gelişimiyle birlikte ortaya çıkan siyasal ve toplumsal süreçler de üniversitenin dönüşümünü doğrudan etkilemiştir. Bu çerçevede, Napolyon sonrası Avrupa'sında üniversiteler, ulus-devletin gelişimiyle ortaya çıkan insan gücü ihtiyacının karşılanması ve vatandaşlara ortak bir milli kültürün aktarılması gibi işlevleri üstlenmiştir."²⁸

Kant'ın [1724-1804] "insanlığın erginlik öncesi döneminden çıkışı" olarak vasıflandırdığı, sloganı "sapere aude" (aklını kullan) olan, Aydınlanma Çağı olarak isimlendirilen XVIII. yüzyıl, insanın aklını ve tecrübelerini kullanarak geçmişin önyargılarından kurtulup dünyayı ve hayatı yeniden düzenlemesi olarak kabul edilir. Bu dönem, geçmişten aldığı dayanaklar, yani eleştirdiği ilkeler üzerine yeni bir dünya görüşü geliştirmiştir. Aydınlanma hareketi, hedef olarak olarak kamuoyunu seçtiğinden, daha önceki entelektüel akımlardan farklıdır. Newton'un [1643-1727] tabiat olaylarını sebep-sonuç ilişkilerine bağlayan dünya görüşü ve evrenin belirli kanunlarla idare edildiğini ispat etmesi Avrupa'da mekanik ve rasyonel düşüncenin önünü açarak diğer bilimlere örnek olmuştur. Kant felsefesiyle, Montesquieu [1689-

²⁶ Antalyalı, s.30.

²⁷ Antalyalı, s.31.

²⁸ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler", s.23.

1775] siyasi yazılarıyla, Rousseau [1712-1778] eğitim konusundaki görüşleriyle Avrupa'yı uyandırmıştır.²⁹

Günümüzdeki biçimiyle 19. yüzyılın başından itibaren ortaya çıktığı kabul edilen modern üniversitenin ilk örneği olarak, 1810 yılında Wilhelm von Humboldt tarafından kurulan Berlin Üniversitesi gösterilmektedir. Alman idealist düşünürlerinin fikirleri temelinde kurulan modern üniversite ile Ortaçağ üniversitesini ayıran en temel unsur, eski üniversitelerin ağırlıklı olarak eğitimle, bilgi aktarmakla meşgul olmaları, modern üniversitelerin ise daha fazla araştırma odaklı olmasıdır. Üniversitelere araştırma kurumu kimliği veren Humboldt modeli üniversite, tek bilim dallı fakülteler içinde uzmanlaşma ile akademik kürsü ve disiplinler içinde tanımlanmış bölüm fikrini belirginleştirmiştir. Ortaçağ üniversitesi hakikati müdafaa rolünü benimserken, Humboldt üniversitesi doğayı keşfetmeyi görev edinmiştir. Ortaçağ üniversitelerinin dili Latince olup skolastik yöntemi kullanırken, modern üniversite ulusal dilleri kullanarak modern bilim yöntemini uygulamıştır. Humboldt, kurumsal açıdan özerk, öğrenme ve öğretme özgürlüğüne sahip, saf bilimin ve bilimsel ilerlemenin peşinde bir üniversite tasarlamıştır. 19. yüzyıl boyunca Endüstri Devrimi süreçleri ve teknolojik gelişmeler, üniversitenin araştırma etkinliklerinin gideceği yönü de belirlemiştir.³⁰

Üniversite eğitimini, üniversite öncesi eğitimden ayıran Humboldt, üniversiteyi öğretmenin merkezi bir unsur olmadığı, öğrencinin eğitim programına katıksız bir biçimde bağlı bir kişi olarak görülmediği bir kurum olarak kurgulamıştır. Öğrenci kendi araştırmasını üstlenen kişiyken, profesör de onu yönlendiren ve destekleyen kişidir. Bu düşünceyle, profesörler ile yapılacak çalışmalar, yeni bilginin keşfinde, öğrenciye bir rol imkanı tanıyacaktır.³¹

"1800'lü yıllarda farklı bölgelerdeki üniversiteler, farklı yönelimler içinde bulunmuş veya farklı yönelimlere sürüklenmiş olsalar da, bu farklı yönelimlere rağmen "modern üniversite" anlayışı 19. yüzyılda şekillenmeye başlamıştır. Genel olarak 19. yüzyılda olgunlaşan modern üniversitenin temel elemanları;

-Akademik araştırmanın üniversitenin temel faaliyetleri arasında görülmesi;*bilginin üretilmesi,*

²⁹ Bayat, s.180.

³⁰ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler" , s22.

³¹ Antalyalı, s.25.

-Basit bir düzeyde bilgi aktarımından ziyade, düşünce ve tutumun formasyonu, değer aktarımını, yeteneklerin geliştirilmesini hedefleyerek, klasik yaklaşımları da modernize ederek, araştırma faaliyetleri sonucu üretilen bilginin üniversite öğrencilerine aktarılması; *bilginin yayılması*,
-Üniversitede üretilen bilginin, ekonomik dünyanın da içinde olduğu topluma sunulması; *bilginin topluma sunulmasıdır.*"³²

Alman ve Fransız Üniversitelerindeki gelişmelere bazı bakımlardan benzer bir evrim Anglosakson Üniversitelerinde de yaşanmıştır. Bu ülkeler üniversitelerini, Fransızların pozitivist, Almanların idealist metodlarına karşı, amprik ve pragmatik yaklaşımla, bütüncül bir temelde kurdular. Esasen bir İngiliz kolonisi olarak kurulan Birleşik Amerika, yükseköğretim kurumlarını İngiliz tarzı "kolej"ler olarak başlangıçtan itibaren Kıta Avrupasından farklı oluşturmuştur. Nitekim Amerikan Üniversiteleri 3. Kuşak denilen modele uygun ilk dönüşümü gösteren örnekler olmuştur.³³

Berlin Üniversitesi modeli, başta ABD olmak üzere birçok ülkeyi etkilemiştir. Kolonyal dönemden itibaren Avrupa üniversitelerinden belirli özellikleriyle ayrılan, farklı bir seyir izleyen Amerikan üniversiteleri, bir yandan Humboldt üniversitesi modelinden etkilenirken, diğer yandan kendi özgünlüklerini ve sentezlerini de yaratmış, 19. yüzyıldan itibaren sadece elitleri değil, halk kitlelerini de eğitmek yönünde bir çaba içinde olmuşlardır. Amerikan üniversite modelinin 19. ve 20. yüzyıl boyunca güçlenmesinin belki de en önemli nedeni, bir yandan araştırmaya çok önem verirken, diğer yandan kendini sadece toplumun seçkin kesimleriyle sınırlandırmaması ve toplumun her kesimiyle ilişkiler kurması olarak izah edilmektedir. Nitekim 19. yüzyılın ikinci yarısından başlayarak, bu amaçla kampüsler kurmak üzere eyaletlere büyük topraklar bağışlanmış, bu imkânlar sayesinde teknik ve mesleki yönelimi güçlü olan ve kamu hizmetine adanmış çok sayıda üniversite ve kolej kurulmuştur. Eyaletlerdeki bütün vatandaşlara ulaşma amacı güden programlar başlatılmış ve üniversitenin yerel hükümetlere danışmanlık yapması sağlanmıştır. Amerikan üniversiteleri, üniversite ile tarım, üniversite ile

³² Antalya, s.32.

³³ Halil İbrahim Ülker, "Üniversitelerin Yeniden Yapılanmalarının Kısa Tarihçesi", acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/47/332.pdf , (02.11.2014), s.3.

sanayi, üniversite ile sivil toplum ve üniversite ile devlet ilişkilerini önemsemiş ve toplumun her türlü ihtiyaçlarını karşılamayı misyon kabul etmişlerdir.³⁴

"İlk olarak Amerikan üniversiteleri, eğitim, araştırma ve kamu hizmeti ideallerini birleştirmiştir. Alman üniversitelerinden ödünç alınan araştırma misyonu, Amerika'nın fazlasıyla pratiğe yönelik kültürü ile kombine edilmiştir. Birçok Amerikalı, kurulan büyük araştırma üniversitelerinin, modern bir endüstriyel toplumun inşası için gerekli olan teknik uzmanlıkların geliştirilmesini ve temel bilgilerin geliştirilmesini sağlayacağına inanmıştır. Amerikan üniversitelerinde kamu hizmeti anlayışı, yerel ve ulusal anlamda tüm paydaşları içine almaktadır. Dünya üniversitelerinin çoğunda zamanla bu anlayış yerleşmiş ve dışarıya dönük faaliyetlerin yerel ve bölgesel düzeyde toplumu geliştirdiği keşfedilmiştir. Kamu hizmeti veya bir başka ifade ile ulus devletin halkına hizmet, eğitim ve araştırma misyonlarını birbirlerine kenetleyen bir misyondur. Üniversiteler kurum olarak, dışa dönük aktiviteler ile, ileri düzeyde bilgiyi halka iletme çabası göstermektedir. Uygulamalı araştırmalar, kampus dışı eğitimler, köy ve kent toplumları ile yapılan görüşmeler ve analizler, hizmet ederek öğrenme, klinik açma, eğitim kurumları ile beraber çalışma, devlet memurlarına öğüt verme, yöneticileri eğitime, televizyon veya bilgisayarlar için program hazırlama, konferanslar düzenleme gibi faaliyetler kamu hizmetlerine örnek olarak verilebilir.³⁵ Amerikan üniversite modeli, zaman içinde dünyada model olarak Alman üniversitelerinin yerini almaya başlamış; Bugün gelinen noktada, Alman modelinin alternatifi olarak dünya akademisine egemen olmuştur. Amerikan sisteminin Humboldt üniversitesi üzerindeki bu dönüştürücü etkisinin ipuçları daha 20. Yüzyılın başlarında kendisini göstermeye başlamıştı. Charle ve Verger (2005)'in ifadesiyle daha bu erken dönemde üniversiteler öylesine karmaşık bir yapı halini almıştır ki, 'bilim için bilim' yapan "Humboldt'un ideal profesörünün taşıması gereken 'özgürlük ve yalnızlık' kavramları kolektif çalışmaların yapıldığı enstitüler ve sanayicilerle işbirliği yapılan üniversitelerle birlikte bir anlam ifade etmez" olmuştur."³⁶

II. Dünya Savaşından sonra ise üniversiteler devlete ve endüstriye daha fazla doğrudan hizmet etmeye başlamıştır. Bu dönemden sonra araştırma üniversitelerine

³⁴ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler", s.23.

³⁵ Antalyalı, s.36.

³⁶ "Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler", s.23.

devlet desteği artmış, üniversiteler daha büyük, daha kompleks ve sayıca daha fazla olmaya başlamıştır. Soğuk savaş dönemi olarak nitelendirilen bu dönemde üniversiteler özellikle savunma, sağlık, enerji geliştirme, uzay programları ve ekonomik büyüme gibi ulus için temel konularda araştırmalara eğilmişlerdir. Netice itibari ile soğuk savaş dönemi, ulus devlete ve kamuya hizmet tam anlamıyla üniversitelerinin misyonları arasında yerini sabitlemiştir. Her ne kadar bir üniversitenin kamu hizmetinden kastının ne olması gerektiği ve bunu ne tür faaliyetler ile ortaya çıkarabileceği üzerine tartışmalar sürse de, kamu hizmeti anlayışı temel olarak günümüz üniversitelerinin misyonları arasında yerini almıştır. Günümüze gelirken küresel bir dönemin yaşandığı post kapitalist toplumda bilgi, temel kaynak haline gelmiştir. “Bilgi Çağı”, “Bilgi Toplumu” gibi kavramlar, bu yeni uygarlık anlayışını ifade etmek için kullanılır. Üniversiteler, yeni bilgiyi ürettiği ve iletteği için, hızla küreselleşen ve postmodern hale bürünen bir çevrede temel eksenlerdeki kurumlardır. Bu döneme kadar ulus devletin, yönetimine, halkına, bireyine hizmetle sorumlu tutulan üniversiteler, yeni dönemle beraber ulus üstü bir yapı arz etmeye başlamışlardır.³⁷

1.2.TÜRKİYE'DE ÜNİVERSİTELERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Osmanlı Devleti'nin temel eğitim kurumu medreselerdi. Eğitimin ücretsiz ve yatılı olarak sürdürüldüğü medreselerin yüksek bölümünden mezun olanlar müderris (öğretim üyesi), kadı (hakim) ya da yönetici oluyorlardı. Ancak az sayıdaki medreseler Osmanlı ülkesinde yaygın ve devamlı bir hal alamamış ve zaman içinde kurumsallaşamamışlardı.³⁸ 17. yüzyıl Osmanlıların pozitif bilimlerle ilgisinin son derece gerilediği bir dönemdi. 16. yüzyılda bilimde görülmeye başlanan ağırlaşma bu yüzyılda daha da arttı. Medreselerde matematik, astronomi ve felsefe gibi derslere artık rastlanmamaktaydı. Bu yüzyılın yazmalarında Avrupa'da beliren modern bilimsel düşünüşten ve Yunan bilimini temelinden sarsan büyük düşünce hareketinden (Rönesans) de eser görülmez. 17. yüzyıldan itibaren medreselerde akli ve pozitif bilimler iyice itibardan düştü ve dersler daha çok fıkıh (dini kurallar) alanı

³⁷ Antalya, ss.36-37.

³⁸ Gülten Dinç ve diğerleri, "Osmanlı Tıbbı (1299-1827) ", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s.87.

içine kapandı.³⁹ Osmanlı devletinde XVII. yüzyılda başlayan siyasi gerilemeye paralel olarak bilimsel hayatta da gerileme başlamış, bu durum XVIII. yüzyılda da devam etmiştir. Avrupa’da bilim süratle gelişme kaydederken Osmanlı toplumu bunu takip edememiştir. XVIII. yüzyıldan itibaren ülkedeki gerilemeyi tespit eden devlet adamları bazı sistemlerde değişiklik yapmaya başlamışlardır.⁴⁰

18. yüzyıl başlarında Batı’daki bilimsel devrimin henüz Osmanlı Devleti’ne bir etkisinden söz etmek mümkün değilse de yüzyılın sonlarına doğru artık batılılaşma yönünde çaba harcanmaya başlandı. Aradaki bu uzun kopukluğun pek çok psikolojik ve kültürel etmenleri vardı. Ancak belki de bütün bunların hepsinden önemlisi, medreselerdeki matematik, astronomi, felsefe gibi derslerin kaldırılması yüzünden imparatorluk içinde, Batı’daki gelişmeleri izleyebilecek, ileri sürülen yeni görüşler üzerinde düşünebilecek ve araştırma yapabilecek bilimsel bir topluluğun bulunmamasıydı.⁴¹

XIX. yüzyılın başında, Süleymaniye’de tıp eğitimi devam ederken, III. Selim, donanmanın hekim ihtiyacını karşılamak amacıyla Kasımpaşa’da, öğretim kadrosunda bir hekim ve cerrahın bulunduğu eğitim hastanesi ile yanına teorik tıp ve cerrahi eğitimlerinin verileceği tabibhane binasını yaptırarak Tersane Tıp Mektebini (Tersane Tabibhanesi) kurdu [1805].⁴² Ancak Teşrih (Anatomi) yasağından dolayı ulemanın tepkisinden çekinen III. Selim Tıphane açılışına ancak, Rumlara izin vermiştir.⁴³ Yine bu yüzyılda, Osmanlı İmparatorluğu, klasik düzeni içerisinde yetersiz kaldığını hissedince, modern eğitim kurumlarını kurmuştur. 1773’te Mühendishane-i Bahri Hümayun, 1795’te Mühendishane-i Berri Hümayun, 1826’da Tıbhane-i Amire ve Cerrahhane-i Mamure ve 1834’te Mekteb-i Ulum-u Harbiye gibi çok sayıda yüksekokul kurulmuştur.⁴⁴ Yenileşme yüzyılı denilebilecek bu yüzyılda Batı’daki yenilikler daha esaslı ve daha devamlı kurumlar aracılığıyla ülkeye girmeye başladı. Artık Osmanlıya 281 yıl gecikmeli olarak gelebilen matbaa ülkede yaygınlaşmaya ve batı dillerinden çeviri eserler ders kitabı olarak basılmaya

³⁹ Dinç, s.92.

⁴⁰ Bayat, s.321.

⁴¹ Dinç, s.93.

⁴² Bayat, s.321.

⁴³ Nidai Sulhi Atmaca, "Türk Hekimlik Dilinin Tarihsel Gelişimi", **Güncel Gastroenteroloji**, Cilt:15, Sayı:2, ss:132-137.

⁴⁴ Bekir S Gür, "Türkiye’de Yükseköğretimin ve Yükseköğretim Kurulu’nun Tarihi” Üzerine", **Yükseköğretim ve Bilim Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, Nisan2011; s.49.

başlanmıştı. Ancak modern bilimin ülkeye girmesi çok kolay olmadığı gibi eski tarzda yetişmiş bilginler ve hekimler yine eski yöntemlerle kitaplar yazmaya da devam ettiler.⁴⁵

19. yüzyıl Osmanlı toplumunun hemen her alanında modernleşmeye doğru bir değişme, dönüşme çağı olmuştur. Önceki yüzyılların toplumsal anlamda içe dönük yaşama biçimi yerini, Batının çağdaş bilimlerine ve tekniklerine uyum sağlama çabasına bırakmıştır. Modernleşme, Batının önde gelen toplumlarına her bakımdan yetişebilmek için bir devlet projesi olarak benimsenmiştir. Osmanlı İmparatorluğu bir yandan sonu gelmeyen savaşlar, askeri yenilgilere bağlı kitlesel göçler, düşük hayat standardı ile baş etmeye çalışırken, toplumu ilerideki kuşaklara başarıyla taşıyabilecek önemli adımlar da bu yüzyılda atılabilmektedir. (...) Geleneksel usta-çırak usulü eğitimin hakim olduğu darüşşifalardaki eğitimin çağın gereklerini karşılayamadığının görülerek, modern bir tıp eğitimi tesis edebilmek için ilk adımlar yüzyılın ilk çeyreğinde atılır. 14 Mart 1827'de, İstanbul'da, Tıphane-i Amire ve ardından Cerrahhane-i Mâmure'nin kurulması, bugün Türkiye'de çağdaş tıp eğitiminin başlangıç noktası olarak kabul edilir.(...) Bu sürecin en önemli göstergesi 1839 yılında ilan edilen reform bildirgesi "Tanzimat Fermanı"dır. Aynı eğilim tıp eğitiminin ve öğretiminin yeniden ele alınarak, kurumsal olarak yeniden düzenlenmesinde de kendini göstermiştir.⁴⁶ 1839'da Tıbhane ile Cerrahhane Galatasaray'da birleştirildiği sırada adına: Darululûmihekimiyeyi Osmaniye ve Mektebi Tıbbiyei Adliyei Şahâne denilmiştir.⁴⁷ 1827'de açılan ve 1839'da tam anlamıyla modern niteliğe bürünen Askeri Tıp Okulu'nun varlığı yadsınamaz bir gelişmeydi. Yine 1866'de açılan Sivil Tıp Okulu'nun da aynı şekilde tıbbın modernleşmesinde çok önemli katkıları olmuştur.⁴⁸ Osmanlı İmparatorluğu döneminde, Muvakkat Maarif Meclisi tarafından 1846 da kurulması kararlaştırılan Darülfünun'un açılması ancak 1863 de gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte Darülfünunun, 1865'de binanın yanması nedeniyle bir süre etkinlik gösterememiştir. Daha sonraki tarihlerde Darülfünun-u Osmani adı altında kurulmuş bulunan kurum

⁴⁵ Dinç, s.94.

⁴⁶ Yeşim Işıl Ülman ve diğerleri, "Modern Dönem Osmanlı Tıbbı (1827-1923)", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı**, İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s.97.

⁴⁷ Gür, s.47.

⁴⁸ Erdem Aydın, "19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması" dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1272/14647.pdf, (22.11.2014), s.189.

değişik tarihlerde Darülfünun-u Şahane adını almıştır. Bu dönemde Darülfünun'un, adıyla birlikte örgütsel yapısı da önemli değişikliklere uğramıştır. Sonuçta, Darülfünun-u Osmani adını taşıyan üniversite Cumhuriyetin ilanından kısa bir süre sonra, 1924 de, 493 sayılı Yasa ile İstanbul Darülfünunu adını almıştır. Her ülke ve her dönemde olduğu gibi Osmanlı İmparatorluğunda da yönetim değişiklikleri üniversiteye yansımış bunun sonucu olarak da Darülfünun ismi zaman zaman değişmiştir. 1924 yılında çıkarılan 430 sayılı "Eğitimin Birleştirilmesi" Yasası ile medreseler kapatılmıştır. Cumhuriyet Türkiye' sinin bu ilk yükseköğretim kurumu olan İstanbul Darülfünun'u tıp, hukuk, edebiyat, fen ve ilahiyat fakültelerinden oluşmakta idi. Tüzel kişiliğe sahip olan bu kurum katma bütçe ile yönetilmekteydi. Ancak, kuruluşu ile kendinden çok şey beklenen İstanbul Darülfünun'u Atatürk'ün birbirini izleyen devrimlerine ayak uyduramamış, devrimleri desteklememiş, hatta bu devrimlerden bazılarını ters düşmüş ve 9 Mayıs 1933 tarihinde kendisine bağlı bütün kuruluşlarıyla beraber kapatılarak "İstanbul Üniversitesi'ne dönüşmüştür.⁴⁹

1933 yılında Darülfünun'un yenileştirilmesi amacıyla İsviçre'den çağrılan profesör Albert Malche'ye üniversite hakkında bir rapor hazırlanmıştır. Bu rapora dayanılarak aynı yıl 2252 Sayılı Kanunla Darülfünun kapatılmıştır. Ancak üniversite, Kasım 1933 yılında "İstanbul Üniversitesi" adıyla yeniden açılmıştır. 1933 yılında yapılan reformla İstanbul Üniversitesinin eski yapısı önemli ölçüde değişmiştir. (...) İstanbul Üniversitesi'ndeki akademik kadronun büyük bir bölümünü Almanya'da Hitler faşizminden kaçarak Türkiye'ye gelen bilim adamları oluşturmaktaydı. Bu nedenle, o dönemde İstanbul Üniversitesi için "Berlin dışındaki en büyük Alman üniversitesi" yakıştırmaları bile yapılmıştır. 1945'li yıllara kadar Türkiye'de kalacak olan bu Alman bilim adamları, Türkiye'de Alman üniversite modelinin yerleşmesinde önemli bir katkı yapmışlardır. İstanbul'da yükseköğretim alanında bu gelişmeler yaşanırken, Ankara'da da yeni yükseköğretim kurumları açılmıştır. 1933 yılında, Ankara Yüksek Ziraat Enstitüsü kurulmuş, daha sonra 1948 yılında Ankara Üniversitesi'ne bağlanarak, Ziraat Fakültesi adını almıştır. 1935 yılında ise; İstanbul'daki Mülkiye Mektebi, Siyasal Bilgiler Fakültesi adıyla Ankara'ya taşınmıştır. Aynı yıl Ankara'da Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi de kurulmuştur. 1925 yılında Ankara'da Hukuk Mektebi'nin adı Hukuk Fakültesi olarak

⁴⁹ Gülsün Atanur Baskan, "Türkiye'de Yükseköğretimin Gelişimi", **G.Ü. Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt:21, Sayı:1, 2001, s.25.

değiştirilmiştir. 1943 yılında da, Ankara Fen Fakültesi kurulmuştur.⁵⁰ 1933 Üniversite Reformuna kaynaklık eden ruh ile kurulan İstanbul, İstanbul Teknik ve Ankara Üniversitesi, İkinci Dünya Savaşından sonra çok partili döneme giren toplumun değişen gereksinim ve koşulları karşısında yetersiz kalmaya başlamışlardır. Toplumdaki hızlı gelişmelere koşut olarak hazırlanarak 1946 yılında yürürlüğe giren 4936 Sayılı Üniversiteler Kanunu, üniversiteleri yapısal bir bütünlük içinde toplayıp, bu bütünlüğün yönetsel boyutuna “Üniversitelerarası Kurul” adı vererek yeni bir kuruluşu gerçekleştirmiştir. Milli Eğitim Bakanını üniversitelerin üst düzey yöneticisi olarak kabul eden bu yasa aynı zamanda bakana yükseköğretim kurumlarını denetleme yetkisini de vermiştir. Bu kurul işbirliğinin sağlanması ve sorunlara ortak çözüm aranması bakımından önemli bir yenilik olarak kabul edilebilir. Çok partili dönemin ilk onbeş yılında geri kalmış yörelerde üniversite kurmak, kültürü ve yükseköğretimi yurt düzeyine yaymak, bölgelerarası farkı ve dengesizliği gidermenin akılcı ve gerçekçi yolu olarak benimsenmiştir. Bu görüş çerçevesinde 1950-1960 arası İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük kentlerde kurulan üniversitelerin yanı sıra diğer illerde de üniversiteler kurulmaya başlamıştır.⁵¹ Üniversiteler “Yüksek araştırma ve öğretim birlikleri” olarak tanımlanmış ve üniversitelerin bilimsel ve yönetsel anlamda özerkliği yeniden getirilmiş, tüzel kişiliği tanınmıştır. Ancak tam bir yönetsel özerklik söz konusu olmamıştır.⁵²

1961 Anayasası, üniversitelere yönetsel ve bilimsel yönden bir özerklik getirmiştir. Bu Anayasanın; üniversitelerin kendi seçtiği organlar tarafından yönetileceği, öğretim üye ve yardımcılarının üniversite dışındaki makamlarca görevlerinden uzaklaştırılmayacağına ilişkin hükümler içeren 120.maddesi o güne kadar yapılanlardan daha geniş ve kapsamlı yapısal ve yönetsel değişikliklerin ifadesi olarak yorumlanabilir.⁵³ 27 Mayıs 1960 Askeri Harekatından sonra çıkarılan 115 Sayılı Kanunla üniversitelere “özerklik” verilmiştir. Bu dönemdeki en önemli gelişmeler ise; toplum da hızla artan yükseköğretim talebini karşılamak amacıyla, 1965 yılında, özel yüksekokulların açılmasına izin veren 625 Sayılı Kanundan sonra,

⁵⁰ Ramazan Kılıç, "Türkiye'de Yükseköğretimin Kapsamı ve Tarihsel Gelişimi", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 3, Kasım 1999, ss.9-10.

⁵¹ Baskan, s.26

⁵² Sultan Kavili Arap, "Türkiye Yeni Üniversitelerine Kavuşurken: Türkiye'de Yeni Üniversitelerin Kuruluş Gerekçeleri", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:65, Sayı:1, s.8.

⁵³ Baskan, s.27.

birçok özel okul açılmıştır. (...) 1973 yılına kadar ikisi dışında tamamı üç büyük şehirde yer alan toplam dokuz üniversite bulunmaktaydı. Bunlar; İstanbul Üniversitesi (1923), İstanbul Teknik Üniversitesi (1944), Ankara Üniversitesi (1946), Karadeniz Teknik Üniversitesi (1955), Ege Üniversitesi (1955), Orta Doğu Teknik Üniversitesi (1956), Atatürk Üniversitesi (1957), Hacettepe Üniversitesi (1967) ve Boğaziçi Üniversitesi (1971) dir.⁵⁴ 1960 dan 1973 yılına kadar, bir başka deyişle 1750 sayılı Yasanın çıkışına kadar geçen süre içinde Türkiye’de yükseköğretim alanında değişiklikler sürmüştür. Bu kapsamda, 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası’na dayanılarak özel yüksekokulların açılması ve Anayasa Mahkemesi kararıyla adı geçen yasanın iptali sonucunda bu kurumların kapatılması, dönemin kamuoyunu yakından ilgilendiren eğitim konularının başında gelmiştir.⁵⁵

Yine bu dönemde; Anayasanın “iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plana göre gerçekleştirileceği” ilkesine dayalı olarak planlı döneme geçilmiştir. Ancak, aradan geçen 11 yıl içinde, yükseköğretim alanında özellikle üniversitelerimiz açısından plan dönemlerinin gerektiği gibi değerlendirilememiş olduğu gerçeğinden hareketle 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu 1973’de yürürlüğe konulmuştur (Üniversiteler Kanunu Tasarısı Genel Gerekçe, 1972,s.3). (...) 1750 sayılı Yasanın öngördüğü üniversitelerüstü bir kuruluş olan Yükseköğretim Kurulu ve bazı hükümler pek çok madde gibi Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla iptal edilmiştir. Bu durum, üniversitelerin kalkınma planlarında öngörülen eğitilmiş insan gücünü yetiştirmek amacıyla işbirliğinin gerçekleştirilmesini ve yükseköğretimin bir çatı altında bütünleşmesini önlemiştir.⁵⁶

Bilindiği gibi, 1981 yılında kabul edilen Yükseköğretim Kanunu ile yeni bir rejime geçilmiş, bunun bir parçası olarak da alana hükmetmek üzere, Yükseköğretim Kurulu adı verilen, merkezi bir kuruluş oluşturulmuştur. Akabinde de, bazı istisnalar dışında, bütün yükseköğretim üniversite altında toplanmıştır. Bu yapılırken de, üniversite içinde hangi akademik disiplin ve meslek dallarının, hangi eğitim düzeylerinde, ne şekilde örgütlenerek yer alacağı ve hatta alt birimlerin (örneğin fakültelerin) ne adlar taşıyacağı belirlenmiştir. Bütün bunlar, artık alandaki neredeyse tek örgütsel biçim haline getirilmiş üniversitelerin birbirlerine benzer hale gelmeleri

⁵⁴ Kılıç, s.12.

⁵⁵ Baskan, s.27.

⁵⁶ Baskan, ss.27-28.

yönünde atılmış adımlardır. Ancak bu rejim değişikliğiyle, bir yandan da, üniversitelerin kendi aralarında daha rekabetçi hale gelmeleri de istenmiştir. Bunun bir parçası olarak da, devlet üniversiteleri dışında, vakıf üniversitelerinin ortaya çıkmasına imkân tanınmıştır.⁵⁷

1982 reformunun, dolayısıyla 2547 sayılı Kanunun üniversitelerimizde özerkliği ortadan kaldırdığı, bu Kanunun üniversiteleri “zapt-ü rapt” altına aldığı çok sayıda bilim insanı tarafından ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunanlara göre 2547 sayılı Kanun askeri bir yönetimin, olağanüstü bir rejimin ürünüdür. Bir başka bilim adamı da 1982 reformunu değerlendirirken, “YÖK sisteminin yaptığı en büyük tahribat, bilime ve bilim adamına olan saygınlığın yok edilmesidir” ifadesini kullanmaktadır.⁵⁸ Bu aleyhteki görüşler karşısında YÖK sistemine daha ılımlı yaklaşan birtakım görüşler de bulunmaktadır.

YÖK ile başlayan Vakıf üniversitelerinin kurulması aynı zamanda Türk Yükseköğretim yapısında Amerikan Modeline geçilmesinin önemli bir adımı olarak kabul edilmektedir. ABD sisteminin etkileri ile 1984 yılında vakıflarca kurulmaya başlanan kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf üniversitelerinde önemli artışlar olmuştur ancak bu kurumlar sistem içerisinde akademik ve yönetsel anlamda kamu üniversitelerine göre önemli farklılıklar göstermektedir.⁵⁹ Bir diğer görüşe göre ise 1980 sonrası reform; Amerikan üniversite modeli “Market Model University” = Pazar Temelli Üniversite” olarak kavramsallaştırılır. Çağdaş şirket modeline göre tasarlanan modelin amacı “karı maksimize etme” kuralına uygun işlemektedir. Bu kapsamda öğrenci-üniversite, üniversite-toplum ilişkisi, ve en önemlisi akademik içerik bu kurala göre yapılandırılmıştır.⁶⁰

⁵⁷ Behlül Üsdiken, Başak Topaler, Özgecan Koçak, "Yasa, Piyasa ve Örgüt Tiplerinde Çeşitlilik: 1981 Sonrasında Türkiye’de Üniversiteler", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:68, Sayı:3, 2013, s.190.

⁵⁸ Mehmet Arslan, "Cumhuriyet Dönemi Üniversite Reformları Bağlamında Üniversitelerimizde Demokratiklik Tartışması", **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı : 18, 2005/1, s.34.

⁵⁹ Aydın Balyer, Yüksel Gündüz, "Türk Yükseköğretim Yönetim Sisteminde YÖK ile Yaşanan Paradigmatik Dönüşüm: Vakıf Üniversiteleri Çelişkisi", **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı:31, 2011/2, s.73.

⁶⁰ Başak Alan, "1980 Sonrası Üniversite Reformu", **Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Eğitim Yönetimi ve Politikası Anabilim Dalı Eğitim Ekonomisi Yüksek Lisans Programı**, Ocak, 2008, Ankara, 80.251.40.59/education.ankara.edu.tr/aksoy/reform/odevler/.../alanb.doc, (26.02.2015), s:1.

Dünya'da ve Türkiye'de üniversitelerin tarihini kısaca özetledikten sonra, konumuz olan Vakıflar ve Vakıf Üniversitelerine değineceğiz.

1.3.VAKIF KAVRAMI VE TARİHÇESİ

Vakıf kurumunun oluşumuyla ilgili elimizde kesin diyebileceğimiz bilgiler yoktur. Zaten tarihin, özellikle milattan önceki kesitini, tarihçiler de kesin ve net olarak ifade edememektedirler. Dolayısıyla tarihsel bir kurum olan vakfın da oluşumu hakkında da net bilgiler yoktur. Ancak tarihçilerin ve bu konuda uzman olan bilim adamlarının söyledikleri ışığında vakıf kurumunun oluşumu hakkında bilgi kırıntıları edinebiliriz. Bu konuda öncelikle vakıf kurumunu oluşumundaki temel etkenlerin neler olduğunu ortaya çıkarılması lazım geldiği kanaatindeyiz. Vakıf etimolojik olarak incelendiğinde Arapça kökenli bir kelimedir; “durdurma” ve “hapsetme” anlamına gelmesine rağmen, günümüz de ise bir kurumu anlatmak için kullanılmaktadır. Bu anlamıyla vakıf, bir malı başkalarının müdahalelerinden men etmek olarak tanımlanmaktadır.⁶¹

Bütün vakıf tanımlamalarındaki ortak özellik, bir malın kamu hizmetine tahsis edilmesidir. Bu özellik o kuruma sosyal içerik, kazandırmaktadır. Çünkü kurum kamuya yönelik faaliyet gösterdiğinden, kamu ihtiyaçlarını gidermeyi, karşılamayı amaç edindiğinden, ayrıca söz konusu kamu hizmetinden faydalanan kesimin insanlardan oluşması nedeniyle kurumla toplum arasındaki ilişki ilgili kuruma sosyal özellik kazandırmaktadır.⁶²

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 101/1'e göre "*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶³ Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir (TMK m. 101). Bir malın ya da mal topluluğunun belirli bir amaca özgülenerek, vakfedenin yaşamından sonra da, bağımsız bir varlık olarak

⁶¹M.Refik Korkusuz, Ömer Ergün, "**Hukuksal Boyutları ile Eski ve Yeni Vakıflar**", <http://www.dicle.edu.tr/Contents/c3815664-8a98-463a-8100-f21edc9cb324.pdf> , (23.11.2014), ss.71-72.

⁶² Adnan Ertem, "**Vakıf**", <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/244.pdf> , (23.11.2014) , s.1.

⁶³**Türk Medeni Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> , (23/11/14).

sürdürülmesi, toplumsal yaşayışın çeşitli gereksinimlerini karşılamaktadır. Örneğin bilimsel araştırmaların geliştirilmesi; salgın hastalıkların önlenmesi; en iyi bilim ve sanat eserlerine ödüller verilerek bilim ve sanatın ilerletilmesi; belirli endüstri alanları da atılımlar yapılması; belediye ve kent sorunlarının çözümü vb. gibi.⁶⁴

Tarih boyunca bir çok toplumda vakıf veya vakıf benzeri kurumların izleri görülebilmektedir. Mezopotamya'da bazı tabletlerde vakfa benzer kurumlardan bahsedilmektedir. Babil'de bir şahıs, ruhunun selamete ermesi için bir tapınak yaptırmış ve bu tapınağın yanındaki bir toprak parçasını da rahibe bir mesken yaptırılması için ayırmıştır. Tasarruf sahibi mal üzerindeki her türlü iddiadan vazgeçmeyi, aksi halde hükümdarın düşmanı olmayı kabul etmiştir. Eski Mısır hukukunda da vakıf fikri mevcuttu. İlahlara, mabetlere ve kabirlere bazı tahsisler yapılmaktaydı. İnsanlar ilahlara yakınlaşmak gayesi ile bu çeşit tahsislerde bulunurlardı. Mısırlılar evlatlık vakıfları bilmekteydi. Aileye ve çocuklara vakıflar yapmışlardır. Mütevellilik de genellikle en büyük erkek çocuğa tevdi edilirdi.⁶⁵ Bunlar dışında eski Yunan uygarlığı, Roma İmparatorluğu, Cermen hukuku ve Bizans ta da vakıf benzeri yapıların bulunduğunu bildiren yayınlar mevcuttur.⁶⁶

Eski Türklerde vakıfların varlığı hakkında iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri -Türk olup olmadıkları tartışması bir tarafa bırakılırsa- Türklerde vakıfçılığın ilk vesikası Hititler'de Kral Hattusilis tarafından bir taş üzerine yazdırılan (M.Ö. 1280-1290 tarihine ait) bir Hitit vakfiyesidir. Boğazköy kazılarında elde edilen bu vesika halen İstanbul Arkeoloji Müzesinde muhafaza edilmektedir. Söz konusu vesikada yazılanlardan çıkarılan sonuç kamuya yararlı dini bir vakıf görüntüsü vermektedir. (...) Budist Uygur Türklerine ait bir kitabe Doğu Türkistan'da Turfan kazılarında elde edilmiştir. Kitabe Vakıflar Genel Müdürlüğü arşivindedir. Kazıda elde edilen kitabeye bakarak vakıf müessesesinin tüzel kişiliği hakkında bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bu Uygur vakfiyelerinin M.S. 12-13. asırda meydana getirildiği anlaşılmaktadır. Bu asırdan öncesine taalluk eden belgelerin vakıftan ziyade kralların mabet yaptırmaları, bu mabetleri ziyaret eden Budistlerin rahiplere hediye vermesine yöneliktir. Yukarıda anlatıldığı gibi eski Türklerde vakfa benzer

⁶⁴ Korkusuz, s.70.

⁶⁵ Ertem, s.3.

⁶⁶ Bülent KÖPRÜLÜ, "**Tarihte Vakıflar**" , <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3015.pdf>, (23/11/2014), sayfa:479-518).

kurumlara rastlamak mümkündür. Her ne kadar Türkler tarih boyunca çoğunlukla göçebe bir hayat yaşamışlarsa da, çeşitli büyük çapta şehirler kurmuşlardır. Diğer taraftan dini gelenekleri ve yaşayışları her zaman yardımlaşmayı desteklerken, fazla mal biriktirmeye karşı olmuşlardır. Eski Türklerin göçebe yapısı somut bir vakıf örneği vermeyi güçleştirmektedir.⁶⁷

Uygur Devleti'nin en önemli kentlerinden olan Turfan ve Beş-Balıg'ı 981-984 yılları arasında ziyaret eden Çinli gezgin Vang Yen-tö buradaki gözlemlerini şu cümlelerle anlatmaktadır: "Uygur ülkesinde fakir insan yoktu. Yiyecekleri olmayanların imdadına da devlet ve halk koşardı. Bir çok insanlar, böyle sosyal bir yardım düzeni ile yaşarlardı." Görülüyor ki sadece devlet değil, aynı zamanda Türk halkı da ihtiyaç sahiplerine yardımda bulunmakta ve sosyal dengenin bozulmamasına dikkat etmekteydiler.⁶⁸

Türklerde vakıf kültürünün yerleşmesi özellikle islamiyetin kabulünden sonra belirgin hale gelmiştir. Selçuklular ve Osmanlılarda hemen hemen bütün hizmetler ya bizzat ya da dolaylı olarak vakıflar tarafından yerine getirilmiştir. Bu nedenle batılı siyasetçiler Selçuklu ve uzantısı olan Osmanlı toplumu için "Vakıflar Cenneti" tabirini kullanmışlardır. Selçuklu İmparatorluğunun kurulmasıyla şark müslümanlığının Türk hakimiyeti altına girmesi, vakıf müessesesinin inkişafına neden oldu. İmparatorluğun her tarafında bir çok dini müesseseler ve medreseler açılmıştır. Türk Devletleri bütün gayretlerini imar ve kültür faaliyetlerine yöneltmişlerdi. Selçuklu ve Osmanlı Döneminde dini ve içtimai yardım müesseseleri yaygınlığı Türklerin vakıf müesseselerine verdikleri ehemmiyetin göstergesidir.⁶⁹

"Diğer yandan henüz sosyal devlet anlayışının olmadığı, yani devletin bazı sosyal yükümlülüklerin olmadığı bu dönemlerde vakıflar önemli görevler üstlenmiştir. Bu hizmetler şu şekilde sıralanabilir:

1. Eğitim ve öğretim hizmetleri.
2. Kültür hizmetleri.
3. Yapım, bakım ve restorasyon hizmetleri.
4. Dini hizmetler.

⁶⁷Ertem, s.7.

⁶⁸H.Ömer Özden, "Türk Vakıf Kurumunun Duygusal ve Felsefi Temelleri" <http://e-dergi.atauni.edu.tr/ataunisobil/article/view/1020000141/1020000134> , (24/11/14),s.345.

⁶⁹Ertem, s.8.

5. Sağlık hizmetleri.
6. Hayri ve sosyal yardım hizmetleri.
7. Güvenlik hizmetleri.
8. Ulaşım hizmetleri.
9. Temizlik hizmetleri.
10. Turizmi teşvik mahiyetindeki hizmetler.
11. Ekonomik hizmetler.
12. Şehircilik hizmetleri."⁷⁰

Osmanlı devletinde devlet esas itibarı ile iç ve dış güvenliği sağlamakla görevli idi. Devlet kendisini vatandaşları eğitmek, onlara sağlık hizmetleri götürmek, fakirlere yardım etmek ve ülkeyi bayındır hale getirmekle doğrudan yükümlü saymıyordu. Bu kalemler için devlet bütçesinden harcamalar yapılmıyordu. Düşünülmesi dahi çok güç olmakla birlikte, islami bakımdan bir devlet görevi olarak kabul edilmesi gerekli olan bütün bu hizmetler, eğitim, sağlık, bayındırlık hizmetleri (başta padişah, diğer devlet büyükleri ve zenginlerin) kurdukları ve devletin de vergi muafiyetleri vs. yollarla desteklediği vakıf müesseseleri tarafından gerçekleştiriliyordu.⁷¹ Ancak bu durum zaman zaman bazı sorunlara da yol açmaktaydı. Örneğin; Fatih devrinde vakıflar o kadar çoğalmıştı ki, bu yüzden devlet gelirlerinde ciddi azalmalar görülmüş ve Sultan, çıkardığı bir hatt-ı hümayunla bazı vakıfları ilga etmek zorunda kalmıştı.⁷² Osmanlı Devletinde vakıfların çok büyük bir gelişme gösterdiği, toplumun eğitim, sağlık, sosyal güvenlik gibi en temel ihtiyaçlarının ötesinde, son derece ayrıntılara dönük alanlara bile yöneldiği anlaşılmaktadır. Gerçekten o dönemlerde vakıf kurumu "toplumun tüm ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışan tek yaygın toplumsal kuruluş" haline gelmiştir.⁷³ XVIII. yüzyılda vakıf kurucularının %80-90'ının askerî zümre mensupları, %10-20 kadarının ise reaya olduğu görülmektedir. Yine devşirme sisteminin bir sonucu olarak aynı yüzyılda büyük vakıfların %14'ü köle asıllılar tarafından kurulmuştu. Bu vakıflardan bir kısmı padişah ve vezirlere ait olan büyük vakıflardı. Bunların bazı

⁷⁰ Ahmet Turan Yüksel, "**Türk-İslam Medeniyetinde Vakıfların Yeri ve Önemi**", <http://www.ilahiyat.konya.edu.tr/indir.php?b=4&dfa=0255936001222166141&dga=13atyuksel47-54.pdf>, (23/11/14), s.49.

⁷¹ Mehmet Merve Özaydın, "Vakıfların Sosyal Politika İşlevleri ve Günümüzde Artan Önemi", **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2003, s.6.

⁷² <http://www.enfal.de/sosyalbilimler/v/001.htm>, (03.02.2015).

⁷³ Özaydın, s.5.

idarî-malî muafiyetleri vardı. Bu tür vakıfların gelirlerine devlet memurlarının müdahaleye yetkileri olmadığı gibi bir mülkname ile tespit edilen varidattan başka bir gelirin oluşup oluşmadığı da teftiş edilemezdi.(...) 1713'lerde İstanbul, Edirne ve Bursa gibi şehirlerdeki birçok vakfın Evkaf muhasebesi adıyla bağımsız bir kalem oluşturduğu kaynaklarımızda zikredilmektedir. Ancak vakıflar 1826'da Evkaf Nezareti kuruluncaya kadar nazır ve mütevelliler vasıtasıyla idare edilmiştir. Bu tarihte tahsisat kabilinden vakıflar Maliye hazinesi tarafından zaptedildi ve Hazine ile kolay ilgi kurulamayan vakıflar için de söz konusu Nezaret kuruldu.⁷⁴

Sultan Mahmud döneminde başlayan Batılaşma ve Batı örneğine göre kurumlaşma hareketi; Saray'ın kurduğu vakıflar için bir merkezî örgüt kurulmasına ve kısa bir süre sonra da bu merkezî örgütün üst yetkilisi olan "Evkaf Nazırı"nın da "Bakanlar Kurulu"na dahil bir "bakan", bu örgütün de "bakanlık" konumuna gelmesine yol açacaktır. "Evkaf Nezareti", bir yandan Hanedanın vakıflarını yönetecek, diğer yandan ferdlerin kurduğu vakıflar üzerindeki yetkileri günden güne genişleyecektir.⁷⁵

1.4.TÜRK HUKUKUNDA VAKIFLARIN YERİ

"Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılmasıyla onun mirası üzerine kurulan Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı İmparatorluğu'ndaki vakıf kurumu gibi, bazı kurumları devam ettirmiştir. Vakıf, Osmanlı İmparatorluğu'nda geçirdiği birçok aşamadan sonra Evkaf-ı Hümayun Kurumu tarafından idare edilmiş ve fıkıh esaslarına göre hukuksal statüsü belirlenmişti. Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra, vakıfların yönetimi 3 Mart 1924 tarihine kadar, Şeyh-ul İslam'lıkla birleştirilerek Şer'iyye ve Evkaf Vekaleti adı altında, bir vekalet kurumu içerisinde düzenlenmiştir. 1924 yılında Şer'iyye ve Evkaf Vekaleti 429 sayılı kanun ile ilga edilerek bu teşkilatın görevlerini yerine getirmek üzere, Başbakanlığa bağlı olarak oluşturulan Vakıflar Genel Müdürlüğü (VGM) kurulmuştur. 4 Ekim 1926 yılında ise Medeni Kanun (MK) yürürlüğe girmiştir. Yine aynı tarihte yürürlüğe giren "Kanun-u Medenin Sureti Meriyeti ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanun" da, vakıflarla ilgili

⁷⁴ Ahmet Tabakoğlu, "Klâsik Dönem Osmanlı Vakıf Sistemi", <http://www.mimar.cc/makale/klasik-donem-osmanli-vakif-sistemi-105.html>, (24/11/2014).

⁷⁵Hüseyin Hatemi, "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LV, Sayı:4, 1997, s.119.

olarak bir hüküm getirilmektedir. İlgili Yasa'nın 8. maddesinde, "*Kanun-u Medenin meriyeti vaazından mukaddem vücuda getirilen evkaf hakkında, ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur*" denilerek ayrı bir kanundan söz edilmektedir. Yani, 1926 yılından önce kurulmuş ve varlığını devam ettiren vakıflarla ilgili olarak ayrı bir Vakıflar Kanunun çıkarılacağından söz etmektedir (...) Daha sonra 1935 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu (VK) olarak yürürlüğe girmiştir. MK yürürlüğe girdikten sonra, tarihsel bir anlam yüklü olan "vakıf" terimi yerine belki de kaynak alınan yasanın dilimize çeşitli komisyonlar tarafından çevrilmiş olması sonucu "tesis" terimi kullanılmıştır. Bu durum, doktrinde tartışmaya sebep olmuş, sonuç olarak iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar, MK' da "vakıf" terimi ile "tesis" terimlerinin bir arada kullanılmasının yerindeliğini savunarak; bu şekilde hukuk dilimizin zenginleşeceğini ileri sürmektedirler. Ayrıca MK' un kabulünden önce kurulmuş vakıflar için "vakıf" terimini, kullanarak iki terimin daha açık olarak birbirinden ayırt edilebileceğini belirtmiştir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise "vakıf" terimin uygulamaya yerleşmiş ve herkesçe benimsenmiş bir terim olduğunu belirterek, "tesis" teriminin kullanılmasını yerinde bulmamışlardır. MK' un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş vakıflar ile MK hükümlerine göre kurulmuş vakıfları birbirinden ayırt etmek için, MK' un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan vakıflara "eski vakıflar"; MK hükümlerine göre kurulmuş olan vakıflara da yalnızca "vakıflar" diyerek bu ayrımın vurgulanabileceği ifade edilmiştir. İşte 2762 sayılı Vakıflar Kanunu (VK) uygulandığı ve 1926'dan önce kurulmuş olan vakıflar, eski vakıf olarak kabul edilmektedir."⁷⁶

Cumhuriyet döneminde, 1967 yılına kadar, yeni kurulacak Vakıflar İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen Türk Medenî Kanunundaki birkaç kurala bırakılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu'ndaki *Stiftung* (Fondation) terimi de "vakıf" terimi ile karşılanmayıp "tesis" terimi kullanılmıştır. Bir yandan "tesis" adı altında sunulan bu hükümlerle dînî çağrışımlar yapan "vakıf" arasında güçlü bir ilişki kurulamamış ve çekingenlik duyulmuş olması, diğer yandan sermaye birikiminin yeterli seviyede olmayıp İslâm Hukuku'nda olduğu gibi vakıf kurma işleminin ancak tek kurucu ile yapılabileceği kanaati, 1967 yılına kadar Medenî Kanuna göre kurulacak olan "Yeni Vakıf" uygulamasının çok sınırlı olmasına yol açmıştır. (...)

⁷⁶Korkusuz, ss.84-86.

1967 de Medenî Kanun'un vakıf (tesis) kurumuna ilişkin hükümleri değiştirilmiş ve "vakıf" terimi Türk Hukuk diline yeniden getirilmiştir (903 Sayılı Kanun). Bu Kanundan sonra vakıf uygulaması hızla genişledi. Cumhuriyet'den bugüne kadar kurulmuş olan vakıfların sayısının dörtbine yaklaştığı söylenebilir. 1994 başlarında bu rakam 3122 olarak verilmektedir.⁷⁷ 2008 yılında gerçekleştirilen bir kanun değişikliği ile gerek eski gerekse yeni vakıflar artık tek bir kanunda toplanarak, ikiliğe son verilmiştir. Böylece ülkemizde bulunan tüm vakıflar artık Vakıflar Kanunu ile Medeni Kanun hükümlerine tabidir.⁷⁸

Tarihimizde çok önemli görevler ifa ederek sosyal ve kültürel hayatımızda çok büyük görevleri başaran vakıflar, günümüz dünyasında farklı görünüşleri ile yerlerini almaktadırlar. Bugün materyalist batı toplumlarında, üçüncü sektör olarak ifade edilen gönüllü yardım kuruluşları, kamu ve özel sektörden sonra dev bir sektör olarak yerini almaktadır. Kar amacı gütmeyen sektör, gönüllü sektör ya da üçüncü sektör olarak isimlendirilen yeni vakıf yapıları güçlü sektörler olarak belirmektedir. Tüm dünyada kamu ve özel sektörün yanında kendine özgü dinamikleri ile ortaya çıkan üçüncü sektör kuruluşları kar amaçlı özel sektör ile iktidar amaçlı kamu sektörü yanında, kar amacı gütmeyen ancak kamu ile ilgili bir alanı dolduran kurumlar olmuşlardır. Vakıflar başlangıçta, ferdi ve sosyal ihtiyaçların karşılanması amacı ile ortaya çıkmıştır. Ancak daha sonra toplum hayatında meydana gelen değişimlere uygun olarak içinde bulunduğu toplumların sosyal, kültürel yapısı, ekonomik imkanları ve kabiliyetleri oranında değişmiş ve gelişmiştir.⁷⁹

Vakıflara tanınan çeşitli mali ayrıcalıklar, var olan çeşitli vakıfların denetlenmesindeki eksiklikler, gerek ulusal ve gerekse uluslar arası alanda ekonomik, siyasi ve sosyal alanlarda vakıfların çeşitli yolsuzluklara ve yasadışı işlere karıştıklarına dair haberlere de neden olmaktadır.⁸⁰ Bu nedenle ülkemizdeki vakıf mevzuatının daha titiz düzenlenmesi ve vakıfların daha sıkı denetim altında tutulması ve bu vakıflara tanınan vergi avantajları gibi bazı mali hakların yeniden gözden geçirilmesi gerektiğine inanıyorum

⁷⁷ Hatemi, s.123.

⁷⁸ Şebnem Akipek Öcal, " Tüzel Kişi Kavramı, Türleri, Dernekler ve Vakıflar", **Medeni Hukuk-1 Ders Kitabı**, (Ed. Hayriye Şen Doğramacı), AÖF Yayınları, 5. Baskı, Eskişehir, 2013, s.63.

⁷⁹ Özaydın, ss.13-14.

⁸⁰ Duygu Güvenç, "ABD Raporunda Vakıf Bombası" , **Cumhuriyet**, 02.05.2014, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/67563/ABD_raporunda_vakif_bombasi.html, (03.02.2015).

1.5.TÜRKİYE'DE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNİN GELİŞİMİ

"Türkiye'de İstanbul Üniversitesinin kurulduğu 1933 yılından 1982 yılına kadar üniversite sayılarında sürekli bir artış gözlenmiş ve 1982 öncesinde toplam üniversite sayısı 19'a ulaşmıştır. 1982 yılında 8 yeni devlet üniversitesi daha kurulmuş ve üniversite sayısı 27'ye yükselmiştir. 1984 yılında ilk vakıf üniversitesi olan İhsan Doğramacı Vakfı Bilkent Üniversitesi kurulmuştur. 1987 yılı itibariyle 29 olan toplam üniversite sayısı 1992 yılında kurulan 24 yeni üniversiteyle (23 devlet üniversitesi ve 1 vakıf üniversitesi) 53'e yükselmiştir. Bu durumda Türk yükseköğretiminde 1992 yılının üniversite sayısında görülen büyüme açısından bir dönüm noktası olduğunu söylemek yanlış olmaz. 1992 yılından sonra 2006 yılına kadar ki sürede görülen toplam üniversite sayısındaki artış vakıf üniversitelerinin sayısında görülen artıştan kaynaklanmıştır. Çünkü 1994 yılı itibariyle 53 olan devlet üniversiteleri sayısında 2006 yılına kadar hiçbir değişim olmazken; 1994 yılında 3 olan vakıf üniversitelerinin sayısı 2006 öncesinde 24'e ulaşmıştır. 2006 yılında 15 devlet ve 1 vakıf, 2007 yılında 17 devlet ve 5 vakıf, 2008 yılında 9 devlet ve 6 vakıf, 2009 yılında 9 vakıf, 2010 yılında 8 devlet ve 9 vakıf ve 2011 yılında 1 devlet ve 8 vakıf üniversitesi kurulmuştur. Bir başka ifadeyle; 2006 yılından günümüze kadar 50'si devlet ve 38'i vakıf olmak üzere toplam 88 yeni üniversite kurulmuştur. 2011 yılı itibariyle devlet üniversitesi sayısı 103'e ve vakıf üniversitesi sayısı 62'ye ulaşırken toplam üniversite sayısı 165'e yükselmiştir. Bu durumda 2006 yılından önce 77 olan toplam üniversite sayısı 2006 yılından sonra yaklaşık %115'lik artış göstermiş ve 165'e yükselmiştir. Böylece 1992 yılından sonra 2006 yılının da Türk yükseköğretiminde üniversite sayılarında görülen artış bakımından önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir. 1933'den 2006 yılına kadar 73 yılda 77 üniversite kurulmuş, ancak 2006'dan 2011 yılına kadar 6 yılda 88 üniversite kurulmuştur."⁸¹ Şekil 1'de Türkiye'de Yıllara Göre Toplam Üniversite Sayıları (1933-2011) görülmektedir.⁸²

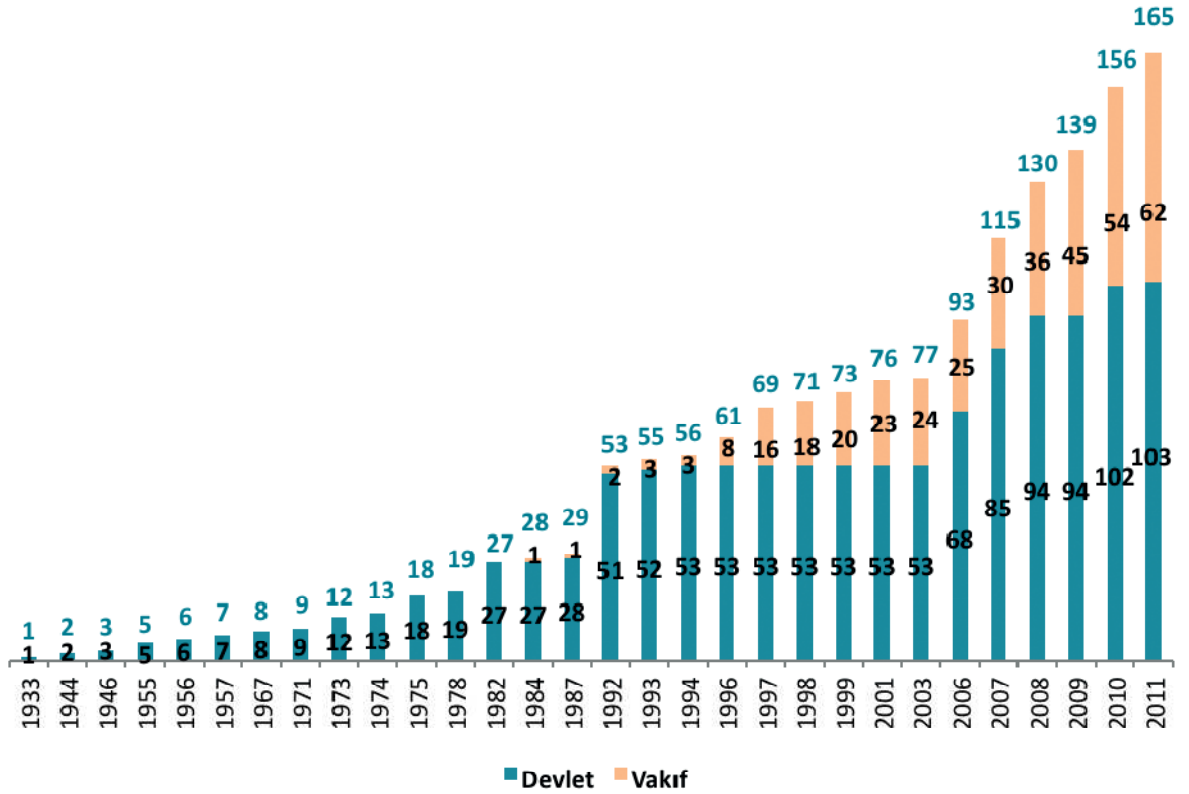
Görüldüğü gibi, 1994 yılından itibaren vakıf üniversiteleri sayısında artış başlamış ve 2006 yılından sonra bu artış iyice belirgin hale gelmiştir. Ancak ülke

⁸¹ Durmuş Günay, Aslı Günay, "1933'den Günümüze Türk Yükseköğretiminde Niceliksel Gelişmeler", **Yükseköğretim ve Bilim Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2011,s.2.

⁸²Günay,s.7.

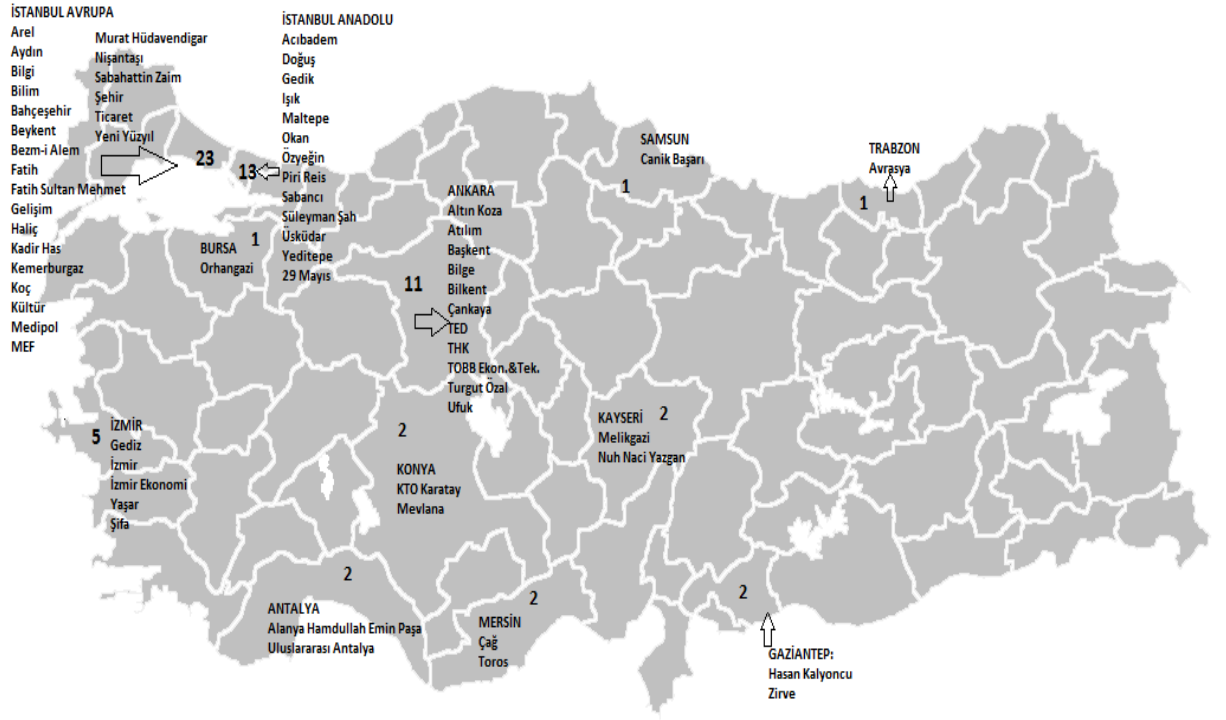
çapındaki dağılım homojen değildir. Şekil'2 de ise 2011 yılı itibariyle vakıf üniversitelerinin coğrafi dağılımı görülmektedir.⁸³

Vakıf üniversitelerindeki bu artışla birlikte, özellikle son 10 yılda bu üniversitelere bağlı Tıp Fakültelerinde de hızlı bir artış olmuştur. Bu artışta , siyasi iradenin yürütmekte olduğu Sağlıkta Dönüşüm Programı gereği hekim sayısını artırmak istemesi ve bu nedenle yeni Tıp Fakültelerinin açılmasını desteklemesi de önemli bir etkidir. Diğer bir neden ise, her ne kadar Anayasa'da " kazanç amacına yönelik olmamak şartı" var ise de, sağlık alanının Vakıf Üniversitelerine kazanç getiren bir alan olmasıdır. Bir diğer neden ise hiç kuşkusuz Vakıf Üniversitesi Hastanelerine sağlanan bazı vergi, ihale yöntemleri ve benzeri ayrıcalıklarındır.



Şekil 1: Türkiye’de Yıllara Göre Toplam Üniversite Sayıları (1933-2011).

⁸³ Sertaç Hopoğlu, "Vakıf Üniversiteleri ve TRB1 Bölgesinde Vakıf Üniversitelerinin Kurulabilirliği", Malatya, 2012, <http://www.fka.org.tr/ContentDownload/Vakif%20Universiteleri.pdf>, (12.11.2014), s.13.



Şekil 2 : Vakıf Üniversitelerinin Coğrafi Dağılımı (2011)

Türkiye'de 1980'li yıllardan başlayarak her on yılda bir, tıp fakültesi sayısı yaklaşık 2 katı artırılmıştır. Yeni açılacak tıp fakülteleri ile birlikte sayı 2010 yılında 74'e yükselmektedir. Bu 74 tıp fakültesinin 58'i devlet, 16'sı vakıf üniversitesi tıp fakültesidir.⁸⁴ Diğer yandan Tıp Fakültesi sayısındaki artış yanında fakültelerin kontenjanları da artırılmaktadır. Kontenjan ve taban puanlar açısından devlet ve vakıf üniversiteleri ayrı ayrı değerlendirildiğinde, devlet üniversitelerinin 2008 yılında 5 bin 959 olan kontenjanı, 2012 yılında 8 bin 200'ün üzerine çıktı. Vakıf üniversitelerinde ise 2008 yılında 363 olan toplam kontenjan, 2012 yılında 1077 'ye yükseldi. 2008-2012 yılları arasında devlet üniversitelerinde yıllık ortalama yüzde 8'lik bir artış olurken; vakıf üniversitelerinde yüzde 31'lik bir büyüme görüldü.⁸⁵ Bu durum ilk bakışta ülkemiz ve toplumumuz yararına görünse de, hızla ve alt yapısı hazırlanmadan açılan üniversiteler ve Tıp Fakülteleri, yetersiz eğitim kadroları ve yüksek öğrenci kontenjanları nedeniyle eğitim kalitesinin düşmesini getirecektir. Kökleşmiş devlet üniversitelerinde bile verilen tıp eğitiminin kalitesinin hala

⁸⁴ **Türk Tabipleri Birliği Mezuniyet Öncesi Tıp Eğitimi Raporu – 2010**, www.ttb.org.tr/kutuphane/mote_2010.pdf, (03.02.2015), s.1.

⁸⁵ Levent Kebapçılar ve diğerleri, "Tıpta eğitim raporu", **Genel Tıp Dergisi**, Cilt:23, Ek 1, 2013, s.2.

tartışıldığı bir ortamda, yeterli eğitim kadrosu, fiziki koşulları ve düşünsel alt yapısı olmayan, en önemlisi de yeterince denetlenmeyen bu üniversitelerden yetişen hekimlerin gelecekte ciddi bir sağlık sorunu yaratacağı ortadadır. Devletin bu konuda acilen önlemler alması gerektiği düşüncesindeyim.

1.6.TÜRKİYE'DE VAKIF ÜNİVERSİTELERİNİN ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI

Türkiye’de vakıf üniversiteleri, Anayasa’nın verdiği yetkiye dayanılarak kanunla kurulmaktadır. Anayasa’nın 130.maddesine göre, *“kanunda gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir....Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa’da belirtilen hükümlere tabidir”*

Vakıf üniversitelerinin kurulma biçimleri, organları ve tabi olacakları esaslar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na 7.8.1983 tarihli ve 2880 sayılı Kanun ile eklenen maddelerle düzenlenmiştir. Üniversiteler dışında, vakıflar tarafından meslek yüksekokulları da açılabilir. 2547 sayılı Kanunun Ek 2. maddesi uyarınca, *“Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır”*.⁸⁶ Bu maddede Vakıf Üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine haiz olduğu belirtilirken, "mali ve idari hususlar dışında" denilerek, devlet üniversitelerinden ayrılan yönleri vurgulanmıştır.

⁸⁶Hopoğlu, s.16.

Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 6.maddesinde "Kurulacak yükseköğretim kurumu, vakıf tüzelkişiliği dışında ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olur ve bu kurumun gelirleri,geçici olarak dahi hiç bir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemez. Vakıf yükseköğretim kurumuna doğrudan doğruya bağlı ve yardım yapılabilir" denilmektedir. Bu hüküm, vakıf üniversitesinin gelirlerinin vakfa aktarılmasına engel olarak üniversiteyi korumaktadır.⁸⁷ Yine bu madde ile kurulan yüksek öğretim kurumunun kurucu vakıftan ayrı bir tüzel kişiliği olduğu da vurgulanmaktadır.

Aynı kanunun ek 7.maddesinde "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumları, bu Kanunun 56 ncı maddesinde yer alan mali kolaylıklardan, muafiyetlerden ve istisnalardan aynen istifade ederler ve bunlar emlak vergisinden muaf tutulurlar" denilerek vakıf yüksek öğrenim kurumlarına muafiyet ve istisnalar konusunda tanınan ayrıcalıkların sınırlarını çizmektedir. Ek 8. madde de ise "Vakıfca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. **Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır.**" denilerek akademik organlar ve öğretim elemanlarının yasal statüleri tanımlanmaktadır.⁸⁸

31.12.2005 tarihinde yayınlanan "Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği"nin 5. maddesine göre ise Vakıf Üniversiteleri, "Vakıf üniversitesi gelirlerini sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokul, destek, hazırlık okulu veya birimleri, benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur" . Aynı yönetmeliğin 8. maddesinde ise, "Vakıf üniversiteleri ile vakıf yüksek teknoloji enstitüleri bünyesinde, fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuarlar, meslek yüksekokulları, destek, hazırlık okulları veya birimleri ile **uygulama ve araştırma merkezleri kurulabilir.**"

⁸⁷ Hopoğlu, s.17.

⁸⁸ 2547 sayılı **Yükseköğretim Kanunu** , <http://www.yok.gov.tr/documents/10279/29816/2547+say%C4%B1%C4%B1%20Y%C3%BCksek%C3%B6%C4%9Fretim+Kanunu/f439f90b-7786-464a-a48f-9d9299ba8895>, (25.11.2014), sayfa:5383.

denilmektedir. Bu yönetmeliğin 5. maddesi ile Vakıf Üniversitelerinin kuruluşu tanımlanırken, 8. madde ile halen bir çok Vakıf Üniversitesinin Tıp Fakültelerine bağlı olarak çalışan Uygulama ve Araştırma Hastaneleri tanımlanmaktadır.

Yine aynı yönetmeliğin 15. maddesinde "*Kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf yükseköğretim kurumları, kendilerine ait mal varlıklarına ve bunlar üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olup, vakıf üniversiteleri ve vakıf yüksek teknoloji enstitüleri rektörleri ile bağımsız vakıf meslek yüksekokulları müdürleri hariç her düzeydeki yöneticileri ve diğer personelini, kendi organlarının kararı ile görevlendirebilirler.*" denilerek, 5. maddede de vurgulandığı gibi, Vakıf Üniversitelerinin Kamu Tüzel Kişiliğine sahip olduğu vurgulanmakta, mal varlıklarının yönetimi ve yönetici atamalarının kuralları düzenlenmektedir.

Yönetmeliğin 23. maddesinde ise; "*Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir. Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan **akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.***" denilmiştir. Bu madde ile Vakıf Üniversitelerinde çalışacak öğretim görevlilerinin çalışmasının 2547 sayılı kanuna tabi olacağı, bu personelin devlet yükseköğrenim kurumlarına atama şartlarını taşımaları gerektiği açık olarak ifade edilmiştir. Öğretim görevlileri aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise İş Kanunu hükümlerine tabi kılınmıştır. Bu yönetmelikte ayrıca Vakıf Üniversitelerinin kuruluşu, faaliyete başlaması, uyulacak kurallar, gereğinde kapatılma koşulları da dahil bir çok konu düzenlenmektedir.⁸⁹

⁸⁹**Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği**, http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56_INSTANCE_rEHF8BIsfYR/10279/18104, (24.11.2014).

Vakıfların kuruluş ve işleyişi ise, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda belirlenmiştir. Kanunun 101. maddesine göre;

"Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.

Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir." denilmektedir. Kanunun 117. maddesine kadar vakıfların kuruluşu, işlevleri, yönetim organları, sona ermeleri gibi bir çok özellik ayrıntılı bir şekilde anlatılmaktadır. Ayrıca Vakıflar Kanunu ile de vakıflar hakkında ayrıntılı düzenlemeler yapılmış olup, özel hukuk tüzel kişileri olan vakıfların, vakıf üniversiteleri veya bunlara bağlı olan hastanelerin kuruluşunda bu yasa ve yönetmeliklere uyması gerekmektedir. Halen ülkemizde vakıf üniversitelerine bağlı 20 civarında Tıp Fakültesi Uygulama ve Araştırma Hastanesi bulunduğu ve bu sayının her geçen gün arttığı bilinmektedir.

Yukarıda açıkladığımız anayasal ve yasal dayanaklara kavuşan vakıf yükseköğrenim kurumları sayısı son 20 yılda hızla artmış, YÖK verilerine göre 72 ye ulaşmıştır.⁹⁰ Bu gelişmeye olumlu veya olumsuz bakan çok sayıda akademisyen olmakla beraber konumuz dışında olduğundan bu konuya girmeyeceğiz.

Türkiye'de ve Dünya'da üniversiteler, vakıflar ve vakıf yükseköğrenim kurumları hakkında bu genel bilgiden sonra, asıl konumuz olan hekimlerin ve Vakıf Yüksek Öğrenim Kurumlarında çalışan hekimlerin hukuki, cezai, disiplin ve etik sorumlulukları konusunu inceleyeceğiz.

İKİNCİ BÖLÜM

HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

2.1.GENEL OLARAK

"Hekimlik dünyanın en eski mesleklerinden biridir. Bir insanın, başka bir insanın acısını dindirmek için uğraştığı ilk olayda, yardım etmeye çalışan aynı zamanda ilk hekim konumundaydı. Tarih öncesi zamanlardan bugüne kadar geçen yüzyıllar boyunca hekimler, öğrendiklerini, deneyimlerini önceleri usta-çırak ilişkisi ile, daha sonraları ise yazı ile aktardılar. Yazının ve çok sonraları matbaanın

⁹⁰<http://www.yok.gov.tr/web/guest/universitelerimiz> , (26/11/2014).

bulunması, bir çok bilim dalında olduğu gibi tıp alanında da büyük gelişme ve değişime neden oldu. Ancak bilimsel gelişmenin bugün geldiği noktada dahi tıp eğitiminde usta-çırak ilişkisinin hala önemini sürdürmektedir.

Önceleri büyücülerin bilinmeyen gizli güçleri ile yaptıklarına inanılan hekimlik, yüzyıllar içinde giderek tanrısal konumundan, yeryüzüne indi. Gizli güçleri olan, kınanamaz, eleştirilemez, sonuç ne olursa olsun itiraz edilemeyen büyücü hekimlerin konumları da bu gelişmeye paralel olarak değişti. Hekimlerin de insan oldukları, gizli bir güçlerinin olmadığı, en önemlisi de hekimlerin de hata yapabilecekleri ve zarar verebilecekleri anlaşıldıkça hekimin sorumluluğu kavramı gelişmeye başladı. Önceleri "iyileştiren haklıdır" kuralı geçerli iken, sonraları sadece iyileştirmenin yeterli olmadığı, iyileştirmenin tıp bilimi ve hukuk kurallarına uyarak yapılması anlayışı gündeme gelmişti. İkinci Dünya Savaşında hekimlerin siviller üzerinde yaptıkları deneyler ise, hekimlere olan güven ve inancı sarsarken, dünya yeni gelişmeye başlayan insan hakları kavramı ile tanışıyordu. 1970 li yıllara gelindiğinde gerek hastalar ve gerekse hekim örgütlerinin girişimleri ile "hasta hakları" kavramı gündeme gelmiş ve sonraki yıllarda hızla gelişim göstermişti.

İnternetin giderek daha yoğun kullanıldığı günümüzde, bilgiye ulaşımın kolaylaşması, çok sayıda ve çeşitli kaynaklara çok kısa sürede erişimin mümkün olması, tıbbi uygulamaların ve hekimlerin giderek daha fazla sorgulanmasını gündeme getirdi. Hekimler artık Asclepius gibi birer tanrı değil, toplumun herhangi bir bireyi olmuşlardır ve bu da sorgulanabilirliklerini artırmaktadır. Buna paralel olarak ülkemizde eskiden var olan "önce allah sonra sen doktor bey" diyen hasta profili değişmiş, her tıbbi uygulamayı kendi bilgi ve akıl süzgecinden geçiren bir hasta profili gelişmiştir.

Tıp alanında hekimlerin yasal sorumlulukları ile ilgili en eski belge, Hammurabi kanunlarıdır. Babil kralı Hammurabi'nin (M.Ö.1800) kanunlarında şöyle denilmektedir; "*Bir cerrah, asil sınıftan birini tedavi ederken ölümüne sebep olursa veya göz bölgesini neşteriyle açıp tedavi ederken gözünü kör ederse **elleri bileklerinden kesilecektir.** Aynı ameliyatı köleye yaparken köle ölürse sahibine yeni bir köle verecek, gözü kör olursa kölenin yarı değeri kadar gümüşü sahibine ödeyecektir.*"⁹¹

⁹¹ Bayat, s.57.

Hindistan'da Manu ve Zoroastra Kanunları'nda, hekimin sorumluluğunun yine hekimlerden oluşan bir jüri tarafından saptanan kusura dayandırıldığı görülmektedir. Mısır'da ise hekim, deney ve uygulamalara dayanan tıp kurallarına uymadığı zaman sorumlu tutulmuştur. Burada ise kurallara uymama kusur olarak kabul edilmektedir.⁹²

Modern tıbbın babası kabul edilen İstanköy'lü Hipokrates'e (M.Ö 460-377) göre ise, tıbbın ilk kuralı; **“Primum non nocere” (önce zarar verme)** dir.⁹³ Eski Yunan'da Hipokrat ve onu izleyenler tarafından, hekim sorumluluğunun ilk temelleri ortaya atılmış, “tıp kurallarına uyulmaması” kusur olarak kabul edilmiştir.⁹⁴ Bu metinlerden anlaşılacağı gibi, hekimlik uygulamalarında "kusur", "zarar" ve "sorumluluk" kavramları tarihin ilk çağlarından beri bilinmekte ve hukukun konusunu oluşturmaktadır.

Türkçe "sorum" da denilen "sorumluluk" kelimesi, "soru" kökeninden türetilmiştir ve bu haliyle anlamı "sorulabilirlik" tir. Sorumluluk kelimesinin Arapça karşılığı, hukuk dilimizde de kullanılan "mesuliyet" tir. Bu kelime de benzer şekilde, soru anlamında "sual" kökeninden türetilmiştir. (...) Sözlük anlamıyla "sorumluluk", *"üstüne aldığı her hangi bir işten ötürü kendisine sorulduğunda yanıtlamakla yükümlü kişinin niteliği", "riyeti lazım kaideye aykırı hareketin hesabını verme hali" veya "kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi"* şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁵ Dolayısıyla sorumluluk terimi, bir borç ilişkisinin varlığını göstermektedir. Davranışlarıyla zararlı sonuçlara neden olan kişi hukuk düzeni karşısında, bu zararı ortadan kaldırmak veya gidermek için edimde bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Zarar gören kişi ise, sorumludan zararını isteme hak ve yetkisine sahiptir.⁹⁶

İnsanlar yaşadıkları süre içerisinde hemcinsleri ile belli bir ilişkide bulunurlar. Söz konusu bu ilişkiler bireyler arasında olabileceği gibi, kişilerin oluşturduğu gruplar veya kurumlar arasında da olabilir. Sosyal davranış

⁹² Birol Demirel, "Hekimin Yasal Sorumlulukları", **Gazi Tıp Dergisi**, Cilt:16, Sayı:3, 2005, ss.99-100.

⁹³ Ceylan, s.5.

⁹⁴ Demirel, ss:99-100.

⁹⁵ Ramazan Çağlayan, "**Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**", 1.Baskı, Asil Yayın Dağıtım Limited Şirketi, Ankara, 2007, s.5.

⁹⁶ Hasan Tahsin Gökcan, "**Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**", Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2014, (TİBBİ), s.71.

kurallarından olan hukuk, işte bu insan ilişkilerini düzenlemektedir. Bu amaçla hukuk, bir şeyin yapılmasını ya da yapılmamasını buyurmakla, bireylere bir takım ödevler yüklemektedir. Bireylerin bu ödevlere uymamaları, kuralı ihlal etmeleri durumunda "müeyyide" ile karşılaşmaktadırlar. Hukuk kurallarına uymamanın yaptırımını devlet otoritesi tarafından uygulanan bir dizi yoksunluklardır. Hukuk kurallarına aykırı davranıldığında, devlet denilen yüksek otorite, zor kullanma yetkisine dayanarak, ihlali gerçekleştiren kişiye bir takım müeyyideler uygular. Hukuk biliminde müeyyide "*herhangi bir hukuk kuralıyla konulan emir veya yasağa uygun biçimde hareket etmeme, onun yap dediğini yapmama veya yapma dediğini yapma durumunda karşılaşılan tepki*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tepki hukukta "müeyyide" yani "sorumluluk" olarak gerçekleşmektedir.⁹⁷

Hekimlerin ve sağlık hizmeti verenlerin sorumlulukları ve yükümlülükleri, tüm mesleklerin üstünde ve onlardan çok daha fazladır. Çünkü tıp mesleğinin çalışma alanı "*insan bedeni*"dir. Bu ise, hakların en üstünü ve en fazla korunması gerekeni olan "*yaşam hakkı*" ile ilgilidir.⁹⁸

Tıp, bir sanat ve bilim olarak tanımlansa da uygulayıcıları için kazanç sağlayıcı bir meslektir. Bu mesleğin uygulayıcısı olan hekimler de diğer vatandaşlar gibi hukuk kurallarına bağlı olarak yaşamak ve çalışmak durumundadır. Hekimlerin kendileriyle ilgili yasal yükümlülükleri bilmemeleri, onları sorumluluktan kurtarmaz. Bu nedenle her hekimin ülkesindeki tıbbi uygulamaları düzenleyen yasaları çok iyi bilme zorunluluğu vardır.⁹⁹

Bir davranışın failinin diğer bir kimseye verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, bu davranışın hukuk düzeni tarafından onaylanmayan, yani hukuka aykırı bir davranış olması gerekir. Örneğin tıbbi endikasyon sonucunda tedavi amacıyla yapılan ameliyatın, bu tür tedavilerde ortaya çıkabilecek komplikasyonlar dolayısıyla başarısızlıkla sonuçlanmış olmasında, hukuka aykırı bir davranış bulunmadığından sorumluluktan da söz edilemez. Fakat ameliyatın başarısızlıkla sonuçlanmış olmasında tıbbi hata var ise, sorumluluk da vardır.¹⁰⁰

⁹⁷ Çağlayan, s.8.

⁹⁸ Çelik Ahmet Çelik, "**Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu**", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm> , (01.12.2014), s.1.

⁹⁹ Demirel, s.99.

¹⁰⁰ Gökcan, (TİBBİ), s.71.

Hukuksal olarak beklenti, sağlık personelinden "mesleğinde en iyisi" olması değildir. Beklenti, "ortalama bir meslektaşı kadar" özenli, dikkatli, bilgili ve becerili olmasıdır. Buradaki kriter, tıbbi literatüre göre aynı girişim, işlem veya eylem esnasında, genellikle aynı şartlarda, aynı zararlı sonuç ile karşılaşma sıklığı olacaktır. Ancak zararlı sonuç, bindeler, on bindeler gibi nadir rastlanılacağı ifade edilen sıklıkta ise hukuksal sorumluluk tartışma konusu olacaktır. Görece sık görülen, bilinen komplikasyonlarda ise bu istenmeyen sonucun nasıl yönetildiği, hekimin kusuru açısından yapılacak değerlendirmede ön plana çıkacaktır.¹⁰¹

Sağlık çalışanlarının meslekteki kusurları, cezai sorumluluğa ek olarak, özel hukuk açısından da sorumluluk yaratmaktadır. Bu durumda, özel hukuk kuralları devreye girmekte, sağlık çalışanlarının hukuka aykırı eylemleri nedeniyle zarar görenlerin uğradıkları zararların tazmin edilmesi sağlanmaktadır. Hukuki sorumluluğa, öğretilerde ve çeşitli yargı kararlarında "tazminat sorumluluğu" denildiği gibi, bu hususla ilgili hukuka da "Tazminat Hukuku" adı verilmektedir.¹⁰²

Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere, hukuki sorumluluk, bir kişinin başkasına zarar vermesi durumunda, bu zararı karşılamak mecburiyetinde olması demektir. Burada sözkonusu olan, bir zarar giderim borcu, meydana gelen zararı giderim yükümlülüğüdür. Kusurlu bir eylemle, veya sözleşme ile üstlenilen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle başkasına bir zarar verilmesi halinde, uğranılmış olan zararın mümkünse aynen, değilse para olarak yahut başka bir biçimde karşılanması yönündeki bir yaptırımdır.¹⁰³ Özellikle hekimler tarafından, iyileştirme amacıyla hareket eden bir hekimin bir şoförle aynı şekilde cezalandırılması, tıbbi müdahalenin bir tokat veya tekme ile eş değer tutmanın sözkonusu olamayacağı, tıbbi müdahalelerde beden yararının ihlalinin değil aksine beden yararının korunmasının söz konusu olduğu, bu nedenle hekimler için özel sorumluluk statüsü ve özel düzenlemelerin gerektiği ileri sürülmekte ise de, sağlık çalışanları da hukuk devletinde yasalar önünde tüm diğer insanlara eşit olup, onlara da diğer insanlara uygulanan yasalar uygulanacaktır.¹⁰⁴ Tıbbî müdahale, hukuken izin verilmiş bir

¹⁰¹ Gürçan Altun, Abdullah Coşkun Yorulmaz, "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis" , **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt:27, Sayı:1, 2010, sayfa:8.

¹⁰² Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul, 2008, sayfa:319

¹⁰³ Çağlayan, s.12.

¹⁰⁴ Gürsel Yalvaç, "Hukuksal Açından Tıpta Uygulama Hataları", **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**,(Eds. Yaşar Bilge, İ.Ethem GEÇİM), Baskı Evi Matbaa, Promosyon ve

faaliyet olmakla birlikte, taşıdığı tehlikeler nedeni ile bazı teknik sınırlara da tabidir. Tıp mesleği bakımından güçlük, kanunların bu tedbir kurallarını göstermemesinden ileri gelmektedir.¹⁰⁵

2.2. HUKUKİ SORUMLULUK TÜRLERİ

Hukuki sorumluluk kavramı; hukuka veya sözleşmeye aykırı bir davranış, sebepsiz zenginleşme veya kusursuz sorumluluk nedenlerinden biriyle bir kişinin mal varlığında meydana gelen eksikliğin, zarara neden olan veya mal varlığı nedensiz olarak artan kişi tarafından tazmin etme veya giderme borcu altında olmasını ifade eder.¹⁰⁶

Hukuki anlamda sorumluluk sözleşmeye dayalı sorumluluk veya sözleşme dışı sorumluluk olarak görülebilir. Sözleşme dışı sorumluluk ise başlıca “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olarak iki başlıkta toplanabilir.¹⁰⁷ Sözleşmeye dayalı sorumluluğu daha ileride inceleyeceğiz.

2.2.1. Kusur Sorumluluğu

Hukuki anlamda en yaygın ve en geniş sorumluluk türü kusur sorumluluğudur. Burada oluşan zarar , bu zarara neden olan kişinin kusurlu davranışına bağlıdır, bu yüzden kusur sorumluluğu olarak adlandırılır. Bu sorumluluğa “haksız fiil sorumluluğu” veya “subjektif sorumluluk” ta denilmektedir. Kusur sorumluluğunda temel unsur kusurdur. Hatta kusur zarardan bile önce gelmektedir. 18 ve 19. yüzyıllarda “*kusursuz sorumluluk olmaz, tazminat borcunu yaratan zarar değil kusurdur*” düşüncesi uzun süre savunulmuştur.¹⁰⁸

Bu görüş günümüzde kusur sorumluluğu için genel olarak geçerli olsa da mutlak doğru olarak kabul edilmemektedir. Kusur sorumluluğu, sorumluluk konusunda birinci derecede önemlidir. Belirli bir yükümlülüğü yerine getirebilmek her şeyden önce belli bir irade gerektirir. İstenen sonuca ulaşmak için gereken irade yoksa veya yeterince etkili ve güçlü değilse ya da yükümlülüğün aksi isteniyorsa, bu

Reklam Hizmetleri, 1. Baskı, İstanbul,2013, s.16.

¹⁰⁵ Yüksel ERSOY, , "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", **TBB Dergisi**, Cilt: ,Sayı 53, 2004 , s.170.

¹⁰⁶ Gökcan, (TIBBİ), s.72.

¹⁰⁷ Cevdet Yavuz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ”Kusursuz Sorumluluk” halleri ve İlkeleri” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt:14, Sayı:4, s.30.

¹⁰⁸ Yavuz, s.30.

irade yetersizliği ve zaafına “kusur” denilmektedir.¹⁰⁹ Kusur bazı hallerde daha ağır bazı hallerde ise daha hafif olabilir. Ağırlık derecesine göre genel olarak kusur, “kasıt (dolus)” veya “ihmal (culpa)” olarak ikiye ayrılabilir.¹¹⁰ "Buradan da anlaşılacağı gibi, kusur sorumluluğunda temel olan, yapılan işlemin her şeyden önce hukuka aykırı olmasıdır. Haksız fiil sorumluluğunun (kusur sorumluluğu) gerçekleşmesi için;

- 1) İşlenen fiilin haksız, yani hukuka aykırı olması,
- 2) Failin kusurlu olması,
- 3) Bir zarar meydana gelmesi,
- 4)Haksız fiil ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması şartlarının gerçekleşmesi gerekir."¹¹¹

2.2.2. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk ise, hukuk literatürüne çok sonra girmiştir. Kusursuz sorumluluğa “objektif sorumluluk” ta denmektedir. Genel anlamda kusursuz sorumluluk, bir hukuksal kişinin, kusuru olmadığı halde , yapılan işlemler hukuka uygun olmasına rağmen oluşan zararlardan dolayı sorumlu tutulmasıdır.¹¹² Buradan da anlaşılacağı gibi kusursuz sorumlulukta, kusur sorumluluğunun aksine hukuka aykırı bir işlem şart değildir. Ancak bir işlem veya bir olay olmuş, kişi veya kurumların bir kusuru olmamasına rağmen başka kişi, kişiler veya kurumlar zarar görmüştür. Yapılan iş veya işlemler tamamen hukuka uygun olsa da, yapılan iş veya işlemler ile oluşan zarar arasında bir ilişki vardır. Ancak bu durum, yani kusursuz sorumluluk azınlıkta ve ikincil olarak görülen bir durumdur. Çoğunlukla görülen kusur sorumluluğudur. Buradan da anlaşılacağı gibi kusursuz sorumluluk istisnaidir ve ikincildir, asıl olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluğun bu niteliği onun “tamamlayıcı nitelikte” olduğunu da gösterir. Bu durum Fransız idare hukukunda “*kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluktan önce gelir*” özdeyişiyle ifade edilmiştir.¹¹³

¹⁰⁹ Bülent Tahiroğlu, “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt:14, Sayı:4, 2008, s.157.

¹¹⁰ Çağlayan, s.27.

¹¹¹ Çağlayan, s.16.

¹¹² Kayışoğlu, s.178.

¹¹³ Yavuz Erdoğan, “**İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**”,

Hukuki sorumluluk konusunda bu genel bilgidan sonra, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu belirleyen şartları inceleyeceğiz.

2.3. TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hasta adı verilen sujeye bir hastalığını veya fiziksel bir özrünü tedavi etme ya da hastalıktan koruma yahut acılarını giderme, azaltma maksatlarıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyeti içerir. Bu faaliyetler basit teşhis işleminden ilaçla tedaviye, fiziksel tedavi alanlarına ve her türlü psikiatrik tedavilerle ameliyatlara, estetik ameliyatlara, diş çekimi ve protez yapımına ve hastanın acısının azaltılmasına, hastalığın önlenmesine kadar tüm tıbbi amaçlı işlemleri kapsamaktadır. Tıbbi müdahaleye kural olarak hekim yetkilidir. Ancak hekimin denetim ve gözetiminde ya da yetkileri kapsamında diğer sağlık mesleği mensupları da tıbbi müdahalede bulunabilir.¹¹⁴

Her suçlayıcı ceza kuralı bir hukukî menfaati korur; ancak bu koruma sınırsız değildir. Suçlayıcı ceza kuralının koruma sınırlarının belirlenmesinde “*hukuka aykırılık*” kavramını göz önünde tutmak gerekir. Hukuk düzeni bir bütün olduğu için, kendi içinde çelişki bulunmaması, mevzuatta bir yandan “*hukuka aykırı*” olduğu kabul edilen bir fiilin “*hukuka uygun*” olmasına yol açan bir düzenlemenin bulunması halinde, bu durumun makul bir değerlendirmesinin yapılması gerekir. Başka bir deyişle, “*normal olarak suç teşkil eden tipik bir fiil, bir meşruiyet nedeninin müdahalesi dolayısıyla, istisnaî olarak, suç olma niteliğini yitirmektedir.*”¹¹⁵

Daha açık bir anlatımla, bir cerrahın insan vücudu üzerinde gerçekleştirdiği ameliyelerle, birisini kesici bir aletle yaralayan bir kişinin fiili arasında maddi bakımdan bir fark bulmak mümkün değildir (...) Müessir fiil suçunu işleyen bir kimsenin fiili ile cerrahın ameliyesi arasında, fiilin suç teşkil edip etmemesi konusunda, suçun maddi ve manevi unsurları bakımından bir fark yoksa, cerrahi ameliyede bulunan cerrahı hangi nedenle müessir fiil suçundan ve bazen kastı aşan cürüm şeklindeki adam öldürme suçundan cezalandırmıyoruz? Bu sorunun cevabı,

<http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=57>, (24/02/2014), sayfa:4.

¹¹⁴ Gökcan, (TIBBİ), s.43.

¹¹⁵ Ersoy, s.169.

cerrahi müdahalede bulunan cerrahın fiilinde "hukuka aykırılık" unsurunun bulunmayışı nedeniyledir. Başka bir deyimle, cerrahın fiilinde hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğundan kendisine ceza verilmemektedir.(...) Hekimin tedavi amacı ile gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu, "hakkın icrası" kavramına dayanmaktadır. Hekimin sahip olduğu bu hak kaynağını kanunda, yönetmelikte, tüzükte, ve tıbbi uygulamaların, verilerin teşkil ettiği örf ve adette ve hastanın rızasında bulmaktadır.¹¹⁶

Alman Hukuk doktrinine göre "bir cerrahın ameliyesi bir bıçak darbesinden elbette ötedir; keza genel hukuk bilinçinde de hekimin tedavi amaçlı müdahalesi ne değer olarak ne kavram olarak yaralama olarak değerlendirilmemektedir. Böylece hekimin müdahalesi hiçbir zaman yaralama olamaz; ancak hekimin rıza olmaksızın bir müdahalede bulunması, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının ihlalidir ve bu tür eylemleri (hastalıkları veya acıları tanıma, önleme, iyileştirme veya azaltma amacına yönelik olarak gerekli olan ve tıp biliminin gerekliliklerine uygun olarak yürütülen hekim müdahalelerini) hürriyete karşı suçlar arasında değerlendirilmek gerekir. (...) Sonuç olarak, Türk hukuk uygulaması, doktrini ve Alman hukuk uygulaması, hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin "ilgilinin rızası" ile yapılması gerektiğini; aksi takdirde fiilin, yaralama (müessir fiil) sayılacağını kabul etmektedir.¹¹⁷

Hancı bir sempozyumdaki sunumunda, hastanın rızası ile ilgili olarak şöyle demektedir: "...Hastaya ne yapıyoruz. Bakın, palpasyon, perküsyon, insizyon, karnını mincikliyoruz, iğne batırıyoruz, orasını tıklatıyoruz. Bunların hukuki karşılığı nedir acaba. Bir kavram tanımlamıştık. Bir kişinin itelenmesi, saçının sakalının kesilmesi dahi bir yaralamaydı. O zaman bizim hastaya yapmış olduğumuz her eylem, yani bir yaralama daha doğrusu bir suç. Demek ki, zaten bizim mesleğimiz bir suçun üzerine kurulu meslek. Peki niçin ceza almıyoruz bu suçları işlediğimiz halde? Burada da karşımıza hukuka uygunluk kavramı çıkıyor. Bir, yapmış olduğumuz eylemin tedavi ya da tanı amacına yönelik olması. İki, hastanın aydınlatılmış rızası. Bu iki kavramın varlığı nedeniyle hekimlerin yapmış olduğu eylemler legal hale geliyorlar. Aydınlatma olmadan alınan rızaların altını çizerek geçersiz olduğunu

¹¹⁶ Er, ss.50-51.

¹¹⁷ Halide Savaş, "Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları", 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.32.

belirtmek istiyorum. Tedavi hastaya ait bir haktır. Kendisi tıbbi yardımı kabul edip etmeme konusunda seçimlik hakkına sahiptir. Basit müdahalelerde hastanın hekime başvurması ile üstü örtülü olarak tedaviye rıza gösterdiği, kabul edilir."¹¹⁸

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları hukukumuzda düzenlenmiştir. 1982 Anayasa'sının "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlığını taşıyan 17. maddesinde "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*" denilmektedir.¹¹⁹

Ülkemizin de taraf olduğu ve artık ülkemiz için hukuk normu olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinde ise;

"Madde 2- İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır ,

Madde 4 - Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.

Madde 5- Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir." denilmektedir Aynı sözleşmenin 6-9. maddeleri ise, özel durumlarda yapılacak tıbbi müdahale şartlarını belirlemektedir.¹²⁰

Gerek Anayasamız ve gerekse Biyotıp Sözleşmesi, aslında tıbbi müdahalenin genel çerçeve ve sınırlarını çizmektedir. Bu bilgilere göre, tıbbi müdahaleyi şu şekilde tanımlamak mümkündür: "Tıbbi müdahale, kişilik sahibi olan insanın sağlığını korumak ve devamını sağlamak gibi amaçlara dayalı olsa da özünde vücut bütünlüğünü amaçlamaktadır. Tanım olarak; *tıbbi müdahale*, kişilerin ruh ve beden sağlığına yönelik herhangi bir noksanlığı veya hastalığı teşhis, tedavi etmek;

¹¹⁸ Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal, Mithat Kara, **Aydınlatılmış Onam** , İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir, 2009, s.12.

¹¹⁹ **T.C Anayasası**, http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf , (28/11/2014).

¹²⁰ **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**, <http://atud.org.tr/kutuphane/biyotiptr.pdf> , (28/11/2014) , ss.3-4.

tedavinin mümkün olmadığı hallerde hastalığı hafifletmek, ilerlemesini ve kötüye gitmesini önlemek, acıları dindirmek, ortaya çıkmamış ama çıkması muhtemel hastalıkları önlemek ya da yasadan kaynaklı olarak nüfus planlaması amacıyla yapılan, kanunun yetkilendirdiği kimselerce tıp biliminin öngördüğü genel kural ve esaslar uyarınca gerçekleştirilen her türlü faaliyettir".¹²¹

"Tıbbi müdahalelerin çok çeşitli şekillerde sınıflandırılması mümkündür. Bu sınıflandırmalardan biri şu şekildedir;

1. Eğitim Amaçlı Tıbbi Araştırma ve Denemeler: Tıp bilimini ve yöntemlerini geliştirme, eğitim amaçlı tıbbi araştırma ve denemelerdir. Tıp bilim ve tekniğine uygun olarak, gerekli diğer hukuki ve etik koşulların da yerine getirilmesi ile yapılan tıbbi deneme ve araştırmalar da hukuka uygun tıbbi müdahale kapsamında sayılır.

2. Önleme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler: Hastalıkları ve istenmeyen durumları önleme amaçlı tıbbi müdahalelerdir. Aşı ve serum uygulamaları, koruyucu sağlık tedbirleri, tecrit uygulamaları, doğum kontrol yöntemleri bu gruptadır.

3. Teşhis Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler: Oluşmuş hastalık ve sakatlığı teşhis etme amaçlı tıbbi müdahalelerdir. Röntgen ve laboratuvar tetkikleri, vücuttan doku alınıp incelenmesi, biyopsi uygulanması vb bu gruptadır.

4. Tedavi Etme Amaçlı Tıbbi Müdahaleler: Teşhis edilmiş olan hastalık ve sakatlığı tedavi etme amaçlı tıbbi müdahalelerdir. Cerrahi müdahaleler, çeşitli krem, losyon ve ilaçlarla müdahaleler, fizik tedavi vb bu gruptadır.

5. Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cinsiyet Değişikliği Müdahaleleri: Tedavi amaçlı olup olmadıkları doktrinde tartışmalıdır. Estetik ameliyatların, güzelleştirmeyi amaçlasa da, ruh sağlığını tedaviye yönelik olduğu düşünülmektedir. Kişilik, ruh ve beden bütünlüğünü ifade etmektedir. Ruh-beden uyumunu sağlamayı amaçlayan; cinsiyet değişikliği, estetik ameliyat gibi ameliyatların, tedavi edici olduğu yönünde görüş bildirilmektedir. Cinsiyet değişikliği ameliyesinin hukuka uygun olması için, ruh sağlığı açısından gerekli bulunması şarttır. Kanunda da belirtildiği üzere ruh sağlığı açısından zorunlu olan cinsiyet değişikliği ameliyatlarının tedaviye yönelik olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

6. İyilik Halini Devam Ettirme, Toplumsal Yaşama Alıştırma Amaçlı

¹²¹ Ş. Berfin Işık Yılmaz, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, Sayı:98, 2012, s:391.

Tıbbi Müdahaleler: Rehabilitasyon, fizik tedavi vb müdahaleler bu guruptadır."¹²²

Önceleri geçerli olan "*iyileştiren daima haklıdır (wer heilt, hat Recht)*" tezi bugün artık tıp hukukunda geçerli değildir. Bugün tıp hukukunda, tıbbi müdahalenin haklılığı için birtakım koşullar aranmaktadır. Tıbbi müdahalenin meşruluğu için dört temel şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon, aydınlatılmış hastanın rızası ve son olarak tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahaledir.¹²³

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun kılan husus, bu koşulların hepsinin gerçekleşmesidir. Buna göre, tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması, endikasyonunu (zorunluluğun) ve aydınlatılmış rızanın bulunması ve hekimin, tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapması lazımdır. Hatta endikasyon şartı Anayasal (md.17/2) bir şarttır. Gerek tıbbi müdahaleyi yapanın hekim olması ve gerekse rıza şartları da yasal şartlardır. Dolayısıyla bu üç şart açısından aslında "kanun hükmünün yerine getirilmesi" de söz konusu olmaktadır. Esasen endikasyon şartı da "tıp biliminin gereklerine uygun müdahale" şartı içinde mütalaa edilebilir. İlk üç şartın bulunmadığı hallerde sorumluluk, kasten gerçekleştirilen bir eylem nedeni ile söz konusu olacakken, son şartın gerçekleşmediği hallerde yani hekimin tıp biliminin gereklerine uygun, özenli bir tıbbi müdahale yapmadığı hallerde artık kasttan değil taksirden dolayı sorumluluktan bahsedilebilecektir.¹²⁴

2.3.1. Tıbbi Müdahalenin Kanunun Yetkili Kıldığı Kişilerce

Yapılması

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kanunda tanıdığına hukuka uygun olacaktır. Bu yetkiye sahip olanlar; *hekim, dış hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler, sünnetçiler ve dış protez teknisyenleridir.* Ayrıca "*Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak*

¹²² Savaş, ss.27-28.

¹²³ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı,Ankara, 2012, (TIP), s.255

¹²⁴ Savaş, s.33.

yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile acil tıp teknisyenleri hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler."¹²⁵

Her ne kadar tıbbi müdahale yetkisi sağlık personeline verilmiş ise de bu yetki, esas itibarıyla hekimlere verilmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un birinci maddesine göre " *Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*"¹²⁶ Yasa koyucu bu maddede tıbbi müdahale yerine "tedavi" terimini kullanmış ve bu tedavinin acil durumlar dışında ancak diplomalı bir hekimce yapılabilirliğini vurgulayarak, "yetki" şartını belirlemiştir. Bu şarttan da anlaşılacağı gibi yetki sahibi olmayan kişilerin, örneğin Tıp Fakültelerinin 6. sınıf öğrencisi olan intörnlerin tek başlarına tıbbi müdahale yapması, yapılan işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Buna göre doktorluk mesleğinin yürütülebilmesi için; tıp fakültesi mezunu olmak şarttır. Fakülte mezunu kişiler tıp mesleğini icraya ve hasta tedavi etmeye yetkilidir. Bu nedenle tıp fakültesi mezunu olunması, tıbbi girişimlerde hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir.¹²⁷

Tıp mesleğini uygulama yetkisi olan hekimlerin, tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluğu ağırdır. Hekimin verdiği talimatlar doğrultusunda, diğer sağlık mesleği mensuplarının gerçekleştirdiği teşhis ve tedaviye yönelik müdahalelerde hekimin denetim ve gözetim sorumluluğu bulunduğu kabul edilir. Her ne kadar tıp bilimi çerçevesinde sağlık meslek mensuplarının tek başına uygulayabileceği müdahaleler belirlenmiş ve hatta bazıları mevzuata yansımışsa da, yargı kararlarında görüleceği üzere hukuk uygulamasında yardımcı sağlık personelinin hatasından hekim de sorumlu tutulmaktadır.¹²⁸

Bu kapsamda incelenmesi gereken konulardan biri de uzmanlık şartıdır. Uzmanlık gerektiren müdahaleler için Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliğinin 5. maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Bu yönetmelik hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkilerini kullanamazlar*". Bu hükme göre, örneğin henüz uzmanlığını

¹²⁵ Yılmaz, s.391.

¹²⁶ Hakeri ,(TIP), s.257.

¹²⁷ Gökcan, (TİBBİ), ss.161-162.

¹²⁸ Savaş, s.37.

almamış bir asistan hekimin tek başına yapacağı tıbbi müdahaleler, hukuki sorumluluk doğurabilecektir.¹²⁹ Aynı yönetmeliğe göre "uzman" tanımı yapılırken, *"uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma hakkını kazanmış olanlar"* dan bahsedilmektedir.¹³⁰ Sağlık Bakanlığı'nca tescil edilmiş Tıp Doktorluğu diploması, hekimlik mesleğinin yapılması için ilk koşuldur. Bazı istisnaları dışında Türk vatandaşı olmak ikinci koşuldur (1219 SK Md.1,4). Türkiye'de genel tababet-pratisyen hekimlik yapmak için ihtisas şartı yoktur. Ancak Radyodiagnostik, Radyoterapi, Nükleer Tıp sahalarındaki cihazları kullanmak, rahim tahliyesi ve sterilizasyon işlemleri yapmak için özel eğitim veya uzmanlık sınırlaması vardır.¹³¹ Yargıtay 12.Ceza Dairesi'nin 06.05.1987 tarihli bir kararında *"...serbest psikolog olarak çalışan sanığın ilaç yazma yetkisi olmamasına rağmen mağdura antidepresan ilaç yazdığı iddia edilmiş olmakla..."* görüşüne yer verilmiştir.¹³²

Ülkemizde çeşitli nedenlerle bir çok uzman hekim, kendi alanı dışında hastalara tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Kemoterapi alması gereken hastalara, Tıbbi Onkoloji Uzmanı olmadığından veya yetersiz olduğundan çoğu kez Radyasyon Onkolojisi uzmanlarınca kemoterapi uygulanması, ya da Estetik ve Rekonstrüktif Cerrahi Uzmanı yerine Kulak Burun Boğaz uzmanlarının estetik amaçlı müdahalelerde bulunması bu duruma örnektir. Bu durumda yapılan müdahalenin hukuka uygunluk konusunda sorunlu olduğunu düşünüyorum. Nitekim Yargıtay, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması nedeniyle açılan davada, *"kural olarak ve bazı özel ayrıcalıklar dışında doktorluk mesleğinin "uzmanlık nedeniyle sınırlandırılması" söz konusu değildir. Bu nedenle, genel cerrah olan davalının varis ameliyatı yapması hukuka aykırı değildir. Ancak kendi içinde özel uzmanlık dallarına ayrılmış alanda tıbbi müdahalede bulunurken doktorun bu özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ve araç gereçlere sahip olması gerekir. Bunlara sahip olmadan yapılacak tıbbi müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hale gelebilir ve doktor kusuru nedeniyle sorumlu olur"* kararını vermiştir.¹³³ Bu karardaki "bilgiler" ibaresi, kanımca yapılan işlem üzerine alınmış olan eğitimler ile bunun

¹²⁹ Hakeri ,(TIP), ss.260-261.

¹³⁰ Hakeri ,(TIP), s.258.

¹³¹ Demirel, s.100.

¹³² Yahya Deryal, "**Sağlık Hukuk Rehberi**", Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2014, s.50.

¹³³ Hakeri ,(TIP), ss.259-260.

belgelenmesini de kapsar. Bir hekimin bir tıbbi müdahalede bulunabilmesi için sadece o müdahale konusunda bilgi sahibi olmasının yeterli olmadığı, aldığı eğitimi belgeliyebilmesi gerektiğine inanıyorum.

Bir başka kararında Yargıtay 8. Ceza Dairesi 05.05.1987 tarihinde, uzman olmayan hekimin yetkisiz müdahalesi konusunda şu kararı vermiştir; " *Hijyen ve koruyucu hekimlik belgesi bulunan sterilizasyon ve kastrasyon kurslarına katılıp beceri kazandığı anlaşılan pratisyen hekimin, özel muayenehanesinde uzman doktor olmadığı halde rahim tahliye etmesi eyleminde yetki ve yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığı; vakum aspirasyon ile rahim içindeki materyali dışarı almanın 1219/23 kapsamında "umumi ve mevzii his iptali ile yapılan büyük ameliye"lerden sayılıp sayılmayacağı hususlarında görüş sorulmalıdır*".¹³⁴

Günümüzde tıpta uzmanlaşmanın, hatta uzmanlık dalında spesifik konularda yan dal (üst ihtisas) yaparak daha ileri derecede uzmanlaşmanın yaygın olduğu, tıbbın her dalında hızlı gelişim ve değişimine ayak uydurmanın ve hekimlerin hastalıkların teşhis ve tedavisinde daha komplike yöntemler kullandıkları düşünülürse, o dalda uzmanlık yapmamış bir hekime tıbbi müdahale hakkı verilmesi, günümüz koşullarına uymamaktadır. Keza, Tıp fakültelerinde, lisans eğitiminin son sınıfında (poliklinik aşaması) bulunan öğrencilere ise "intörn hekim" adı verilmektedir. İntörn hekimlere, asıl hekimin denetim ve gözetimi altında tedaviye katılma imkanı tanındığından sorumluluk açısından bunları bağımsız hekim saymak mümkün olmayacağından asıl hekimin yardımcısı durumunda kabul edilmektedirler.¹³⁵

"Sonuç olarak; yetki için genel kurallar;

-Meslek tanımı, adı, yetki sınırları ve görevler belirli bir yasal düzenleme ile belirlenmiş olmalıdır.

-Meslek uygulama yetkisi ancak o alanda eğitim ile kazanılmalı.

-Diplomanın veya meslek belgesi Sağlık Bakanlığı'nca onaylanmalı/kabul edilmelidir."¹³⁶

¹³⁴ Deryal, s.50.

¹³⁵ Mine Kaya, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Taziminat Sorumluluğu", **TBB Dergisi**, Sayı:100, 2012, s:50.

¹³⁶ Ekin Özgür AKTAŞ, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı Ders Notları**, 2013.

2.3.2. Tıbbi Gereklilik (Endikasyon)

Tıbbi müdahale için Anayasamızın 17/2 maddesi "*Tıbbi zorunluluklar ...dışında*" kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, Biyotıp Sözleşmesi nin 4. maddesi ise *meslekî yükümlülükler*" e uygun olma şartını getirmektedir. Diğer yandan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin (TDN) 13/3 maddesinde ise, "*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle,akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz*" hükmü bulunmaktadır.¹³⁷ Aynı şekilde Hasta Hakları Yönetmeliğinin (HHY) 12.maddesinde ise, "*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.*" hükmü getirilmiştir.¹³⁸ Tüm bu hukuki metinlerde vurgulanan tıbbi gereklilik, tıp terminolojisindeki söylenişi ile "*endikasyon*" varlığıdır.

Endikasyon (indication), bir tıbbi girişimin tıp bilimi verileri açısından gerekli veya zorunlu görülmesidir. Diğer bir anlatımla endikasyon, tıbbi yardım veya müdahalede bulunmanın haklı sebebidir. Bu nedenle de endikasyon, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan unsurlardan biridir.¹³⁹

Endikasyonun objektif sınırını belirlemede parametre olabilecek olan hususlar, teşhis ve müdahalenin yapılması veya yapılmaması durumlarına ilişkin tahminlerdir. Uygulama özellikle teşhise yönelik müdahalelerde endikasyona ilişkin sıkı şartlar aranmaktadır. Keza tedavi ve ameliyat için de sıkı şartlar aranmaktadır. Hekim, endikasyon olmaksızın bir ameliyat yapmış olması halinde, hem haksız fiil dolayısıyla, hem de sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumlu olur, hem de kasten yaralama ve hatta hasta ölmüşse, kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu olur. Nitekim uygulamada, sırf para almak amacıyla, herhangi bir endikasyon olmaksızın yaptırılan röntgen çekimlerinin kasten yaralama suçunu oluşturduğuna karar verilmiştir.¹⁴⁰

¹³⁷ **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi** , <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> , (28/11/2014).

¹³⁸ **Hasta Hakları Yönetmeliği**, file:///C:/Users/asus/Downloads/hastahaklariyonetmeligi%20(2).pdf , (28/11/2014), s.3.

¹³⁹ Gökcan, (TİBBİ), s.167.

¹⁴⁰ Hakeri ,(TIP), s.402.

Bir olayda tıbbi gerekliliğin/endikasyonun var olup olmadığının da tıp bilimi ve mesleğinin verileri açısından değerlendirilmesi gerekir. Müdahaleye gerek olup olmadığı tıbben değerlendirilirken, hastanın yaşama hakkı ve sağlığı gözetilir ve müdahale ile elde edilmesi beklenen sonucun sağlığı yönünden daha olumsuz olmaması esastır.¹⁴¹

Burada estetik ve sterilizasyon amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı aklı gelebilir. Çünkü bu müdahaleler ilk bakışta yukarıda belirtilen amaçların dışında kalıyor, o halde tedavi amacı taşıyor diye yorumlanabilir. Ancak estetik cerrahinin hastanın rızasına dayanılarak yapılması ve bu operasyon ile hastanın kendisini rahatsız eden bir sıkıntıdan kurtarılması, sonuçta hasta açısından tedavi amaçlı bir müdahale olarak nitelenebilir. Sterilizasyon konusu da nüfus planlaması ve koruma amaçlı olması dolayısıyla tedavi amacı güden bir tıbbi müdahaledir.¹⁴² Aynı şekilde erkek çocuklarının sünnet edilmesinde tıbbi bir endikasyon çoğu kez bulunmamaktaysa da sosyal ve psikolojik endikasyonun bulunduğu kabul edilmektedir. Öğretide bu tür tıbbi müdahalelerde "dolaylı tedavi amacı"nın söz konusu olduğu da belirtilmektedir. Böylece doğrudan bir tedaviyi hedef almamakla beraber, bu faaliyetler de tıbbi müdahale sayılabilir ve tıbbi müdahaleye ilişkin esaslar bunlar için de uygulanır.¹⁴³ Nitekim, Almanya'da 2012 yılında Köln Eyalet Mahkemesi, aldığı kararda, Müslüman bir ailenin çocuğunu sünnet eden doktorun yaralama suçu işlediğine hükmetmiştir. Mahkeme; doktoru, yaptığı işin "yasadışı olduğunu bilmediği" gerekçesiyle serbest bırakmıştır. Sünnetin yaralama suçu kapsamına girdiği için yasadışı olduğuna karar veren mahkeme, sünnetin ancak tıbbi gereklilik söz konusu olduğunda yapılmasının yasadışı olmayacağına hükmetti.¹⁴⁴

Ancak daha sonra Alman Federal Meclisi yasal düzenleme yaparak belli şartlar altında, sünnet yapılmasının hukuki sınırlarını çizmiştir.¹⁴⁵

Endikasyon konusunda önceleri geçerli olan prensip "*endikasyon olmaksızın tıbbi müdahale yapılamaz*" prensibi idi. Bugün ise bir yandan herhangi bir

¹⁴¹ Gökcan, (TİBBİ), s.168.

¹⁴² Er, ss.62-63.

¹⁴³ Hakeri, (TIP), s.403.

¹⁴⁴ "Almanya'da Sünnet Yasağı!" , **Vatan**, 26.06.2012, (<http://www.gazetevatan.com/almanya-da-sunnet-yasagi--460585-gundem/> , (29/11/2014).

¹⁴⁵ "Sünnet Yasağı Tarihe Karıştı" , **Avrupa Sabah** , 12.12.2012, <http://sabah.de/sunnet-yasagi-tarihe-karisti/>, (29.11.2014).

endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler -estetik ameliyatlar gibi- artmakta; öte yandan da bazı müdahalelerde endikasyon sadece psikolojik nedenle yapılmaktadır. Keza organ naklinde, organ bağışlayan kişi bakımından herhangi bir endikasyon söz konusu değildir. Yine teşhis amaçlı genetik muayeneler de doğum öncesi muayene gibi, endikasyon olmaksızın yapılmaktadır. Kan bağışında bulunulması, rahim tahliyesi,sterilizasyon da çoğu kez tıbbi endikasyon olmaksızın yapılmaktadır. (...) Bu nedenle, öğretilerde endikasyonun bulunmadığı tıbbi müdahalelerin de hukuka uygun olabileceği savunulmaktadır. Buna göre, tıbbi müdahalenin endikasyonsuz yapılması, müdahalenin tıbbi olması niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Hekim tarafından yapılsa bile artık tıbbi bir müdahale söz konusu değildir. Bununla beraber, bu husus, hastanın rızasını bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkarmadığı gibi, rızanın sırf bu nedenle geçersiz olmasını da sonuçlamaz. Bu durumda, hastanın rızasının bulunması ve hekim faaliyetinin adap/etiğe aykırı olmaması durumunda, müdahale yine hukuka uygundur. Dolayısıyla, endikasyonun yokluğu otomatik olarak hekim müdahalesinin hukuka aykırılığını sonuçlamaz.¹⁴⁶ Ancak öğretilerde bu görüşe karşı çıkanlar da bulunmaktadır.

Sonuç olarak tıbbi, sosyal veya psikolojik endikasyon olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerde hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Buna karşın hastanın rızasının endikasyon kadar ve hatta daha önemli olduğunu savunan görüşler giderek daha sık dile getirilmektedir.

2.3.3. Aydınlatma ve Rıza

"Hasta- hekim ilişkisi, "tıp tarihçisi Robinson'a göre, herhangi bir nedenle duyduğu acı karşısında çığlık atan insanla" başlamıştır. Bu çerçevede, acı duyan ilk insan ilk hastayı oluştururken, onun yardımına koşan kişi de ilk hekim kimliğini almıştır. Bu durumda, yardıma koşan kişi üstünlük sağlamış, acı çeken yanında güçlü kimliğe sahip olmuştur. "İlk hekim" bu şekilde, daha sonraki aşamalarda, diğer insanlara karşı hakimiyet kurabilecek şekilde kullandığı bir üstünlüğe sahip olmuştur. Bu başlangıç sonrasında "hasta" kimliği ve "hasta hakları" kavramları, tedaviyi üstlenmiş olan güçlünün yorumuna bağlı kalmıştır. Hastalık hakkında bilgi sahibi olması, bir üstünlük sağlayarak, hekimin "hasta hakları"na doğrudan ilk

¹⁴⁶ Hakeri ,(TIP), ss.403-404.

müdahalesine olanak sağlamıştır. Hastaya uygulanacak tedavi, “otoriter-güçlü-üstün” olanın değerlendirmesine kalıyordu. Hekim, bu konuyla, hastaya iyilik “lütfediyordu”.

“Hipokrat Yemini’ne dayanan geleneksel tıp ahlakı anlayışında; hekimin en önemli ödevinin “hastanın fikri ne olursa olsun onun yararına davranmak, asla zarar vermemek” olduğu öngörüsü kabul görmekte, “hastaya bilgi verilip, tedavi uygulama şekli hasta kararına bırakıldığında, çoğu hastanın yanlış yönelimle daha kötüyü seçebileceği, bu nedenle hekimlerin, hastalarından pek çok şeyi gizlemesinin uygun olduğu değerlendirilmekteydi”.

Hipokrat’ın, hastayı bilgilendirmeyi, hasta lehine olacağı yaklaşımı ile yasaklamasından sonraki çağlarda da, hasta-hekim ilişkilerindeki durum farklılık göstermedi. Daha farklı yaklaşımlar yine hasta aleyhine oldu; Ortaçağ hekimleri kendilerini tanrının bir uzantısı olarak görerek, tedavi etmeye çalıştıkları hastaya bu konuda bilgi verme gereğini görmediler. Bu yaklaşım, 1847’deki Amerikan Tıp Birliği’nin ilk tıbbi etik kurallarının oluşturulması sırasında da benzer şekilde değerlendirilip, hasta-hekim ilişkisinden, ya da aydınlatılmış onamdan söz edilmedi.

Hasta onamının, 1900’lü yılların başlarında, bir dizi işlem uygulama için izin isteme çerçevesinde alındığı görülmektedir. Ancak bu onam, yapılacak işlem hakkında hasta aydınlatılmasını içeren bir onam özelliğini taşımamaktaydı.

Bu yaklaşımda İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra önemli değişiklikler oldu. Nuremberg Mahkemeleri’nde, İkinci Dünya Savaşı sırasında, Alman hekimlerinin, “hekimlik otoritesini insanlık aleyhine kullandıkları”, ortaya çıkınca, hekimlik mesleğine olan güven sarsılmış ve “hasta hekim ilişkisinin "sözlü sözleşme" (bazı durumlarda "yazılı sözleşme") hukukuna dayandırılma” gereği ortaya çıkmıştır.

İnsanların son zamanlarda sıkça gündeme getirdiği, “eşitlik”, “sosyal haklar” ve “hasta hakları” kavramları, “babacı (paternalistik)” otoriter anlayışa sorgusuzca uyma yaklaşımını zayıflattı. Hekimler, neler yaptıklarını açıklamak ve gerekçesini söylemek durumuyla karşı karşıya kaldılar. Hekimler, eski çağlardaki güç ve etkinliklerini artık kaybetmişlerdir. Ne sosyal bakımdan ne de zeka bakımından üstün tutulmamaktadırlar. Hekimler, artık, yaşadıkları toplumların eşit birer katılımcıları olarak kabul edilmektedirler. Tıbbi paternalizm itibar kaybetmiştir. Hastalar,

kendilerini etkileyen tıbbi kararlarda aydınlatılmış olarak doğrudan rol almak istemektedirler."¹⁴⁷

Onam (rıza), en genel tanımı ile, kişinin kendisi ile ilgili bir konuda başka bir kişinin tasarrufta bulunmasına izin vermesi halidir. Kişinin rızası, kendisi üzerinde yapılan tasarrufun hukuka uygun hale gelmesini sağlar. Aydınlatma; en geniş tanımı ile bir konunun içeriği hakkında bilgi verilmesidir. Türk Dil Kurumu Sözlüğündeki tanımı itibarıyla aydınlatma, bir sorunun ya da bir kavramın tüm içerikleriyle açıklanmasıdır. Bu durumda, aydınlatılmış onamı, kişinin onam (rıza) vereceği bir konu hakkında yeteri kadar bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirme sonunda kişinin onam (rıza) vermiş olması olarak tanımlamak mümkündür. Aydınlatılmış onamı, tıp literatüründeki karşılığı olarak, "hastanın tıbbi girişim hakkında bilgilendirilmesi ve hastanın bu bilgilendirmeden sonra tıbbi girişimin yapılmasına karar ve onay vermesi" şeklinde de tanımlamak mümkündür.¹⁴⁸

"Hasta-Hekim ilişkisi, 1970'li yıllara kadar, iki insan arasındaki "güven" kavramına dayanıp sınırları tıbbi etik'le belirlenmişti. Hukuksal bir yaptırımla düzenlenmeme, bu alanda hasta haklarının ihlallerindeki artışı da beraberinde getirdi. Bu olumsuz durumlar, 1970'li yıllardan sonra, hasta haklarının tanımlanmaları ve korunmaları ile ilgili tartışmaların gündemde yer almasına neden oldu. Günümüze dek uzanan bu tartışmalar sonunda, hastanın; hastalığının ne olduğu, önerilecek tedavi yöntemlerinin neler olduğu, sonuçları, karşılaşılabileceği riskleri ve yararları gibi, hastanın, hastalığının tedavisi için seçim yapmasında, kendi hakkında karar vermesinde yardımcı olacak ve yol gösterecek detaylı bilgilerin hastanın anlayacağı şekilde verilmesi ve anlamasının sağlanması, hekimin görevleri kapsamına alındı.

Türkiye'de oldukça geç gündeme gelmesine karşılık, batılı gelişmiş ülkelerde, "terim" olarak ilk kez 1957 yılında yazılı belgelerde rastlanılan, "Aydınlatılmış onam" öğretisinin gelişmesinde ve uygulamaya yansıtılmasında önemli rol oynayan davalar, oldukça erken dönemlerde başlamıştır. Bu alanda tarihe mal olmuş, içtihat oluşturan olay ve alınan karar özetlerini derleyen Ersoy'un verdiği bilgiler aşağıda sunulmuştur:

¹⁴⁷ M.Erdal Güzeldemir, "Hasta Bilgilendirmenin Önemi", **Sendrom Tıp Dergisi**, Cilt:17, Sayı:5, 2005, ss.38-39.

¹⁴⁸ Hızal ve diğerleri, s.3.

1. Mohr-Williams davası (1905): Bu dava, “geçerli bir onamın (gerçek/açık onam) yapısı ve sınırları ile ilgili özelliklerin belirlenmesine katkı” sağlamıştır. “Ann Mohr, sağ kulağında yapılacak ameliyat için onam vermiştir. Hasta anestezi altındayken, cerrah Williams, sağ kulaktan daha öncelikli olarak sol kulağının tedaviye gereksimi olduğuna karar vermiş ve hastanın sol kulağını ameliyat etmiştir. Oysa Bayan Mohr’a, bilgilendirme sürecinde sol kulağın tedaviye gereksinimi olduğu söylenmemiş ve onam sadece sağ kulak için alınmıştır. Hakim, sol kulağa yapılan ameliyatın, “yetkilendirilmemiş dokunma” olduğuna ve hasta üzerinde kötü davranış ve saldırı meydana getirdiğine karar vermiştir. Bu karar ile; *“hastanın, bedenine yapılacak girişimler için yetkilendirmesinin, ancak, hekimine, her bir girişim için ayrı ayrı, gerçek-açık onam vermesi ile olası olacağı”* sonucuna varılmıştır.

2. Schloendorff davası (1914): Günümüzde, bireyin “kendi hakkında karar verme hakkı”ndan kaynak bulan “aydınlatılmış onam”, ilk kez bu davada ele alınmış ve aydınlatılmış onamın bireyin, *“kendi hakkında karar verme hakkını koruduğu”* fikri doğmuştur.

3. Hunter-Burroughs davası (1918): Bu davada, hastaya karar verirken yardımcı olacak, “aydınlatılmış onam” için gerekli olan bilginin açıklanması ve hastanın karar sürecine katılması için “gönüllülüğün” sağlanmasının önemi vurgulanmıştır.

Yüzyılın ilk yarısında, “1900’den 1950’ye kadar görüşülen davalarda; hekimler, hastalarına aydınlatılmış onam için gereken bilgiyi açıklamaktan sorumlu tutulmuş ve gereken bilgiyi vermeme durumunda kötü davranış ile suçlanmıştır. Ancak 1950’lerde McCoid, hekimin, hastasının aydınlatılmış onamını elde etmedeki başarısızlığını, yetkilendirilmemiş dokunma yada kötü davranışla açıklanamayacağını, sorunun hastanın aydınlatılmasında gösterilen ihmal olduğunu ileri sürerek farklı bir bakış açısı kazandırmıştır.

4. Stanford Üniversitesi - Salgo davası (1957); Aydınlatılmış onam için açıklanması gereken bilginin neleri içermesi gerektiği ile ilgili tartışmalara açıklık getirmiştir. Bu dava kararı ile *“hastanın haklarını ve bedenini etkileyebilecek tüm tıbbi işlemlerin yararlarının, zararlarının, varsa tehlikelerinin açıklanmasının bir*

ödev olduğu, hekimin bunlardan başka olası tehlikeler konusunda da hastayı uyarma yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılmıştır".

5. Nathanson - Kline davası (1960); Dr. Kline, hastası bayan Nathanson'a kobalt tedavisini önerirken riskleri açıklamamıştır. Dava sonunda, *"Doktor-hasta arasındaki ilişkinin güvene dayanan bir ilişki olduğu vurgulanarak, hastaya hastalığı ve tedavisi ile ilgili tüm gerçeklerin, açık sözlülükle açıklanması gerektiği, açıklama ödevinin de doktora ait olduğu ve aydınlatılmış onam için açıklamanın şart olduğu"* hükmüne varılmıştır. Çok küçük olasılıktaki (%1 gibi) risklerin bile açıklanmış olması gerektiği üzerinde durulmuştur. "

6. Cobbs-Grant davası (1972); Dr. Grant ameliyatın yapısını ayrıntılarıyla açıklar, ancak ne ameliyat anına ait, ne de ameliyat sonrasında ait hiçbir riskten söz etmemiştir. Hastada tekrar ülser gelişir. Bu durum, ilk ameliyatla ilgili bir risk (%5) olmasına rağmen Cobbs'a açıklanmamıştır. Kısa bir süre sonra dikişlerin erken emilmesi sonucu karın içi kanama nedeniyle tekrar hastaneye yatırılır. Hasta, ameliyatta, cerrahın ihmalkar davrandığı ve asıl ameliyatın risklerini açıklamadığı gerekçesiyle Dr. Grant'a karşı dava açar. Karşılaşılan komplikasyonların, tedavinin riskleri ile ilgili olduğu ve bir ihmal olmadığı yönünde kararlar sonuçlanır. Hakim, cerrahın yapmayı planladığı ameliyatın yapısını açıklamış olmasına karşın, olası hiçbir risk- *dalağın hasar görebileceği, tekrar ülser gelişebileceği, hatta gastrektomi gerekebileceği ve dikişlerin erken emilmesi sonucu karın içinde kanama olabileceği gibi-* hakkında açıklama yapılmadığı sonucuna vararak, durumu özetler.

Davanın sonunda mahkeme; cerrahı, aydınlatmada gösterdiği başarısızlıktan dolayı hastalarına karşı yükümlü olduğu açıklama yapma ödevini yerine getirmemekle suçlar. Hastasının, aydınlatılmış bilgiyi anlamış olarak, onam verme hakkını kısıtlamış olmaktan dolayı sorumlu tutulur. Hatta mahkeme; *hekimin ölüm riski dahil, önerilen işlemin ciddi tehlikelerini açıklamakla yükümlü olduğunu,* hastanın karar sürecine etkin bir şekilde katılabilmesinin yeterli bilgiyi almakla mümkün olabileceğini ileri sürer.

7. Canterbury – Spence davası (1972); Spinal cerrahinin tehlikeleri hakkında yeterli bilgi verilmemesi üzerine odaklanmıştır. Bu karar, hastaya hangi bilgilerin verilmesi gerektiği ile ilgili çelişkileri gidermiş; *hekimin hastasını, makul*

bir insanın bilmek isteyeceği tüm bilgilerle aydınlatması gerektiğini” ortaya koymuştur.

8. Almanya’da, hekimin hastasını aydınlatma ödevine ilişkin alınmış ilk karar, 1 Mart 1912 tarihini taşımaktadır. 1930’lu yıllarda Alman İmparatorluk Mahkemesi’nde görüşülen diğer davalarda aydınlatma ödevine aykırılık nedeni ile zararı giderme istenebileceği yolunda kararlar alınmıştır. II. Dünya Savaşında (1945-47) Nazi toplama kamplarındaki savaş tutsakları üzerinde insanlık dışı deneyler yapan doktorlar, Nuremberg Mahkemeleri’nde yargılanmıştır. Mahkeme sonunda hekimin aydınlatma ödevi tanımlanmıştır.

a) Hekimin aydınlatma ödevi; hastanın kendisi hakkında karar verme hakkından doğmaktadır.

b) Aydınlatma ödevinin ölçüsü ve kapsamı; kural olarak hekim, girişimin ortaya çıkaracağı tipik riskleri kesinlikle açıklamak zorundadır. Ancak ender olarak ortaya çıkabilecek zararlı sonuçlar hakkında hastanın aydınlatılması gerekli değildir.

c) Aydınlatma ödevinin kapsamının belirlenmesi bir hukuk sorunudur.

d) Hastanın aydınlatılmasının, onun sağlığı yönünden zararlı olabileceği görüşü ancak bazı durumlar için geçerli sayılabilir.

Hastanın aydınlatılmasına ve aydınlatılmış onamın elde edilmesine dayanak oluşturan Nuremberg Mahkemesi kararları, Nuremberg Code (1945) olarak isimlendirilen bir dizi etik kuralın ortaya konulmasını sağlamıştır.

9. Türk Hukuku’nda aydınlatılmış onam için gösterilen örnek dava ve karar şöyledir:“*Açıklamasız muayene (1977); acil olarak ambulansla doğumevine getirilen genç kıza, davalı kadın-doğum uzmanı tarafından yapılan rektal tuşe sırasında hekimin baş parmağının himene tazyiki nedeniyle hastanın anüler olan kıklık zarının yırtılmasına yol açılmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde görüşülen davanın 07.03.1977 tarih ve 6297/2541 sayılı kararında hekimin salt aydınlatma görevi üzerinde durulmuştur. ‘Muayenenin olası sonuçlarının risklerinin davacıya bildirilmesi gerektiği’, çünkü, bu tür muayenelerde bazen kıklık zarının bozulabileceği Adli Tabiplik raporunda belirtilmesine karşın, davalı hekimin yaptığı muayenenin olası sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirmedeği, yani aydınlatma görevini gereği gibi yerine getirmediği ve aydınlatma görevini yerine getirdiğini -yapılacak uygulamayı sonuçlarıyla birlikte tıp biliminin gereklerine*

uygun olarak davacının anlayacağı biçimde açıkladığını- iddia edip, ispat edemediği için sorumlu tutulduğu, belirtilmektedir.” Dikkatleri üzerlerine çeken bu karar örneklerinden sonra, aralıklarla yayınlanan üç bildirme de, "Bilgilendirme ve Bilgilendirilmiş Onam" yaklaşımını, çok önemli temel maddelerden biri olarak kapsamına almıştır.

Dünya Hekimler Birliği'nin 1981 yılında "Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi" ilk yayınlanan bildirme olup, hekim-hasta ilişkisini düzenlemekle sınırlı kalmış, ancak, ilk olması açısından önemli bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir.

Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu, 1994 yılında, "Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi" yayınlandı. Dünya Hekimler Birliği, "Lizbon Bildirgesi"nde eksik olarak görülen, sağlık personeli ve kurumlarla olan ilişkileri tanımlamış ve 11 ana başlığa ulaşan yeni metni "Bali Bildirgesi" olarak 1995 yılında yeniden yayınlamıştır.¹⁴⁹

Tıbbî müdahaleler, bir hastalığın teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak hekim tarafından kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olmaları sebebiyle, kişilik hakkı ve dolayısıyla kişilik değerlerini yakından etkileyen fiillerdir. Tıbbî müdahalelerin ihlal ettiği kişilik değerleri, özellikle yaşama hakkı, beden bütünlüğü ve sağlık değerleri olarak ortaya çıkar. Gerçekten, bir tıbbî müdahale sonucunda kişinin beden bütünlüğü ve sağlık değerlerinin ihlali kaçınılmaz olacağı gibi, bazı hallerde bu müdahale sonucunda kişinin hayatının sona ermesi, dolayısıyla yaşama hakkının ihlaliyle karşılaşılması da mümkündür.¹⁵⁰ İşte bu nedenle hastanın yapılacak müdahale ile ilgili rızasının alınması gerekir. Bir kişinin, kendisi üzerinde yapılacak bir işleme özgürce ve sağlıklı karar verebilmesi için yapılacak işlemin içeriğini, olası sonuçlarını, olası yarar veya zararını iyi bilmesi, yani aydınlatılmış olması gerekir. Sağlık personelinin henüz yeterince bilinmese de, aydınlatma ve rıza kavramlarının hukukumuzdaki önemi son yıllarda giderek artmaktadır.

Müdahalenin hukuk düzenince kabul görmesi, hastanın o müdahaleye rıza vermesi ile mümkün olacaktır. Ancak rıza tek başına yeterli değildir. Bunun mutlak surette hukuken geçerli olabilmesi için hastanın ayrıntılı biçimde aydınlatılmış olması gerekmektedir. *Aydınlatılmış* terimi, sahip olma ya da bilgilenme anlamına

¹⁴⁹ Güzeldemir, ss.8-10.

¹⁵⁰ Mustafa Çeker, "**Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu**", <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf> , (28.11.2014), s.4.

gelmekte olup, kısaca yapılacak müdahale konusunda hastaya bilgi vermek ve hastanın neye onay verdiğiinden haberdar olması şeklinde tanımlanabilir.¹⁵¹

“Aydınlatılmış onam”, insan onurunu ve bütünlüğünü korumayı hedefleyen, Anglo-Amerikan Hukuk Bilimi’nin iki temel ilkesinden kaynaklanan bir öğretimdir. Bu temel ilkelerden ilki: “*bir kişi, kendisine güvenen ve inanan bir kişinin iyi niyetine sadık kalarak, onun yararına davranmalıdır*” öngörüsüdür. Hekimin mesleki bilgisine karşılık, hastanın hastalığı konusunda bilgisiz ve çaresiz durumda bulunması, hasta-hekim ilişkisinin güvene dayanmasını zorunlu hale getirmektedir. Bu nedenle hekim, hastaya tüm gerçekleri açıklama ödevini yüklenmiş olmaktadır. Aydınlatılmış onam öğretisinin dayandığı “ikinci ilke ise, “*bireyin kendi hakkında karar verme hakkı*”dır. Bu hak ile, “yeterli” olan bir kişinin kendi bedenine ne yapılacağına karar verme hakkına sahip olduğunun bilincinde olduğu ve onun isteği dışında hiçbir girişim için zorlanamayacağı saptanmaktadır.¹⁵²

Hekimler için , tıbbi müdahale öncesi hastanın aydınlatılmış rızasını almak bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün kaynağı öncelikle Anayasa'nın "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında , kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz ; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*" şeklindeki 17. maddesidir.¹⁵³

Ülkemizin de tarafı olduğu, uluslar arası temel haklara dair bir sözleşme olan Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesi de de " *Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.*" hükmü ile aydınlatılmış rıza vurgusu yapılmıştır.¹⁵⁴

1219 sayılı Tababet Kanunu madde 70 te ise rıza konusu "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*" şeklinde

¹⁵¹ Yılmaz, ss.392-393.

¹⁵² Güzeldemir, s.7.

¹⁵³ Er, s.77.

¹⁵⁴ Biyotıp Sözleşmesi, s.3.

vurgulanmaktadır.¹⁵⁵ Dünyada henüz "hasta hakları" ve "aydınlatma ve rıza" kavramının gelişmediği 1928 yılında yapılan bu yasada böyle bir maddenin olmasının öneminin dikkat çekici olduğunu vurgulamak isterim.

Yine Medeni Kanunumuzun 24/II. maddesinde yer alan "*Kişilik hakları zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*" hükmü ile "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür*" (m.23/III) maddesinin içeriği, Anayasadaki kuralı tamamlayıcı nitelikte düzenlemelerdir.¹⁵⁶

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14/II maddesinde ise "*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.*" şeklinde vurgulanmak istenen de aynı şekilde hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasıdır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde "*Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usülleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir*" hükmü ile hastanın "aydınlanma hakkı" vurgulanmıştır. Aynı yönetmeliğin 22. maddesinde "*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*" denilmektedir. Yine yönetmeliğin 24. maddesinde ise "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Kanuni temsilciden*

¹⁵⁵ **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-15.htm>, (30/11/2014).

¹⁵⁶ Er, ss.77-78.

veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz. Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır." hükmü getirilmiştir. Burada ise "rıza" kavramı tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi hukukumuzda aydınlatma ve rıza'nın anayasal ve yasal dayanakları çok açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Yine Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde "*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. **Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir.** Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir"* denilerek hastanın aydınlatılması ve rıza'nın önemi vurgulanmaktadır.¹⁵⁷ Buna göre aydınlatılmış onam; Aydınlatılmış bir hastanın ya da bireyin dışarıdan herhangi bir zorlama olmaksızın kendi özgür seçimine dayanarak belirli bir müdahalenin kendisine yapılmasını kabul (veya ret) etmesidir.¹⁵⁸ Önemli noktalardan biri de bu maddede vurgulanan aydınlatmanın hasta tarafından anlaşılacak biçimde yapılmasıdır. Ülkemizdeki önemli sorunlardan biri, hekimin aydınlatmasının anlaşılabilmesidir. Hekimler artık günlük konuşma dillerine bile girdiğinden, çoğunlukla hastaları bilgilendirirken de yoğun bir şekilde tıbbi terim kullanmaktadır. Bu ise hekimin anlaşılabilmesine yol açmakta, hastalar ise çoğunlukla çekindiklerinden

¹⁵⁷ **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları** , http://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf , (30/11/2014).

¹⁵⁸ Aslıhan Akpınar, "**Aydınlatılmış Onam Asistan Etik Eğitimi 12-13 Eylül 2013**", http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_13_guz/sunular/aydinlatilmis_onam.pdf , (30/11/2014).

anlamadıklarını söylememektedirler. Bu durum, tıbbi müdahale sonrası sorunlar ortaya çıktığında hekim için ciddi sorun yaratabilmektedir. Bu nedenle aydınlatma yapılırken her hastanın sosyoekonomik ve kültürel durumu dikkate alınmalı ve uygun bir dille bilgilendirme yapılmalıdır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı kararında *“Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.”* hükmü yer almakta ve rızanın hukuken geçerli olabilmesi için aydınlatma yükümünün çok iyi yerine getirilmiş olması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁵⁹

Yine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2000/8582 E, 2000/10298 K ve 20/11/2000 tarihli kararında, enfekte yara sonrası tetanoz olan bir hasta ile ilgili; *“....doktor, bu gibi hallerde derhal tetanoz aşısının yapılmamasının ağır ve tehlikeli sonuçları hakkında, hastasını uyarmak, onu bilgilendirmekle yükümlüdür. Davacı, köyde çiftçilikle işigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır ve tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez. Bu durumda davalı doktorun anılan yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için aşı yapılmasını değil, yapılmamasının sonuçlarını hastaya varsa yakınlarına anlatması bütün çabalarına rağmen aşı yapılmasına karşı konulması halinde de hastanın açıklayıcı yazılı beyan ve imzasının alınmış olmasını gerektirir. Davada, davacıdan tetanos aşısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen davacının tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir.”* hükmünü vermiştir. Bu kararda hastanın sosyokültürel durumuna göre bilgi verilmesinin ve bu aydınlatmanın belgelenmesinin önemi vurgulanmaktadır.¹⁶⁰

Amerika Birleşik Devletlerinde verilen bir kararda *“Bir doktor, tedaviyi reddetmesi sonucunda olabilecek riskler konusunda hastasını uyarmayı ihmal ettiği için meydana gelebileceklerden sorumlu tutulabilir. Hekimin bilgi vermedeki*

¹⁵⁹Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü" , **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2, 2011, s.188.

¹⁶⁰ Battal Yılmaz, "**Hekimin Hukuki Sorumluluğu**", 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara ,2010,s.37.

sorumluluk kapsamı, hastanın bilgilendirilmiş şekilde bir seçim yapabilmesi için ihtiyaç duyacağı bilginin yeterli ölçüde beyan edilip edilmediği ile ilişkilidir.Hastanın kararına etki edebilecek her bilgi hastaya verilmelidir." vurgusu yapılmıştır.¹⁶¹

Sonuç olarak, Hekimin hastayı aydınlatması hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi açısından önemlidir; çünkü hekim ile hasta arasındaki ilişki iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan birincisi hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisidir. Hasta duyduğu acıların en doğru ve hızlı şekilde dindirilmesi ve iyileşmesi için kendi vücudu üzerinde müdahalede bulunması için hekime başvurmaktadır. Diğer bir ifade ile kendisini, hekime emanet etmektedir. Hekim ise kendisine verilen bu yetkiye mesleki bilgi ve becerisi katarak hastanın problemini çözmek için onun direkt vücudunu etkileyecek müdahalede bulunmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki bir diğer unsur ise hastanın kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Hasta, hekim yardımından faydalanmak veya hastalığını akışına bırakma konusunda seçim hakkına sahiptir. Hekimin hastayı aydınlatması hekimin ana ödevlerinden biridir.Bu hekimin bizzat kendisi tarafından temsil edilemeyen kişisel edim yükümlülüğüdür. Bu ödev yerine getirilmeden alınan onam geçersiz sayılacak ve hatta hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren şartlarından olan aydınlatma, hem hasta haklarından hem de hekimin yükümlülüklerindedir.¹⁶²

Bu konuda Literatüre giren bir olayı aktaralım; *"35 yaşında erkek hasta. Birkaç yıldır mide yakınmaları var. Mide ülseri tanısı konuluyor. Ünlü bir doktora gidiyor, muayene sonunda "ameliyat" diyor. Ameliyat günü hastanın arkadaşları, eşine nasıl bir ameliyat yapılacağını soruyorlar. Kadın, "bilmiyoruz, doktor anlatmadı, biz de sormadık" diyor. Hastaya operasyonun başarılı geçtiği söyleniyor ama ağrıları şiddetlenerek artıyor. Yapılan hatalar nedeniyle hasta birkaç ay içinde sekiz kere daha ameliyat ediliyor. Eşi doktorlardan bilgi alabilmek için adeta baskı uyguluyor. Ancak doktorlardan hep aynı cevabı alıyor: "Anlatırsam anlamayacaksın". Uzun yalvarmalar sonucunda ikinci doktor hastanın nesi olduğunu anlatıyor. Bunun üzerine ilk doktor "öğrendin de ne oldu sanki" diyor.*

¹⁶¹ Rezzan Günday, " **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**", Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.101.

¹⁶² Yılmaz, ss.393-394.

4,5 ayın sonunda hasta hayatını kaybediyor". Bu olayda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına en asgari düzeyde dahi saygı gösterilmemiştir.¹⁶³

Meslek hayatım da bizzat tanık olduğum bir olay da buna benzerdir; guatr ameliyatı olacak kırsal kesimden gelen bir hasta, ameliyatı yapacak meslektaşına ısrarla bir kaç kez "nasıl ameliyat edileceğini" sorduğunda, meslektaşım en sonunda "merak etme, seni tamamen İslami usullere göre keseceğim!" diyerek alaycı ve bilgilendirme yapmaktan uzak bir cevap vermiş ve hastayı bu şekilde ameliyata almıştı. Burada , kağıt üzerinde hastanın rızası alınmış olsa da bu rızanın aydınlatılmış rıza olmadığı açıktır.

Buraya kadar vurguladığımız gibi, aydınlatma, rıza'dan önce yapılmalıdır. Biz de bu kurala uyararak önce aydınlatma sonra da rıza'nın unsurlarını inceleyeceğiz.

2.3.3.1. Aydınlatma Yükümlüsü

Aydınlatma yükümlülüğü, hekime aittir. Bu hekim, tedaviyi uygulayan, müdahaleyi yapan (müdavi) hekimdir. Hekimin bu görevi bizzat yerine getirmemesi, bir başka meslektaşına bırakması durumunda, meslektaşının bu yükümlülüğü gereğince yerine getirdiği hususunda emin olması gerekir. Hastanın karar vermesinin güç olduğu ağır ameliyatlarda, bizzat ameliyatı yürütecek operatör hekimin aydınlatmayı yapması gerekir.¹⁶⁴

Hekim ile hasta arasındaki ilişki kural olarak güven unsurunun son derece önemli bir özellik olduğu vekâlet ilişkisidir. Hatta iş görme edimi ihtiva eden sözleşmeler içerisinde güven unsurunun en yoğun olduğu ilişki vekâlet sözleşmesidir. Söz konusu ilişki dolayısıyla hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Zira hekimin aydınlatma yükümlülüğü özel hukuk ilişkisi bakımından güven unsurunu ön plana çıkarmaktadır. Güven unsuru açısından ve hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesinden kaynaklı olarak aydınlatma yükümlüsü, sözleşmenin tarafı olan *hekime* aittir.¹⁶⁵

1219 sayılı Tababet kanununun 70. maddesinde " **Tabipler**, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtıhacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar" hükmü ile aydınlatma ve

¹⁶³ Hakeri ,(TIP), s.275.

¹⁶⁴ Hakeri ,(TIP), ss.301-302.

¹⁶⁵ Yılmaz, ss.401-402.

rıza almanın hekimlerin görevi olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 15'e bakıldığında "*Hasta, tedavisi ile ilgilenen tabip dışında bir başka tabipten de sağlık durumu hakkında bilgi alabilir*" denilmektedir. Bu madde de aydınlatma yükümlüsünün tedavi ile ilgilenen hekim olduğunu, ancak hastanın gerek görmesi halinde başka hekimden de bilgi alabileceğini vurgulamaktadır.

Aydınlatma borcu, Anayasa teminatı altında bulunan kişilik hakkının bir sonucu olduğu kadar, tedavi sözleşmesinin de bir sonucudur. Yeterli bir aydınlatmadan sonra elde edilmediği için hastanın rızası geçersiz ise, tıbbi müdahale, usulüne uygun şekilde icra edilmiş olsa bile hem sözleşmeye hem de hukuka aykırı olur. (...) "*Alman mahkeme kararlarına göre hastanın rızası ancak rıza gösterdiği müdahalenin anlamını, önemini ve sonuçlarını yeteri derecede bildiği takdirde geçerli olacaktır. Bu da hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesiyle gerçekleşecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, hastanın, Anayasa tarafından güvence altına alınmış olan 'kendi geleceğini bizzat tayin hakkı'nın' sonucu olarak kendini gösteren 'tıbbi müdahaleye rıza göstermesi'nin zorunlu bir şartıdır*". (...) Hastanın bilgilendirilme konusunda herhangi bir talepte bulunmaması, hekimin aydınlatma görevini ortadan kaldırmaz. Bu gibi durumlarda dahi hekimin bilgilendirme görevini yerine getirmesi beklenir.¹⁶⁶

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bu genel düzenlemelerin yanında, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü başlıklı 7. Maddesinde; "*organ ve doku alacak hekimlerin; vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak yükümlülüğünde olduğu*" düzenlenmiştir.¹⁶⁷

Hekimin açıklamaları olmaksızın geçerli bir rıza verilmesinden söz edilemez. Tıbbî müdahaleler alanında hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için, hastanın, bunun konusunun anlamı ve önemi bakımından kesin bilgilere sahip

¹⁶⁶ Er,ss.86-87.

¹⁶⁷ **2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun,**
<http://www.tsn.org.tr/folders/file/organnakli.pdf> , (30/11/2014)

bulunmasını gerektirir.¹⁶⁸ Aydınlatmanın hekim dışında hastabakıcı, hemşire gibi diğer sağlık çalışanlarına bırakılmaması gerekir. Ancak hemşire kendi sorumluluk alanındaki tıbbi müdahaleler için aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Örneğin; kan alımında işlemi ve varsa rizikoları hastaya anlatmalıdır.¹⁶⁹

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2002/716 E, 2003/91 K ve 07/03/2003 tarihli kararında "...davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlamada gerekli özenin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu..." hükmü verilerek bilgilendirme yükümlülüğünün hekime ait bir yükümlülük olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır.¹⁷⁰

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2008/4519 E, 2008/10750 K ve 18.9.2008 tarihli kararında aydınlatılmış onamın önemini şöyle vurgulamıştır; "*Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlatmış yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükmeye esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır...*"¹⁷¹

Ülkemizde yapılan bir araştırmada hekimlerin bu yükümlülüklerini yerine getirmede çok dikkatli olmadıkları saptanmıştır. Bu araştırmaya göre; aydınlatılmış onam alınma sürecinde, hekimin gerekli açıklamayı yapmak için zaman ayırdığı (%68,6) ve onam belgesinin hekim tarafından gereken açıklamaların yapılarak ancak hasta tarafından okunmadan hemşire tarafından imzalandığı (%42,9) tespit

¹⁶⁸ Ersoy, s.171.

¹⁶⁹ Yılmaz, s.402.

¹⁷⁰ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelistirilmisDokumanAraServlet>, (29.12.2014).

¹⁷¹ kazanci.com , (27.12.2014).

edildi. Aydınlatılmış onam alma sürecinde olumsuzlukların yaşandığı; hekimin onam olma sürecinde yeterince aktif olmadığı, onamı çoğunlukla imzalatmadığı, imzalatma işleminin daha çok yardımcı sağlık personelleri tarafından gerçekleştirildiği, hazırlanmış onam belgesinin hasta tarafından okunması için uygun ortam ve süre verilmediği ve hastanın onam hakkında aklına takılanları sorma fırsatı bulamadığı, yaşanan olumsuzlukların giderilmesi için hekim-hasta ilişkisinde, hekimin daha aktif olması, hastaya yeterince zaman ayırması gerektiği ve hastaların onam alma uygulamasına yönelik tutumlarının ise olumlu yönde olduğu tespit edildi.¹⁷²

2.3.3.2. Aydınlatılacak Kişi

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişi hastadır. Hastanın da kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için karşılaşıcağı müdahale hakkında direkt bilgi sahibi olması gereken kendisidir. Bu nedenle aydınlatılması gereken kişi bizzat hasta olacaktır.¹⁷³

Yukarıda açıkladığımız gibi gerek Anayasa'mızın 17/2 maddesinde, gerek Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde, gerek 1219 sayılı tababet kanununun 70. maddesinde aydınlatılması gereken kişinin, tıbbi müdahaleye uğrayacak kişi olduğu çok açık bir şekilde belirtilmiştir. Yine Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15/2. maddesinde ise; "*Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir*" denilerek aydınlatılacak kişiyi açık bir şekilde tanımlamıştır.

Bugün ülkemizde çok kötü ve tamamen hukuka aykırı bir uygulama yerleşmiş bulunmaktadır. Hasta bilinci açık ve yaşı uygun olmasına rağmen, hastanın yakınları aydınlatılmakta ve onların rızası hatta imzası alınmaktadır. Hastanın eşinin, oğlunun, kızının, babasının aydınlatılması, rızanın geçerli olmasını sağlamaz.¹⁷⁴

¹⁷² Emrullah İncesu, "Konya Seydişehir Devlet Hastanesinde Yatan Hastaların, Bilgilendirme ve Aydınlatılmış Onam Alma Süreçlerinin Değerlendirilmesi", **1.Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, Marmaris, 1-4.05.2014, ss.1-2.

¹⁷³ Yılmaz, s.402.

¹⁷⁴ Hakeri ,(TIP), s.300.

Meslek yaşamımda tanık olduğum bir olayda; son dönem kanser hastasının iş ortağı olan bir kişi hastanın hekimine gelerek "biz onunla kardeş gibiyiz" diyerek bilgi istemiş, hekim de hastanın yanında bir kaç kez gördüğü kişiye hastalığın kötüye gittiği ve kurtulma şansı olmadığı konusunda bilgi vermişti. Bir kaç ay sonra bu kişinin, hasta ile ortak olduğu şirketi kendi kardeşine borçlandırarak , şirketin batmasına yol açtığı ve kendi hastalığı ile uğraşmaktan şirket ile uğraşamayan hastanın mağdur olduğu öğrenilmişti. Oysa hastanın kendisi bu bilgilere sahip değildi. Eğer hasta bu bilgilere sahip olsaydı tedaviye devam etmek ya da etmemek yönünde bir karar verebilir ya da işleri ile ilgili düzenlemelerde bulunabilirdi. Bu nedenle hastayı aydınlatmak, hekimin temel bir ödevi olmaktadır.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 1977/2541 sayılı kararında da; “...Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir, Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar vermek yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir.” denilmek suretiyle aydınlatılacak kişinin hasta olduğu vurgulanmıştır.¹⁷⁵ Bu karardan da anlaşıldığı gibi, tıbbi müdahaleler için rıza gösterilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle de aydınlatılması gereken kişi, bizzat hastanın kendisidir. Zira unutulmamalıdır ki; kişiler tıbbi yardım isteme yada hastalığın kaçınılmaz sonucuna katlanma konusunda seçme hakkına sahiptir. Hastanın, yaşam yada sağlık hakkını kullanması için hekime izin-onay-vekalet vermesi gerekir¹⁷⁶ Hastanın aydınlatma için hekimden bir istekte bulunmaması hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü değiştirmemektedir. Böyle bir talep olsa da olmasa da hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, rıza sözkonusu olamayacağından, kişilik haklarına saldırı nedeniyle hastanın dava açma hakkı vardır. Bu gibi durumlarda hastanın hem maddi, hem

¹⁷⁵ Yılmaz, ss.402-403.

¹⁷⁶ Demirel, s.100.

manevi tazminat isteme hakkı mevcuttur. Hekimin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Ancak hekim, doğabilecek riski bilse dahi hastanın tıbbi müdahaleye yine de rıza göstereceğini kanıtlayabilirse, kusurlu sorumluluktan kurtulur; fakat kusursuz sorumluluğu yine devam eder. Bu nedenle hasta hekimden maddi ve manevi tazminat isteyebilir.¹⁷⁷

Hasta küçükse, ayırt etme gücü yoksa veya kısıtlı ise, Biyotıp Sözleşmesinin 6/2-3. maddeleri, 1219 sayılı Tababet kanununun 70. maddesi gereği veli, vasi veya kanuni temsilcisinin aydınlatılması esas olacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesinde bu husus; " *Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, yaşı küçük olmakla beraber ayırt etme gücü olanların iradelerinin de dikkate alınması gerektiği görüşü öğreti ve yargı kararlarında giderek ağırlık kazanmaktadır. Nitekim Avusturya Yüksek Mahkemesi 16 yaşında bir gencin ameliyatı için sadece ebeveynlerden rıza alınması ve gencin aydınlatılmaması dolayısıyla hekimi kusurlu bulmuştur. Bu nedenle, çocuk, akıl hastası veya hacir altına alınmış hastalarda, bunlara hastalık basit biçimde anlatılıp, veli veya vasi ise daha geniş bir şekilde aydınlatılmalıdır.¹⁷⁸

Organ naklinde aydınlatılacak kişi, hem organ veya doku alınacak kimse hem de bunların kendisine nakledileceği kimsedir. Çünkü organ nakli gerek organ veya doku vereni ve gerekse bunların nakledileceği kimseyi yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple organ veya doku naklinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü birden fazla kimse için söz konusudur. Hatta organ veya doku vericisi veya alıcısı ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin değilse, kanunî temsilcilerinin de aydınlatılması gerekmektedir. Böyle bir halde hekimin aydınlatacağı ve dolayısıyla rızasını alacağı kişi sayısı daha da artmış olmaktadır.¹⁷⁹

Bugünkü Tıbbi olanaklarla tedavi edilmesi mümkün olmayan ve kötü bir seyir göstermesi beklenen hastalıklar söz konusu olduğunda, eğer hastanın psikolojisi ve hastalığın seyrine olumsuz etkisi olacaksa, aydınlatma aileye yapılabilmektedir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 14/2 ve 3. maddelerinde "*Hastanın*

¹⁷⁷ Er, s.88.

¹⁷⁸ Hakeri, (TIP), s.301.

¹⁷⁹ Yılmaz, s.404.

maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir" denilirken, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesinde ise "Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir." denilmektedir. Buna göre, yukarıdaki anlatılan özel durumlarda hekim, hastanın özel durumunu ve psikolojisini değerlendirerek karar verecektir.

Aydınlatılacak kişinin rıza yeteneğinin bulunmaması veya şuurunun kapalı olması durumunda, hastanın yakınları aydınlatılabilir. Ancak burada ortaya çıkan bir sorun, hastanın yakınlarından hangisinin tercih edilmesi gerekeceğidir. Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14. madde hükmü kıyasen uygulanarak, eş, reşit çocuklar, anne veya baba, ve kardeşlerden birisi şeklinde bir sıralama uygun olur kanaatindeyiz. Ancak yerine göre, kişinin muhtemel (varsayılan) rızasının tespiti konusunda, yakın ilişki olduğu komşusu, arkadaşı, gibi kimseler de aydınlatılabilir.¹⁸⁰

2.3.3.3. Aydınlatmanın Kapsamı ve Yasal Dayanakları

Hasta kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olduğu için yapılacak müdahaleye rıza gösterebilmesi için durumu hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olması gerekmektedir. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan hastanın, hekim tarafından ne derecede bilgilendirileceği aydınlatma kapsamının cevabıdır. Tıbbi

¹⁸⁰ Hakeri, (TIP), s.302.

Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2 hükmüne göre, “...teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.” Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26’ya göre; Hekim, hastasını

- Hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı,
- Önerilen tedavi yönteminin türü,
- Amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi,
- Amaçlanan tedavi yönteminin hastanın sağlığı için arz ettiği riskler,
- Verilen ilaçların kullanılışı ve olası aksi tesirleri,
- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar,
- Verilen olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır.

Bunların yanında aydınlatmanın kapsamına, hastalığın teşhisi için yapılacak girişimler, hastalığın olası sebepleri, tedavi seçenekleri, tedavinin şekli, süresi, hastalığın nasıl seyredeceği, müdahalenin amacı, anlamı, müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler gibi önemli hususlar konusunda hasta bilgilendirilmelidir.¹⁸¹

"Yine aynı maddeye göre hekim ; ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatacağı; yapılacak aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olması gerektiği; bilgilerin hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmesi gerektiği; hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hastanın kendisinin belirleyeceği; sağlıkla ilgili her türlü girişimin, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabileceği; alınan onamın baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alınması halinde geçersiz olacağı" düzenlenmektedir.

Hekim öncelikle uygulanacak tıbbi girişim, tedavi ve sonuçları hakkında hastayı bilgilendirmek ve aydınlatmakla yükümlüdür. Aydınlatmanın sadece cerrahi operasyonlarda yapılması gerektiği düşünülmemelidir. Tıbbi müdahale kavramı geniş yorumlanmalı, röntgen çekilmesi, kan alınması, kan verilmesi, enjeksiyon ve aşı uygulanması, rahim içi araç (RİA) uygulaması, anestezi, radyoterapi, kemoterapi

¹⁸¹ Yılmaz,ss.394-395.

veya benzeri bir uygulama esnasında ilaç verilmesi gibi her türlü işlem tıbbi müdahale kavramı içinde kabul edilmeli ve hastanın vücudunda değişiklik oluşturacak her türlü tıbbi girişim hakkında hasta bilgilendirilmeli ve aydınlatılmış onamı alınmalıdır. Hastaya reçete edilen ilaçlarla ilgili olarak Hakeri, hekimin hastayı alınacak ilaçların yan etkileri, dozu ve bünyesinin kaldırıp kaldıramayacağı hususunda bilgilendirmesi gerektiğini belirtir. Açıklama ilacın tehlikeliliği oranında geniş tutulmalıdır. İlacın tehlikelerinin bulunması durumunda hekim ilkin hastayı bu konuda bilgilendirecek, gerekirse hekim müdahalesi de dahil uygun tedbirlerin zamanında alınabilmesi için gerekeni yapacaktır.

Zihinsel bir engeli olmayan yetişkin bir hasta, kendi kaderini belirleme ve kendi vücudu ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Bu hak, herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik tıbbi girişimi kabul veya reddetmeyi kapsar. Yargıtay bir kararında *“Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler, kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi bu konuda yeteri kadar aydınlanması gerekir”* şeklinde bir gerekçe ile hastanın iradesine ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır.¹⁸²

"Hukukumuzda aydınlatmanın kapsamı konusu net değildir. Yukarıdaki Yargıtay kararında geçen "yeteri kadar" kavramının ölçüsü açıkça ortaya konulmamıştır. Aydınlatmanın kapsamı belirlenirken Alman hukukuna göre, müdahalenin niteliklerinden hareket edilmelidir. Buna göre "müdahalenin ivediliği", "tehlikenin büyüklüğü", "hastanın talebi", "müdahalenin tedavi amacı güdüp gütmemesi" aydınlatmanın kapsamını genişleten esaslar olarak sayılmıştır. Buna göre;

a) Müdahalenin ivediliği: Hekimin tedavi amaçlı düşündüğü müdahale ne kadar ivedi ise, aydınlatma borcunun kapsamı o ölçüde daralır. Buna karşılık müdahale ivedi olmadığı takdirde, aydınlatma borcunun kapsamı da genişlemektedir.

¹⁸² Hızal ve diğerleri, ss.6-7.

b) Tehlikenin büyüklüğü: Hekim tarafından yapılacak aydınlatmanın kapsamı "tehlikenin büyüklüğü"ne göre genişleyecektir. Zira tıbbi müdahalenin getirebileceği risk, tehlike arttıkça hekim aydınlatma borcunun kapsamı da genişleyecektir. Tıbbi müdahale sonucunda, geçici bir zarar söz konusu ise, aydınlatmanın kapsamı daha dar tutulabilir.

c) Hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin tedavi amacı güdüp

gütmemesi: Bu türden tıbbi müdahaleler tedavi amacı gütmüyor ise, aydınlatma borcunun kapsamı geniş tutulmalıdır.

d) Hastanın talep etmesi: Hastanın açıkça talep etmesi halinde, hekimin hastasına yapacağı aydınlatmanın kapsamı da genişleyecektir."¹⁸³

"Aydınlatmada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, olası sonuçların sadece anlatılması ve açıklanması değil yapılan bilgilendirmeyi hastanın anlamasıdır. Bu sebeple matbu aydınlatmadan kaçınılması gerekmektedir. Yani hastanın sosyo-ekonomik durumu, yaşı, cinsiyeti ve zihinsel algılama durumu gibi etkenlerin tamamı değerlendirilerek hastanın aydınlatılması gerekir. Diğer bir deyişle aydınlatma kişisel olmalıdır. Çok karmaşık bir tıbbi girişim ve sonuçları dahi hasta tarafından anlaşılabilir şekilde anlatılmalıdır. (...) Aydınlatılmış onamın geçerli olabilmesi için, hasta, açıklanan bilgiyi anlamalı ve kavramalıdır. Hastanın hastalığı nedeniyle içinde bulunduğu çaresizliği, korkuları, şikâyetleri, tıp eğitimi almamış olması nedeniyle kendisine anlatılan tıbbi ve teknik terimleri bilmemesi, anlamasını olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle doktor bilgiyi hastanın anlayabileceği bir şekilde sunmalıdır. Hasta hekimin konuştuğu dili bilemeyebilir. Böyle durumlarda temin edilen bir tercüman aracılığı ile hastaya aydınlatma yapılarak onam alınmalıdır. (...) Özlü'ye göre hekimleri sağlık sektöründe en çok yanıltan şey "iş odaklı" yapılanmadır. Bütün hastanelerde aşağı yukarı tanı ve tedaviye yönelik bir yapılanma, kurgulanma söz konusudur. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan tabloyu kendisine gönderilen bir okuyucu mektubunu örnek vererek anlatmaktadır: "...12 gündür hematoloji servisinde yatıyorum. Hocalar asistanlarıyla birlikte her gün vizite geliyorlar. Kendi aralarında konuşup, bana bir şey demeden çıkıp gidiyorlar. Konuştukları benim hastalığım. Ama

¹⁸³ Filiz Yavuz İpekyüz, "Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi", Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, ss.81-82.

konuşmalarından bir şey anlamıyorum. İçlerinden biri bari benim anlayacağım şekilde bana bir şeyler söylese olmaz mı? Her gün bir sürü kan alınıyor, tahlil yapılıyor, ama sonuçlardan haberim olmuyor. Dosyaya bakıyorum, benim anlayabileceğim gibi değil. Eş dost gelip durumumu soruyor, ben kendi durumumu bilmiyorum ki onlara söyleyeyim...” Bu olayda hekimin hastalığa çok fazla yönelmiş olmasından dolayı hastalıkla uğraşırken hastayı unuttuğunu, hastanın adından söz edilmediğini, hastanın dışlanmış olduğunu belirtmekte ve buna iş odaklılık dendiğini eklemektedir. İş odaklılıkta hastalar açısından bakıldığında birçok sorun yaşanabildiğini, ama doğru olanın aslında hasta odaklılık olduğunu vurgulayarak, hastanın merkeze alındığı bir yaklaşımı önermektedir.¹⁸⁴

Hastaya verilecek bilginin miktarının saptanması konusunda etik uzmanları ile hukukçular arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Etik uzmanları açıklanacak bilgi miktarının belirlenmesini doktorlara bırakırken, hukukçular bu düzeyin yasalarla saptanmasını önermektedirler. Genel kabul gören öneri ise, hastaya verilecek bilginin, hastanın fiziksel, psikolojik ve sosyal durumu, kültürü ve kişisel inanç ve değerleri doğrultusunda, hekim tarafından kararlaştırılmasıdır. Ancak, yine çözüme yönelik yeni öneriler bulunmaktadır; hastaya açıklanması gereken bilginin düzeyi ve miktarının saptanmasında farklı yaklaşımlarla kargaşaya neden olunmaması için, “etik uzmanları ve hukukçular, standart mesleki bilgi formlarının düzenlenmesini önererek, hekimin vereceği bilgi miktarını belirlemedeki yükünün azaltılması gerektiğini bildirmişlerdir.” Hekimin, hastanın aydınlatılmasına yönelik bilgi vermesinden önce, orta düzeyde eğitimi olanın anlayabileceği şekilde hazırlanmış, tıbbi terim ve benzeri veriler içermeyen bilgilerle hazırlanmış, “Hasta Bilgilendirme Formları”ndan yararlanmak olanaklıdır. Böylece, hasta hekim ile konuşmadan önce bir ön bilgiye sahip olacak, soru sorulmasına olanak sağlayabilecek bir yaklaşım sergilendiğinde de, hekim ile daha iyi bir diyalog kurma olanağını bulabilecektir. Bu diyalogun, onun anlayabileceği bir konuşma olmasına özen gösterilip, hastaya ders verir şekilde olmamasına dikkat edilmelidir. “Bir çalışmada, iki hastadan birinin “nazogastrik tüp”ün ne olduğunu bilmediği; dörtte birinin açlığın sadece katı gıdalar yememekle sağlandığını düşündüğü, beşte birinin ise antibiyotiklerin ağrıyı gidermek için kullanıldığını sandığı”

¹⁸⁴ Hızal ve diğerleri, ss.7-8.

belirlenmiştir. Bu nedenle, hasta ile konuşurken ne kadar dikkatli olmak gerektiğini vurgulamak uygun olacaktır. Hastanın bilgilendirilmesi sırasında gösterilecek ciddiyet, aydınlatılmış onam kavramı kapsamında, hastanın şikayetlerinin çözümü için verilecek tıbbi kararın, hekim ile hasta arasında ortak bir yaklaşım ile sağlanmasını olanaklı kılacaktır.¹⁸⁵

Aydınlatılmış onam uygulaması içinde sağaltım ya da işlemle ilgili bütün komplikasyon ve yan etkilerden, oluşum sıklıklarını da dahil ederek söz edilmelidir. Hekim bu standardı sağlayamadığı takdirde eksik bilgilendirmek ya da bilgilendirmemek suçuyla tazminat ödemek zorunda kalabilir. Ancak pratik uygulamada gerçekleşme olasılığı çok düşük bazı yan etkilerin söylenmemiş olmasının kabul edilebilir olduğu yönünde mahkeme kararlarına rastlanmaktadır.¹⁸⁶

Hastaya bildirilmeyen her risk sorumluluk doğurmaz. Alman Hukukunda %3'lük bir gerçekleşme olasılığı bulunan bir tehlikenin dahi hastaya açıklanması gerektiği kabul edilmektedir. Aydınlatma görevi içinde olan, fakat aydınlatılmayan, yani bildirilmesi gerektiği halde bildirilmemiş riskler sorumluluk yaratır.¹⁸⁷ Bu konuda Alman Federal mahkemesinin bir kararı bulunmaktadır: "...*Hekim, ortaya çıkabilecek komplikasyonları istatistiksel olarak açıklamak zorunda değildir. Ancak, bu hekimi riskin yüksekliğini açıklama zorunluluğundan muaf tutmaz. ... Küçük riskleri hekim 'az görülür' veya 'nadiren' şeklinde nitelendirebilir.*"¹⁸⁸

2.3.3.4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli ve Sınırları

"Aydınlatmanın temel amacı, bilgi eksikliğini gidermektir. Kural olarak, hekim, tıbbî müdahaleye rıza gösterip göstermeme hususunda hastasının kararını etkileyebilecek her şeyi hastasına bildirmelidir. Dolayısıyla aydınlatma yapılırken aydınlatan ve aydınlatılanın birbirini net bir şekilde anlaması gerekir. Aydınlatma ne kadar geniş ve detaylı olursa, o kadar iyi bir aydınlatma olduğu her zaman doğru değildir. Zira, fazla detaylı aydınlatma, aydınlatılanın, yani konumuzda hastanın kafasının karışmasına sebep olabilmektedir. O halde, hastanın aydınlatılması, sadece

¹⁸⁵ Güzeldemir, s.12.

¹⁸⁶ Nuri Erdoğan, Mithat Kara, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal, " Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar", **Erciyes Tıp Dergisi** , Cilt:33, Sayı:2, 2011, s.167.

¹⁸⁷ Er, s.88.

¹⁸⁸ Oral, s.191.

genel hatlarıyla ve kafasındaki soru işaretlerini kaldıracak kadar olmalı; detaylı aydınlatmalar sadece hastanın sorusu üzerine olmalıdır. Bu noktada sadece tıp bilimine özgü bir durum ortaya çıkmaktadır. Hekim, hastasına genel hatlarıyla ve psikolojisinin kaldırabileceği miktarda bilgi vermelidir. Hastaya psikolojik durumunun kaldıramayacağı miktarda bilgi verildiği takdirde, hasta tedaviyi reddedebilir ve bu hasta için çok daha kötü sonuçlara sebep olabilir. Bu konuda hekime büyük görev düşmektedir. Hekim tecrübelerine dayanarak aydınlatmanın sınırlarını belirleyecektir.

Bu konuda Yargıtay'ın kararlarını incelediğimizde, Yargıtay'ın her iki yönde de kararının olduğunu görürüz, bir kararında; "...*hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir.*" derken bir başka kararında ise; "*Davalıya yöneltilen kusur, ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamış olmasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir.*"¹⁸⁹ yorumu getirilmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde ise, aydınlatmanın sınırları, "*Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur. Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir*" şeklinde açıklanmakta, bazı durumlarda bilgilendirmenin sınırlarının hekim tarafından çizilebileceği vurgulanmaktadır. Ancak bunun hastanın özerkliğine zarar verebileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.

"Bu görüşe göre; "hastanın bilgilendirilmemesi kapsamında yer alan, "hastanın kötü yönde etkileneceği varsayımı ile, bilgilendirmenin yakınına yapılması" durumunda, hasta özerkliğinin sınırlanması ve olumsuz yönlerini

¹⁸⁹ Oral, ss.192-193.

tartıştığımız paternalistik yaklaşıma prim verme eğiliminin ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

Hastanın kötü yönde etkilenip etkilenmeyeceği yönünde, oldukça subjektif olan bir kararı kim vermelidir? Bu karara varıldığında, “hasta yakınları bilgilendirilir” yaklaşımı da bir başka etik sorun nedeni olabilir: Ya hasta, hiç kimsenin bilgilendirmesini istemiyorsa?

“İlerlemiş malin bir hastalığı olan hastaya bilgilendirme yapılmazsa, son dönemleri ve kısa süreli olacağı düşünülen geleceği için planlama yapma hakkı hastanın elinden alınmış olmaz mı? Oysa bu kişinin, kalan ömrünü istediği gibi planlama, işi ve ailesi için güvenli bir gelecek hazırlama hakkı olmalıdır. Kaldı ki, ailesinin böyle bir kararı almasında da, veraset ve hukuk boyutunda, hastanın hakkının gaspına neden olabilecek, önemli sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bunun için, hekimler böyle bir kararı verirken çok yönlü düşünmeli, gerekirse meslektaşlarından, etik kurullardan ve hatta hukuktan yardım istemelidir.”

Hastanın kötü yönde etkileneceği varsayımına, içgüdüsel bir yaklaşımla sahip çıkacak olan “paternalistik tutum içerisindeki hekim, tıbben yararlı olmak adına, hastasının” özerk düşüncesiyle vereceği eylem kararının ortaya konmasına olanak vermeyecek, hekimin doğruları hastanın geleceğini şekillendirecektir. Bu şekilde hastaya hiçbir bilgi verilmeyerek tıbbi gerçek saklanmakta, hastanın sahip olduğu özerklik ortadan kaldırılmaktadır.

Güncel tıp pratiğinin etik boyutunda yer alan, “hasta özerkliğine saygı” ilkesi, hasta hakları çerçevesinde hastaya karar verme hakkını tanımakta olup, hedef, hekimin hastayla birlikte ortak bir karara varması olup, yukarıda değerlendirmemiz sırasında karşılaştığımız gibi, konmuş kuralları, çelişkilere neden olduğu zaman, dikkatle tartışmanın yararlı ve gerekli olduğu görülmektedir.”¹⁹⁰

Bu görüşe karşı farklı görüşler de bulunmaktadır. Tedavi alternatifleri, olumsuz prognozun sıklıkla ön planda olduğu onkoloji hastalarında çoğu kez invazif nitelikte olduklarından, bu hastalardan alınacak onam, ayrıca önem taşır. Hasta, hangi hastalığa yakalandığını, hangi tedavi alternatiflerinin olduğunu, bunların yarar ve zararlarını hangi riskler ve yan etkilere sahip olduğunu, tedavi edilmediğinde gelişecekleri bilmelidir. Hasta, ancak bu durumda önerilen tedaviye onam verebilir.

¹⁹⁰ Güzeldemir, s.16.

Ancak hekimin, hastanın yararına olacağı için aydınlatılmış onam uygulamaya karşı mesafeli davranma (therapeutic privileg) hakkı da söz konusudur. Bu hastanın fazla detaya girmeden aydınlatılması ya da hiç aydınlatılmaması şeklinde olabilir. Onkoloji hastalarında, olumsuz tanı ile başedemeyecek hastalarla sık karşılaşılmaktadır. Hekim, böyle durumlarda "gerçeği olduğu gibi hastanın gözü önüne sermek" yerine, hastanın yaşama arzusunu yok etmemek, onunla palyatif te olsa bir süre rahat etmesini sağlayacak tedaviler için işbirliği yapabilmek üzere therapeutic privileg yolunu izleyebilir.¹⁹¹

Bu konuda karşılaştırmalı hukuktan verilen örnekler de benzer niteliktedir. 1932 tarihli Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi kararında kanser hastasının da hastalığını öğrenme hakkı bulunduğu, ancak öğrenmesinin iyileşme sürecini olumsuz etkileyebileceği halde bilgi verilmeyebileceği kabul edilmiştir. İsviçre Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında hastanın sağlığında zarara yol açma ihtimalinin bulunduğu takdirde teşhisin ondan saklanabileceği belirtilmiştir. Amerika'da verilen 1993 tarihli bir mahkeme kararında da; hekimin kanser hastasına o sormadan ne kadar ömrü kaldığını söyleme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmiştir.¹⁹²

Ülkemizde özellikle uğraşı alanım olan kanser hastalarında aydınlatma önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her şeyden önce, önceden çalıştığım Karadeniz bölgesi ile, şimdi çalıştığım Ege bölgesi arasında bile çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar sosyoekonomik durum, eğitim gibi bir çok faktöre bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Karadeniz bölgesinde daha düşük sosyokültürel yapı nedeniyle çoğunlukla hastalık, hastadan gizlenmekte ve hekimin gerekli aydınlatmayı yapması özellikle aileler ve hasta yakınları tarafından engellenmeye çalışılmaktadır. Bunun sonucunda bilinç düzeyi daha düşük ve hastalığından habersiz olan hastaların, tedaviyi bırakma oranları daha yüksektir. Burada, hastaya ilk tanıyı koyan ve cerrahi müdahaleleri yapan hekimlerin de hastayı yeterince bilgilendirmemiş olmalarının önemli rolü bulunmaktadır. İzmir ve çevresinden gelen hastalar ise, genellikle hastalığından haberdar olarak gelmekte, daha bilinçli ve hastalığını kabullenmiş hastalar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Doğal olarak bu grup hastada gerek aydınlatmanın yapılması, gerekse tedavinin sürdürülebilirliği daha başarılı olabilmektedir. Ancak her iki bölgede ortak olan,

¹⁹¹ Gökcan, (TIBBİ), s.209.

¹⁹² Gökcan, (TIBBİ), s.208.

hasta yakınlarının hekim üzerinde yeterli bilgilendirme yapmaması için olan baskıları ve tıp bilimi dışı tedavi yöntemlerine olan yönelimdir. Diğer bir deyimle, ülkemizde kanser hastalarının bilgilendirme ve aydınlatılmasında en büyük engel hasta aileleri ve yakınlarıdır. Bunun sosyokültürel nedenleri araştırmaya değer olmakla beraber, doğal olarak hekimler de, bir orta yol bulmaya çalışmakta, özellikle son dönem kanser hastalarında ölçülü bir bilgilendirmede bulunmaktadırlar. Bu konuda elimde bilimsel araştırma verileri bulunmayıp, bu yazdıklarım sadece kişisel gözlemlerimdir.

Henüz yayınlanmamış olan "Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği" taslağının 15. maddesi, hastaya verilecek bilgi şu şekilde tanımlamıştır;

"MADDE 15- (1) Bireye verilecek bilgi;

a) Önerilen tedavinin içeriği,

b) Önerilen tedavinin amacı ve başarılı olma şansı,

c) Önerilen tedavinin avantajları ve riskleri,

d) Önerilen tedavinin varsa alternatifleri,

e) Önerilen tedavinin potansiyel sonuçları,

f) Tedavinin red edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek riskler ve yararlar,

g) İyileştikten sonra beklenen büyük problemler ve hastanın normal yaşamına ve günlük aktivitelerine dönebilmesi için gerekli olan süre,

h) Önerilen tedaviyi hastaya uygulayacak olan sağlık hizmeti sunucusunun kimlik bilgileri ve profesyonel deneyimleri,

ı) Kullanılacak ilaçların özellikleri, süresi, kullanım şekli, yan etkileri ve ilaçların etkileşimleri,

i) Tedavi sonrası sağlığı için istenilen yaşam tarzı ve evde bakım şekli,

j) Gerektiğinde yeniden aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşacağı,

hususlarını içermelidir."

Aynı Yönetmelik taslağının 16. maddesinde ise "Bilgilendirmenin içeriği" şu şekilde tanımlanmıştır;

"MADDE 16-

(a) Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin veya yakınının tıbbi müdahale konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi esastır.

(b) Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği o müdahale sürecinin zorunlu bir parçası sayılabilecek tüm işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ve konu ile ilgili diğer mevzuatların belirlenen hakların ihlal edilmemesi esastır.

(c) Hastanın rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin de müdahalesini bu konuda gerçekleştirilmesi yani verilen rızanın sınırları çerçevesinde kalması gerekir.

(d) Hekimin her farklı tıbbi ve cerrahi müdahale için hastadan ayrı ayrı bilgilendirilmiş rıza alması gerekir.

(e) Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, hastanın bir organının kaybını veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak ise ve gecikme hastanın hayatını kaybetmesi tehlikesi arz etmiyorsa, yeni müdahale tehir edilir, hastanın rızası beklenir.

(f) Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, mutlaka rıza almayı beklemek gerekmez. Öncelikle müdahale gerçekleştirilir. ¹⁹³

Hakeri'ye göre; Aydınlatmanın kapsamı, genel geçerli bir kural koyarak değil, somut olayın özelliklerine göre konmalı ve bu bakımdan hastanın ne kadar bilmek istediği ve bu bilgilerden ne kadarını kaldırabileceği göz önünde tutulmalıdır. Bu noktada soyut bir varlık değil, bizzat somut hasta esas alınır. Genel olarak makul bir kimsenin ne kadar bilgi almak isteyeceği şeklinde genel bir ölçüt söylenemez. Ölçü somut hastadır.¹⁹⁴

"Aydınlatılmış onamın yazılı olarak alınması gerektiğini düzenleyen ve bir şekle bağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun 70. maddesinde büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90/2-g maddesinde deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yapılan bilgilendirme ve alınan rızanın yazılı olması gerektiği, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5. maddesinde rahim tahliyesi izninin yazılı olması gerektiği, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde vericinin yazılı izninin gerektiği, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 15. Maddesinde iznin yazılı olması

¹⁹³ **Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı,**

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=18142> , (09/12/2014).

¹⁹⁴ Hakeri ,(TIP), s.305.

gerektiği, taslak halindeki Tıbbi M¼dahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği'nin 4 (b) maddesinde aydınlatma ve bilgilendirmenin yazılı yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Mevzuatımızdaki bu düzenlemelerden kaynaklanan yazılı şekil şartları dışında, aydınlatılmış onamın yazılı olması zorunlu değildir. Yasal olarak yazılı onam aranmayan diğer tüm durumlarda da hastanın aydınlatılması yüküml¼l¼ğ¼n¼n kalktığı düşün¼lemez. Bu hallerde de hastanın aydınlatılmış olması gerekmektedir ancak bu durumda yazılı bir onam almak zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın hastanın aydınlatıldığının ispatı sorunu önümüze gelmektedir.

Kendisinin tıbbi girişim ile ilgili yeterince aydınlatılmadığını iddia edecek hastaya karşı, usul¼ne uygun aydınlatmanın yapıldığı konusunda ispat yük¼ hekimindir. Yani doktor hastaya uygulanacak tıbbi girişim ile ilgili gerekli ve yeterli bilgilendirmeyi yaptığını, hastanın rızasının alındığını her türlü delil ile ispatlayabilir.

Her türlü tıbbi girişim öncesinde bilgilendirme yapılmalı, onam yazılı olarak alınmalı yani aydınlatılmış onam formu imzalatılmalıdır. Ayrıca bilgilendirme anında daha sonra bu duruma tanıklık edebilecek kişilerin hasta yanında bulundurulması hekimin hukuki menfaatinidir.

B¼y¼k cerrahi girişimlerde hastanın rızasının yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Mevzuatımız açısından hangi tıbbi girişimin veya hangi cerrahi girişimin b¼y¼k olduğu konusunda bir düzenleme ve açıklık yoktur. Cerrahi girişimin b¼y¼kl¼đ¼ ve önemi, tıp alanındaki bilimsel gelişmeler karşısında s¼rekli değişiklik göstermektedir."¹⁹⁵

Hukuk mantığı, iddianın sahibini, iddiasını ispatla yük¼ml¼ kılar. Yasalarımız aydınlatmanın yazılı şekilde yapılması öngörmemiş olsa da, bazı tıbbi girişimlerde yazılı rıza şekli şartı aranmaktadır. Sonuçları açısından kritik tıbbi m¼dahalelerde hastanın yazılı olarak aydınlatılarak yazılı onamın alınması, hasta hakları yön¼yle hasta adına hak, olası hukuki durumlarda hekim yön¼nde ispat güc¼n¼ artırmada yardımcı olacak bir belgedir. İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarda da, "aydınlatılmış onam" alınması kesinlikle yasal bir zorunluluktur."¹⁹⁶

Nitekim Yargıtay'da kararları da bu konuya vurgu yapmaktadır; "... Davacının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi, az yukarıda açıklanan şekilde

¹⁹⁵ Hızal ve diğerleri, ss.18-19.

¹⁹⁶ G¼zeldemir, s.18.

muayenenin muhtemel sonuçları davacıya bildirilmemiştir. **Bu yönün ispatı davalı doktora aittir.**(...) Olayımızda davalı doktorun, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiği iddia ve ispat edilemediğine göre...”¹⁹⁷

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2013/16671 E, 2014/815 K ve 23.1.2014 tarihli kararında; " Davacı tarafından 16.5.2009 tarihli Aydınlatılmış Onam Formu içeriğinde "Dr. tarafından şu andaki hastalığımın tedavisinde uygulanabilecek yöntemler anlatıldı, bunların içinde doktorumun önerdiği tedavi yönteminin olası riskli durumlarını ve tedaviyi kabul etmezsem hastalığımın seyrinin kötü yönde etkileneceğini anladım. Bu bilgiler ışığında kendi serbest irademle abdominoplasti meme küçültme tedavisinin bana uygulanmasını onaylıyorum "ifadelerinin yer aldığı işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır." hükmünü vermiştir.¹⁹⁸

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2007/12837 E, 2007/13884 K ve 20.11.2007 tarihli kararında aydınlatılmış onamın yazılı alınması ve ispat yükünün hekimde olması şu şekilde vurgulanmıştır; "Doktor işin başarı ile neticelenmesini garanti etmez ise de, seçilen tedavi yöntemi, bu yöntemin riskleri, ameliyat sonrası doğabilecek komplikasyonlar ve tedavinin süreci ve kontrolü ile ilgili hastanın aydınlatılmış rızasını almak zorundadır. Her ne kadar davalılar, davacıya bu yönde açıklayıcı ve aydınlatıcı bilgi verdiklerini savunmuşlarsa da bu konuda savunmalarını doğrulayıcı dosya içerisinde bir bilgi ve belgeye rastlanılmamıştır. Bu yönün ispatı davalılara düşer. Hal böyle olunca davalılar meydana gelen zarardan sorumludur."¹⁹⁹

Aydınlatma, rıza ve rızanın ispatı konusunda Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2013/30822 esas, 2014/10772 karar ve 09/04/2014 tarihli kararı adeta bir ders niteliği

¹⁹⁷ Hızal ve diğerleri, s.27.

¹⁹⁸ kazanci.com , (27.12.2014).

¹⁹⁹ B.Yılmaz, ss.41-42.

taşımaktadır, bu karara göre; "Önemli bir diğer düzenleme de AVRUPA BİYOTİP SÖZLEŞMESİDİR. Bu sözleşme 09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler."

Sözleşmenin 4. maddesinde ise, "Meslek Kurallarına Uyma" başlığı altında; "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." denilmektedir. Anayasanın 90. maddesi uyarınca, sözleşme, iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir." düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış Rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliğinin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve " Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın

reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise **ispat külfeti hekim yada hastanededir**. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen 06.07.2009 tarihli onam belgesinde davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılammaktadır. Genel ifadelerle yan etki ve komplikasyonlardan haberdar olduğu bildirilmiş, bu tür ameliyatın ne tür komplikasyonlar olduğu izah edilmemiştir. Öte yandan mahkemece aldırılan 03.10.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda, "... davacının, davalı Özel B... Hastanesi'nde septum deviasyonu tanısı ile SMR ameliyatının yapıldığı, yapılan ameliyat sonrası septum perforasyonu meydana geldiği, meydana gelen perforasyonun bu tip ameliyatlar sırasında meydana gelebilecek komplikasyonlardan olduğu, perforasyonun tespiti halinde hastanın bilgilendirilmesi gerektiği, ancak perforasyonun ne zaman geliştiğinin anlaşılamadığı..." belirtilmiştir. Hükme esas alınan Adli Tıp raporu davalı hekimin kusurlu olup olmadığına tespiti için yeterli değildir. O halde mahkemece, davacının geçirdiği ameliyat konusunda KBB uzmanlarının bulunduğu tıp fakültesinden seçilecek bilirkişi heyetinden davacının burun ameliyatında, davalı hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı ve ameliyat sonrası kalıcı araz bulunup bulunmadığının, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre bir karar vermelidir. Davacıda oluşan perforasyonun komplikasyon olduğunun belirlenmesi halinde aydınlatmanın yeterli olmadığı gözetilmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." ²⁰⁰.

Yargıtay, bir başka kararında da hastanın rızasının alındığına ilişkin yazılı belge bulunmasının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini

²⁰⁰ <http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-komplikasyonlari-yeterince-izah-etmemeye-tazminat-karari-2-17-64190.html>, (08.02.2015).

kanıtlamayacağını, aydınlatmanın hekim tarafından ayrıca kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir: "*Doktor, hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadir de görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından kanıtlanması gerekir. ...Ayrıca ameliyat için rıza alınmış olması bu rızanın aydınlatılmış rıza olduğunu göstermez. Dolayısı ile aydınlatılmış rızadan bahsedilemez. Hastanın aydınlatıldığı ayrıca doktor tarafından kanıtlanması gerekmekte olup, davalı doktor, davacı hastasını muhtemel rizikolara karşı aydınlattığını kanıtlamamıştır. Öyle olunca hukuken geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceğinden...."*²⁰¹ Ülkemizdeki sağlık ortamının içinde yaşayan ve aynı zamanda sağlık hukukuna ilgi duyan bir hekim olarak Yargıtay'ın bu kararına katılmam mümkün değildir. Somut olayda karardan anlaşılan, hekim, hastanın rızası olduğunu yazılı olarak kanıtlamış, ancak Yargıtay ayrıca hastanın "yeterince aydınlatıldığı" da ispatını istemiştir. Gerek yasa koyucu, gerekse yargı kararlarında "yeterli aydınlatmanın ölçüsü" açıklanmamıştır. Diğer yandan yeterli aydınlatmanın nasıl ve hangi yöntemle ölçüleceği ve nasıl kanıtlanabileceği de bilinmemektedir. Aydınlanma soyut bir kavram olduğundan ispatı, ölçülmesi mümkün olmadığı gibi, kültürel farklılıklara göre de çok değişkendir. Aydınlatmanın yeterliliğinin kanıtlanmasını isteyen yargının, kararlarında bunun ölçüt ve yöntemlerini de tanımlaması gereklidir. Diğer bir sorun ise, bu kararda istenen tüm işlemlerin yapılabilmesi durumunda aynen yargıda yıllarca bekleyen dava dosyaları gibi, sağlık sisteminin de kilitlenmesi, tedavi ve operasyonların uzun süreler beklemek durumunda kalması açınılmaz olacaktır. Yargıtay ve diğer yargı organlarının verdiği bu gibi kararlar, ülkemizdeki defansif tıp uygulamalarının giderek artmasına, gereksiz tetkiklerin yapılmasına, riskli olguların tedavi olamamasına neden olmakta ve ülkemiz kaynakları gereksiz olarak boşa harcanmaktadır. Daha da önemlisi, ülkemizin gelecekteki sağlık hizmetlerini de

²⁰¹ Gökcan, (TİBBİ), s.202.

tehdit etmektedir. Yasa koyucu ve yüksek yargı organlarının şimdiye kadar izledikleri geleneksel yolu terk ederek, değişik ülkelerdeki yasa ve uygulamaları tercüme ederek yasa koymak ve kararlar almak yerine, ülkemiz koşullarına uygun ve gerçekçi, kendi yasa ve içtihatlarını geliştirmelerinin yerinde olacağına inanıyorum. Zira çoğunlukla ülkemize batı ülkelerinden tercüme yolu ile aktarılan bu sistem, sistemin kaynağı olan ülkelerde artık ciddi bir şekilde tartışılmaktadır. Bu ülkelerde defansif tıp uygulamalarının ülke ekonomilerine çok ağır yükler getirdiği hükümetlerce tartışılıp yeni yasal çözüm yolları ile bir orta yol bulunmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda, çalıştığım hastane ortamlarında birçok hekimin, özellikle hukuk alanında çalışan kişilere tıbbi müdahale yapmaktan özellikle kaçındığına ve bu gruptaki hastaları üst merkezlere göndermeye çalıştıklarına ilk elden tanık olduğumu da belirtmeliyim.

Sonuç olarak, yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, aydınlatılmış onam alma işleminin ayrıntılı ve yazılı olarak yapılması, olası bir dava durumunda hekimin ispat yükü açısından yararlı olacak ve hekimin zarar görmesini önleyebilecektir. Ancak bugün genel kabul gören yaklaşım sadece yazılı aydınlatma değil, karma bir yaklaşımın sergilenmesi gerektiğidir. Bu yaklaşımda sadece yazılı aydınlatma değil, bunun yanı sıra hastaya ayrıntılı sözlü bilgilendirme yapılması, tıbbi müdahale konusu ile ilgili broşürlerin verilmesi, yapılan yazılı ve sözlü aydınlatmanın orada bulunan tanıklar tarafından da imzalanarak belgelenmesi daha uygun olacaktır. Yazılı aydınlatmanın, hekim-hasta ilişkisinin en önemli unsuru olan "güven unsuru" nu zedelediğini ileri süren görüşler bulunmaktaysa da, hukuk önünde ispat yönünden bir gereklilik olduğuna inanıyorum.

2.3.3.5. Aydınlatma Zamanı

Aydınlatma öyle bir zamanda olmalıdır ki, hasta zaman bakımından karar verme baskısı altında olmamalıdır. Aydınlatma anında hasta, hekimin önerilerine mi uymayı, yoksa başka bir yol mu izleyeceği konusunda serbest iradesini kullanamayacak bir baskı durumuna girmemiş olmalıdır. Buna göre, uzun süreli, planlanabilir bir ameliyatta müdahaleden hemen önceki günde yapılan aydınlatma zamanında yapılmış bir aydınlatma olarak kabul edilemez. Hastaya tıbbi müdahale

konusunda yeterli düzeyde bir aydınlatma yapılmalı; müdahaleye izin vermek isteyip istemediğine ilişkin kararı verme olanağını sağlayacak kadar açık olmalıdır.²⁰²

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın 8. maddesine göre aydınlatma zamanı şu şekilde açıklanmıştır ;

"MADDE 8– (a) Bireyin bilgilendirilmiş rızası tıbbi müdahaleden makul bir süre önce alınmalıdır. Zira hastanın sağlam bir rıza açıklaması yapması için sakin olarak düşünüp, yakınları ile görüşüp, karar verebilmesine elverişli bir zaman sürecine ihtiyacı vardır. "

Hastanın hekime başvurması ile birlikte kendisine uygulanacak tıbbi girişim ve tedaviye örtülü (zımni) olarak onay verdiği ve sonuçlarını kabul ettiği yönünde genel bir kanı bulunsa da bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Örtülü iznin varlığı ancak risk taşımayan tedavilerde kabul edilmelidir. Çünkü hekime başvuran hasta, sağlığının bozulduğunu, vücudunun bir veya birkaç yeri ile ilgili olarak şikâyeti olduğunu beyan eder. Hastanın sağlığının korunması ve düzeltilmesi konusunda tıbbi girişimde bulunacak olan hekim olsa da bu girişim ve tedaviyi kabul edip etmemek hastanın tercihinine bağlıdır. Hekim, ayrıntılı şikâyet ve öykü alınmasından sonra, test ve tahlillerle teşhis yükümlülüğü altındadır. Teşhisin konulmasından itibaren de hastanın tedavi süreci başlar. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü (tam da bu noktada) teşhisin konulmasının ardından tedavi süreci ile başlar. Hekim, tedavi ve girişime başlamadan önce hastasını aydınlatmakla yükümlüdür. Hastanın onamı her türlü tıbbi girişim ve tedaviden önce alınmalıdır. Hastaya, uygulanacak tıbbi girişime onay verip vermemek konusunda sağlıklı bir karar vermek üzere makul bir süre tanınmalıdır. Bütün şartları hazırlanmış ve ameliyat masasına yatırılmış bir hastaya anestezi öncesi yapılan aydınlatma hukuka aykırı olacaktır.²⁰³

Hekim aydınlatma konuşmasını, zaman baskısı altında yapmamalı, hastasına da karar verme baskısı uygulamamalıdır. Acil bir durum söz konusu olmadığı sürece, hastaya makul ve uygun bir süre tanınmalıdır. Kural olarak aydınlatma, ameliyattan en geç bir gün önce yapılmalıdır. Uygulamada, ameliyat öncesindeki akşam yapılan aydınlatma yeterli görülmemiştir. Öğretide de bu konuda her hal ve şart için geçerli olabilecek genel bir kural konulmasının olanaksız olduğuna işaret edilmektedir.

²⁰² İpekyüz, ss.83-84.

²⁰³ Hızal ve diğerleri, s.13.

Ayakta tedavilerde aydınlatma müdahale gününde yapıldığı takdirde, zamanında yapılmış sayılır. Bununla beraber, aydınlatma müdahaleden hemen önce yapıldığında şu hususa dikkat etmek gerekir. Müdahaleden hemen önce yapılan aydınlatma hastanın müdahale sürecini artık değiştiremeyeceği bir izlenim içinde gerçekleşirse, aydınlatmanın zamanında yapılmadığını kabul etmek gerekir. Burada anlatılmak istenen şudur. Müdahale sürecine girilmiştir ve hasta artık kendini ona hazırlamıştır, bu sırada yapılacak aydınlatma ayaküstü ve ciddiyyetten uzak olacaktır ve hastanın içinde bulunduğu ruhsal durum da buna itirazı mümkün kılmayacaktır. Bu nedenle, böyle bir aydınlatma geçerli kabul edilmez.²⁰⁴

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 4.maddesinde bu konuda şu vurgu yapılmaktadır; "*Sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller (meslek sahipleri) gerçekleştirecek herhangi bir ameliyat veya tedaviye ilişkin tüm bilgileri - riskleri, sıkıntıları, yan-etkileri ve alternatif durumları ile ilgili bilgiler dahil olmak üzere - hastalara vermek zorundadır. Bu bilgi önceden (en azından 24 saat önce) verilmeli ki hasta durumu konusunda kendi seçimini yapabilsin.*"²⁰⁵

Konuyla ilgili bir örnek olayda tedavisi için gerekli alt ve üst batın tomografisi tetkiklerini yaptırmak üzere bir görüntüleme merkezine giden hasta hemen kapıda karşılanır, hastaya hemen hazırlanması söylenir, tetkikler öncesi birtakım ilaçlar verilir ve hasta ne olduğunu anlamadan ve karşısında bir hekim görmeden tomografi cihazına girmek için bekler. İlaçlar verilmeden, hastaya herhangi bir rahatsızlığının, ilaçlara karşı herhangi bir alerjisinin olup olmadığı sorulmamış ve hastaya da, kendine verilen ilaçlar ve yan etkileri hakkında hiçbir bilgi verilmemiştir. İlaç bir süre sonra etkisini gösterir ve bekleme salonunda bekleyen hastada alerjik reaksiyon gelişir ve hasta fenalaşır. Bu durumda, görüntüleme merkezindeki hekimler hemen hastanın yanına gelerek, hastaya alerjik reaksiyonların oluşabileceğini, kendisine verilen ilacın bu tür etkilerinin olduğunu anlatarak hastayı sakinleştirmeye çalışırlar ve hastayı en yakın acil servise ulaştırırlar. Bu olayda aydınlatma yükümlülüğü ihlalinin bir örneği görülmektedir. Hasta merkeze başvurduğunda, hastanın tıbbi öyküsü alınmamıştır. Alerjik rahatsızlıkları hakkında hastadan bilgi alınmamıştır. Kendisine verilen ilacın yan

²⁰⁴ Hakeri ,(TIP), ss.303-304.

²⁰⁵ **Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)Temel Doküman**, Roma, 2002, <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, (09/12/2014).

etkilerinin olacağı konusunda hastaya bilgi verilmemiştir. Bu durumda hastanın kendisine ilaç yapılması yönünde verdiği rıza tıbbi girişimi hukuka uygun kılmamaktadır. Aydınlatma zamanında yapılmamış ve hastanın sağlığı bozulmuştur. Dolayısıyla hasta zarara uğramıştır.²⁰⁶

Son 10 yılda ülkemizde hekimlerin aydınlatılmış onamla ilgili bilgi düzeyleri önemli ölçüde artmış olmasına rağmen, aydınlatma zamanının önemi konusu hekimler tarafından hala bilinmemekte veya umursanmamaktadır. En gelişmiş merkezlerde bile hasta ameliyata alınırken ayak üstü onam formları hastalara imzalatılmakta, değil hastanın düşünmesine, formu okumasına bile zaman bırakılmamaktadır. Birçok hastanede hekimler ve sağlık personeline bu konuda meslek içi eğitimler verilmemekte, bu konuda hastanelerdeki ilgili birimlerin bile yeterli bilgisi ne yazık ki bulunmamaktadır.

2.3.3.6. Aydınlatmanın Türleri

Aydınlatma yükümlülüğünün iki işlevi vardır. Bu işlevlere bağlı olarak da aydınlatma çeşitleri belirlenmiştir. İlk işlev, teşhis ve tedavinin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin olarak hastanın bilgilendirilmesidir ki, buna tedavi (güvenlik) aydınlatması adı verilmektedir. İkinci işlev ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır ki, bu da otonomi (karar) aydınlatması ile sağlanır. (...) Öğretide, aydınlanmanın birçok türü geliştirilmiştir.²⁰⁷

2.3.3.6.1 Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması

Güvenlik aydınlatması, hastanın tedavi sürecine katılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hastanın kendisine uygulanacak tedavi hakkında bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Hastanın sağlığına yönelik yararın gerçekleştirilmesi için hasta tedaviye uygun davranmalıdır. Bu nedenle güvenlik aydınlatmasına gereksinim vardır. Burada hastayı tıbbi tehlikelere karşı koruma amaçlanmaktadır. Hastanın, tedaviye bilgilendirme sürecinin ardından aktif olarak katılması sağlanmaktadır.²⁰⁸

²⁰⁶ Hızal ve diğerleri, s.14.

²⁰⁷ Hakeri ,(TIP), s.274.

²⁰⁸ Çağlar Özel, Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü" , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:LXVI, Sayı:2, s.333.

Hekim, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde, hastasına onun rızasının ve kararının oluşmasına temel teşkil edecek olan bütün bilgileri vermekle yükümlüdür. Hasta aydınlatma neticesinde, hastalığının ne olduğunu ve buna karşı nelerin yapılabileceğini tam anlamıyla bilmelidir.²⁰⁹

Tedavi aydınlatmasını otonomi aydınlatmasından ayıran nokta, hastanın rızasını alma amacına yönelik bir aydınlatma olmamasıdır. Bu nedenle bu tür aydınlatmaya öğretilen "uyarı yükümlülüğü" adı da verilmektedir. Aydınlatmanın bu özelliğinin bir sonucu olarak, bu tür bir aydınlatmanın yapılmaması, özel hukuk açısından bir tedavi kusuru oluştururken, ceza hukuku açısından hastanın rızasının geçersizliğine neden olmaktadır. Hekim, hastanın isteği ile bu tür aydınlatma yapmaktan kaçınmaz. Hasta aksi yönde talepte bulursa bile, hekim, tedavi aydınlatmasını yapmalıdır, aksi takdirde sorumlu olur. Bu tür aydınlatmada hekim hastasını tıbbi müdahalenin gerekliliği konusunda bilgilendirir ve tedavinin başarısı veya sağlığa yönelik tehlikelerin önlenmesi için belirli davranış şekillerine uyulması gerektiğini söyler. (...) Aydınlatma yükümlülüğü, özellikle hastanın teklif edilen bir teşhis veya tedavi müdahalesini kabul etmek istememesi halinde daha yoğun olarak vardır. Hekim, hastanın bir ameliyata razı olmaması durumunda onu ikna etmek için çaba göstermek zorundadır. Hastanın ameliyatı reddettiği ve bunu da hastaneyi terk etmek suretiyle gösterdiği bir olayda, uygulama, hekimin hastayı, uygulamayı reddetmesinin sonuçları konusunda dikkatini çekmek ve ameliyatın zamanında yapılmamasının sonuçlarını açıklamak zorunda olduğuna karar vermiştir. Hekimin bu uyarıyı yapmaması durumunda, sözleşmeden kaynaklanan hastanın bakımı yükümlülüğünü yerine getirmemiş olur ve böylece de tazminat ödemekle yükümlü olur. Elbette bütün uyarılara rağmen hekimin, hastayı zorla tıbbi müdahaleye alması söz konusu olmayacaktır. Burada söz konusu olan, hastanın yeteri kadar aydınlatılması gereğidir. Buna rağmen hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi halinde, yapılacak bir şey yoktur.²¹⁰

2.3.3.6.2 Otonomi (Karar) Aydınlatması

Karar aydınlatması, teşhis ve süreç aydınlatması ile riziko aydınlatmasından oluşmaktadır. Hekim, öncelikle hastasına koyduğu tanıyı anlatmalı ve tedavi

²⁰⁹ Oral, s.190.

²¹⁰ Hakeri ,(TIP), ss.284-285.

sürecinin nasıl olacağı hakkında bilgi vermelidir . Hastanın, sağlığı hakkında bilgi sahibi olma hakkı vardır. Teşhis aydınlatması, hekimin hastanın sağlığı hakkında muayene sonucunda bulduğu bulguları hastasına açık bir şekilde anlatmasıdır . Süreç aydınlatması ise, tıbbi müdahalenin ne şekilde yapılacağı hakkında hastanın aydınlatılmasıdır. Riziko aydınlatmasında, hekim gerekli tüm özenin gösterilmesine karşın, tedavi nedeniyle ortaya çıkabilecek olası zararlar hakkında hastasını bilgilendirir.²¹¹

Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre, hekim tarafından uygulanan tedavinin sağlığa zarar verecek yan etkileri bulunması durumunda, hastanın rızasının geçerli olabilmesi için kural olarak durumun ona aktarılması gerekmektedir. Sağlığa zarar verme tehlikesinin sadece ihtimal dahilinde olması halinde dahi aydınlatma yükümlülüğü vardır. Ancak hekim, tehlikenin büyüklüğü, riskin ağırlığı ve tıbbi müdahalenin yapılmaması durumunda hastanın karşılaşılabileceği sonuçları değerlendirmek durumundadır. Örneğin, çok nadir gerçekleşen ve mantıklı, makul bir insanın aynı durumda vereceği rızayı etkilemek durumunda olmayan tehlikeleri, hekimin anlatması zorunluluğu yoktur. Keza, meydana gelecek zararların, müdahalenin yapılmaması halinde meydana gelecek zararlardan daha az olması halinde, yine aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak hastanın açıkça aksi görüşte olduğunu belirtmesi halinde, hekim müdahalenin yapılmasının veya yapılmamasının muhtemel sonuçları konusunda hastayı aydınlatmak zorundadır. (...) Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, kişiye anayasa tarafından tanınmış olan otonomi, yani kendi geleceğini belirleme hakkı garanti altına alınmaya çalışılırken, öte yandan da aydınlatma yükümlülüğünden kaynaklanan zorunlulukları abartmamak gerektiğidir. Aksi durum, hekime yüklediği aşırı yükümlülükler dolayısıyla, hastanın yararına hizmet eden bir durum olmaktan çıkacaktır.²¹²

2.3.3.6.2.1 Teşhis Aydınlatması

Hekimin tedaviye başlarken yapması gereken ilk şey, rahatsızlığı belirlemek yani bir teşhis koymaktır. Hekim mesleki bilgi ve deneyimlerine dayanarak koyduğu bu teşhisi hastasıyla paylaşmak, hastasını koyduğu bu teşhis üzerinde aydınlatmak zorundadır. Teşhis aydınlatması, hekimin hastasını muayenesi neticesinde elde ettiği

²¹¹ Özel, s.334.

²¹² Hakeri, (TIP), ss.276-277.

bulgular kapsamında vardığı teşhis konusunda hastasını aydınlatmasıdır. Özel bir haklılık sebebi olmaksızın susmak ya da teşhisi gizlemek, aydınlatma eksikliği bağlamında hekimin özen yükümünün ihlali anlamına gelir.²¹³

Tek başına tedavi değeri olmayan teşhise yönelik müdahalelerde hastanın aydınlatılması konusundaki kıstaslar daha sıkıdır. Yapılan müdahale mutlak gerekli değil veya hatta hayati önemde bir endikasyon söz konusu değil ise hekim, çok uzak ihtimal dahilinde olan komplikasyonlar konusunda dahi aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık tedavi değeri olan, başka ifadeyle, öncelikli olarak iyileştirmeye veya acıları dindirmeye yönelik olan ve aynı zamanda da teşhis amacı bulunan müdahalelerde, gerekli aydınlatma yükümlülüğü tedavi müdahalesinde mevcut olan aydınlatma yükümlülüğüne göre belirlenir.²¹⁴ Ancak insancıl nedenlerle, başka ifadeyle, hastanın yararı söz konusu olduğunda teşhis aydınlatmasından sarfı nazar edilebilir. Bunun için hastanın doğru olarak aydınlatılması halinde, psikolojik olarak büyük baskı altına girecek olması, riskin yükselmesi ve üçüncü kişilerin bu suretle tehlikeye düşmesi durumunun söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla çok özel hallerde, eğer hastaya hastalığının bildirilmesi yaşamı ve sağlığı bakımından ciddi tehlikelere yol açacaksa, teşhis aydınlatması tedavi amaçlı olarak sınırlanabilir veya tamamıyla aydınlatmadan vazgeçilebilir. Bununla beraber, hekim hastayı, hastalığın ciddiyeti konusunda kesinlikle bilgilendirmelidir. Bu durum özellikle ölümcül ve artık tedavisi mümkün olmayan hastalıklar ve kanser hastaları bakımından geçerlidir. Hastanın açıkça teşhisin sonucunu sorması durumunda, hekim ona doğruyu söylemek zorundadır. Ancak, hekim hastalığın bildirilmesi tedavi için gerekli ise bu bildirim hastayı koruyacak şekilde yapılmalıdır. Pek ağır hastalıklarda hekime çok dar sınırlar içinde doğru olmayan veya durumu önemsiz gösteren bilgiler verme yetkisi tanınabilir.²¹⁵

Alman Yargıtayı tarafından savunulan düşünceye göre, ağır hastalık durumu dahil (örneğin kanser hastalığı) gerçeğin hastaya söylenmesi gerekir. Çünkü bu yolla hastanın tedavi iradesi uyanık tutulabilir. Ancak bu yaklaşım genellikle hekimler tarafından ihlal edilmiştir. Zira hekimler böyle bir hastalığın hastaya açıklanmasının tedaviyi olumsuz yönde etkileyebileceğini ve tehlikeye sokabileceğini düşünürler.

²¹³ Oral, s.190.

²¹⁴ Hakeri, (TIP), s.286.

²¹⁵ Hakeri, (TIP), s.278.

Bundan bahisle aydınlatma zararlarının oluşabileceğini ileri sürerler. Bu durumlarda hekime bir takdir alanının bırakılması zorunlu hale gelir.²¹⁶

Ülkemizde, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/II maddesi kapsamına giren ve kötü prognozlu hastalıklarda (örneğin kanser gibi) gerek hekim, gerek hasta ve gerekse ailenin aydınlatılması konusunda ciddi sıkıntılar bulunmaktadır. Özellikle yaşlı, eğitim düzeyi ve sosyo-ekonomik düzeyi düşük kesimlerden gelen hastalarda, daha hekim hastayı görmeden, hasta ailesi hekime baskı yapmaya başlamakta, *"hastaya gerçeklerin söylenmemesi, söylenirse psikolojik olarak yıkılacağı"* şeklinde isteklerde bulunmaya başlamaktadır. Diğer yandan bu gruptaki hastaların çoğunluğu da ısrarla süreç, hastalığın ciddiyeti ve yaygınlığı, beklenen yaşam süreleri konusunda hekime soru sormaktan kaçınmakta, anlatmaya çalışan hekimleri dinlememe eğiliminde olmakta veya *"çocuklarıma anlatırsın"* şeklinde geçiştirmektedir. Diğer yandan aile içinde de adeta bir tiyatro oynanmakta, yeterli bilgi sahibi olanlar diğer aile fertlerinden "üzülmesinler" diye bilgi saklamakta, bazen de hasta hastalığın gidişatını bildiği halde diğerleri "üzülmesin" diye bilmez gibi davranabilmektedir. Bazı hasta ve aile bireylerinde de "inkar" mekanizması çalışmakta, yeterince aydınlatılan hasta ve ailelerinin hekimle her görüşmelerinde sanki ilk defa öğreniyormuş gibi tepki verdikleri görülmektedir. İlginç bir durum da, inançlı ve dini değerlerine bağlı olan kesimin hastalık ve ölüm kavramları konusunda çok daha sorunlu olmasıdır. Kişisel gözlemlerime dayanarak son dönem kanser hastalarında inançlı veya kendisini inançlı olarak ifade eden bireylerin "ölüm" kavramı ile yüzleşmekten ısrarla kaçındıklarını, buna karşın kendisini daha az inançlı veya inançsız gören bireylerin ise gerek hastalıkları ve gerekse ölüm kavramı konusunda daha realist olduklarını söyleyebilirim. Kendisini inançlı olarak tanımlayan hastalar bilgilendirilmekten çoğunlukla kaçınmayı, soru sormamayı ya da dinlememeyi tercih etmektedirler. Aynı şekilde ülkemizde yaşayan yabancı hastalar da çok daha realist yaklaşım sergilemektedirler. Toplumumuzda benim gözlemleyebildiğim bu davranış biçimi sosyolog ve psikologların araştırma alanına girmektedir.

²¹⁶ İpekyüz, ss.77-78.

2.3.3.6.2.2. Süreç Aydınlatması

Süreç aydınlatması, konulan teşhise karşı yapılacak müdahaleyi yani tedaviyi kapsar. Doktor süreç aydınlatması kapsamında, yapacağı müdahaleyi neden seçtiğini, niçin önerdiğini; uygulanabilecek alternatif yöntemler varsa bunların ne olduğunu ve yine neden bu yöntemleri seçmediğini açıklar. Hekim hastasında tespit etmiş olduğu fiziksel ya da ruhsal bozuklukların tedavisini, bu tedavi süresinde gerçekleştirilecek ya da gerçekleştirilebilecek müdahalelerin ne olduğunu, türlerini ve kapsamı ile gerçekleştirilmemesi durumunda olabilecekleri hastanın anlayabileceği şekilde anlatır. Süreç aydınlatması kısmında öncelikle hastalığın ne durumda olduğu ve herhangi bir müdahale yapılmadığı takdirde neler olabileceği hastaya anlatılmalıdır.²¹⁷

Başka bir deyişle, tıbbi müdahale süreci öncelikle, hastanın başvurusu, anamnez alınması, muayene yapılması, teşhis yöntemlerinin uygulanması ile başlar, bulguların değerlendirilip teşhisin konulması, tedavi yönteminin belirlenmesi ve uygulanması, tedavi sonrası dönemin planlanması şeklinde sona erer. Hekimin bilgilendirme yükümlülüğü, sürecin değişik aşamalarında kimi farklılıklar gösterir.²¹⁸

Hasta, yapılması düşünülen tedaviyi bilmelidir. Hekim, hastasını, müdahaleye onay vermemesi durumunda, kendisine ne olacağı ve hastalığının muhtemelen nasıl gelişeceği konusunda bilgilendirmelidir. Hastasına kanser teşhisi ile ilgili olarak yapılması gereken bir testi tavsiye eden, ancak testin yararları ile yapılmamasının sonuçlarını anlatmayan hekim, hastanın maddi nedenlerle testi reddetmesi ve bilahare de kanserden ölmesi nedeniyle eksik aydınlatmadan ötürü kusurlu görülmüştür. (...) Süreç aydınlatmasına müdahalenin kesin sonuçları konusundaki bilgilendirme de dahildir. Dolayısıyla örneğin ameliyat sonrasında neşter izinin kalacağı, rahmin alınmasının kişinin çocuk doğurmasını olanaksız kılacağı, dişin çekilmesi durumunda ısırmadaki zorluklar açıklanmalıdır.²¹⁹

Meslek yaşamımda tanık olduğum bir olayda; aile bireyleri son dönem kanser hastası olan babalarının gerçekleri bilmesini istemediklerini söyleyerek hekime baskı yapmış ve hekim de hastalığın yaygınlığını ve kısa olan yaşam beklentisini tedavi almazsa hastalığın olası sonuçlarını hastadan gizlemiştir. Buna karşın hekim,

²¹⁷ Oral, s.190.

²¹⁸ Gökcan, (TİBBİ), s.191.

²¹⁹ Hakeri, (TIP), s.280.

kemoterapi almasını ve kemoterapinin olası yan etkilerini tümüyle anlatmış, hasta bu yan etkileri duyunca doktorun ısrarlarına rağmen defalarca kemoterapi almayı reddetmiştir. Hastalığın ilerlemesi ve hastanın durumunun ağırlaşması sonucunda, hasta doktora durumunun neden kötüleştiğini sorunca, doktor tarafından hastalığın ileri aşamada olduğu, kemoterapi almadığı için durumunun daha da bozulduğu belirtilmiş, çocuklarının kendisine bilgi verilmesini istemediği hastaya anlatılmıştır. Bunu duyan hasta çocuklarına dönerek "*neden benden sakladınız? ben durumun bu kadar ciddi olduğunu bilseydim tedavimi zamanında alırdım*" demiştir. Burada hasta özerkliğinin, hastanın kendisi ile ilgili karar verme hakkının ihlal edildiği ve süreç aydınlatmasının eksik yapıldığı açıktır.

2.3.3.6.2.3. Risk Aydınlatması

"Başta cerrahi müdahaleler olmak üzere , her tıbbi müdahalede, komplikasyonlar veya öngörülemeyecek gelişmeler olabilir. Hekim bu noktada, tıp bilimindeki bilimsel ve teknik gelişmeler ve kendi tecrübeleri doğrultusunda, hastayı, tedavinin riskleri ve yan etkilerinin ne olduğu konusunda aydınlatmalıdır. Hekim tedavinin risklerini anlatırken, öncelikle hastanın can veya uzuv kaybı olasılığı üzerinde durmalıdır. Ardından gerçekleşmesi muhtemel diğer komplikasyonlar hastaya anlatılmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına burada yer vermek yerinde olacaktır: "*Aydınlatma, endikasyonun ağırlığının anlatılmasıyla belirginleştirilmelidir. Bu kapsamda, müdahalenin zorunluluğu, ivediliği ve tedavinin başarı şansı anlatılmalıdır. Bunun yanında özellikle hastanın yaşamını sürdürmesini etkileyebilecek risklerin ağırlığının da belirtilmesi gerekmektedir.*"

Hastaya ortaya çıkabilecek riskler anlatılırken, anlatmanın şekli büyük önem taşımaktadır. Bu konuda öncelikle matematiksek ve istatistiksel verilerden yararlanılması gerekmektedir. Yani, aynı tedaviyi görmüş olan hastaların yüzde ya da binde kaçının hastaya anlatılan komplikasyonla karşılaşmış olduğunun açıklanması, hastanın bu konudaki rızasını belirlerken, hastaya hayli yardım edecek ve aydınlatma yükümünü amacına ulaştırmış olacaktır. Bu konuda Alman Federal mahkemesinin bir kararı bulunmaktadır: "*Hekim, ortaya çıkabilecek komplikasyonları istatistiksel olarak açıklamak zorunda değildir. Ancak, bu hekimi riskin yükseklüğünü açıklama zorunluluğundan muaf tutmaz. ... Küçük riskleri hekim 'az görülür' veya*

'*nadiren*' şeklinde nitelendirilebilir." Risklerin açıklanması konusunda bir diğer önemli veri, komplikasyonların ağırlığı olacaktır. Son olarak da hastaya, bireysel durumu dikkate alınarak kendisi için öngörülen olası riskler ve komplikasyonlar açıklanmalıdır. Aslında riziko aydınlatması ile ilgili olarak sonuç olarak şu ilkeyi ortaya koymak mümkündür; riziko ne kadar büyükse, aydınlatılmanın kapsamı da o ölçüde geniş olmalıdır."²²⁰

"Yargıtay da "*nadiren de olsa sonucun, riskin meydana gelebileceğinin açık olarak hastaya bildirilmesi gerektiği*"ne hükmetmiştir. Az rastlanan türden olsa dahi riskin ağır olması durumunda, bu konuda da hasta aydınlatılmalıdır. (...) Avusturya Yüksek Mahkemesi 1982 yılında vermiş olduğu ilk kararında %1 ile %3 arasında değişen bir risk konusunda aydınlatma zorunluluğunu kabul etmişken, zaman içinde bu oranın gitgide düştüğü ve son olarak %0,5'lik bir riskin dahi bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir. (...) Risk aydınlatmasına ilişkin temel ölçütleri şöyle belirleyebiliriz:

-Risklerin Türü Konusunda Aydınlatma: Tıbbi müdahaleye yönelik aydınlatma ve genel risklere ilişkin aydınlatma.

-Tıbbi müdahalenin amacına ve gerekliliğine ilişkin aydınlatma.

-Müdahalenin ağırlığına ilişkin aydınlatma.

-Son olarak aydınlatmanın kapsamı hastanın kişiliğine, davranışına ve bünyesinin durumuna göre belirlenmelidir."²²¹

Bu aydınlatmaların yanında hekim, eğer mümkünse, operasyon ve tedavilerin ekonomik boyutu hakkında da hastayı bilgilendirmelidir.

2.3.3.7. Aydınlatma Yükümlülüğünün Ortadan Kalktığı Haller

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. maddesinde hastanın "aydınlatmadan vazgeçme" hakkını tanımlamaktadır. Bu maddeye göre; "*hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir.*" denilmektedir. Bu maddeye göre hasta, planlanan müdahale hakkında bilgilendirilmeden vazgeçme hakkına da sahiptir. Yine Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 27.maddesinde de bu konu vurgulanmaktadır. Buna göre; "*Madde 27-Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse,*

²²⁰ Oral, ss.190-191.

²²¹ Hakeri, (TIP), ss.290-291.

hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır. Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir. " denilmektedir. Bu madde de hastanın sadece kendisi değil, yakınlarına da bilgi verilmemesini isteme hakkına sahip olduğunu tespit etmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, hastanın bilinçsiz, kör bir biçimde aydınlatmadan vazgeçemeyeceği savunulmaktadır. Hastanın aydınlatma hakkından vazgeçebilmesi için hakkı olduğunu bilmesi gerekir. Dolayısıyla hasta, hekimin böyle bir yükümlülüğü olduğu konusunda mutlaka bilgilendirilmelidir.²²² Aydınlatmadan vazgeçme açık olmalıdır, zımnî vazgeçme geçerli değildir. Keza hasta için hayati önemdeki ve geri dönülemez sonuçlar taşıyan tıbbî müdahaleler ile tıbbî standardın dışındaki müdahalelere ilişkin aydınlatmadan vazgeçme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir.²²³

Hastanın hekim olduğu durumlarda, mesleği dolayısıyla tıbbi müdahale konusunda bilgisi olduğu varsayılabilir. Nitekim genel cerrahi uzmanı olan ve 24 yıldır muayenehanesi bulunan bir hekimin yapılan safra kesesi ameliyatı öncesinde, iyot içeren maddenin kullanılacağı ve sonrasında tiroidit olabileceği konusunda bilgilendirilmemiştir. Ameliyat sonrasında hastada tiroidit oluşmuş ve hasta meydana gelen zararları hekimden talep etmiştir. Mahkeme, tıbbi müdahaleyi yapan hekimin, hastanın da hekim olduğunu bildiğini; söz konusu riskin tıp öğrenimi sırasında verilen temel bilgiler arasında olduğunu ve muayenehanesi bulunan bir genel cerrahın bu bilgiye sahip olması gerektiğini, bu nedenle bu konuda bilgilendirme zorunluluğu bulunmadığını, zira hekimin zaten kendi mesleki bilgisi dolayısıyla bu konuda yeterli bilgiye sahip olduğuna karar vermiştir. Ancak karardan da görüleceği üzere, hastanın hekim olduğu her halde ve her tıbbi müdahalede aydınlatma zorunluluğunun kalktığını söylemek mümkün değildir. Bunun için hasta hekim de olsa, söz konusu müdahale ve sonuçları konusunda bilgili olduğu konusunda emin olmak gerekmektedir. Özellikle tıbbın yeni alanları ve çok uzmanlık gerektiren

²²² Hakeri, (TIP), s.315.

²²³ Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı:3-4, s.368.

alanları bakımından her hekimin bu konuda bilgili olmasının söz konusu olmayabileceği göz önünde tutulmalıdır.²²⁴

"Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün olmadığı diğer bir hal ise, terapötik (iyileştirme) amacıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halidir. Hekim hastanın içinde bulunduğu iyi hali değerlendirip aydınlatmayı gerçekleştirdiğinde hastanın maruz kalacağı tehlike veya hastalığın bu etkiler nedeniyle daha kötüye gitmesi hallerinde aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeyecektir. Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliğinin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *"hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkra da belirtilen şartlar çerçevesinde tabibin takdirine bağlıdır.*

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir" hükmüne yer verilmiştir.

Özellikle, kanser hastaları açısından, hastalığın açıklanması kimi zaman onların yıkılmasına ve hayattan soğumalarına sebep olduğundan, hastalığın iyileştirilmesi yönünde yapılacak müdahaleleri de olumsuz etkilemektedir. Böyle durumlarda hasta ve hatta ailesi için kötü sonuçlar yaratmamak, onun sağlık durumunda düzelmeye sağlamak amaçlarıyla aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınabilecek ve iyileştirme amacıyla hekim susmayı tercih edebilecektir. Bu noktada Alman hukukunda geliştirilen anahtar kavram "meşru yalan hakkı" (Recht zur Notlüge) kavramıdır. Buna göre, hastanın maneviyatına zarar verebilecek bilgiler hastaya verilemeyeceği gibi, aksine hasta moral kazandıracak düşünülen masum yalanlar da söylenebilecektir."²²⁵

Diğer bir deyişle, *aydınlatma suretiyle öldürmekten kaçınmak* gerekir. Bu nedenledir ki, öğretilerde son zamanlarda hekimlerin bir kısmının "doğrudan ve açık aydınlatma" şeklinde bir eğilim içinde olduğu, bunun kabul edilemez bulunduğu, böyle bir aydınlatmadan dolayı hastada fiziksel veya ruhsal zararların oluşması

²²⁴ Hakeri, (TIP), s.316.

²²⁵ Özdemir, ss.368-369.

durumunda hekimin yaralama suçundan dolayı sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır.²²⁶ Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu görüşlere karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır.

Hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün ortadan kalktığı durumlardan biri de acil durumlardır. Hastanın aydınlatılma olanağı olmadığı ve hayati tehlikesinin olduğu durumlarda hekim aydınlatma yapamadan müdahalede bulunabilecektir. Bu yetki gerek 1219 sayılı kanunun 70. maddesi, gerekse hukukumuzun bir parçası sayılan Biyotıp Sözleşmesinin 6/1. maddesi gereğince hekime verilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24.maddesinde bu durum; *“kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın 24. maddesinde;

"MADDE 24- (a) Bireyin rıza beyanında bulunamayacağı ve kanuni temsilcisinin bulunmadığı veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, yaşamsal riskin olduğu durumlarda hekim, izne gerek duymadan hemen yaşam kurtarıcı tıbbi müdahaleyi yapar. Hastanın bilinci açılmaya başlayınca, daha sonraki tıbbi işlemler için (ameliyat vs.) yeterli durumuna göre mümkün olduğunca bilgilendirme ve izin işlemine başvurulur." hükümleri ile bu konu açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.²²⁷

Kaza geçirmesi veya hastalığı ağırlaşması nedeniyle bilincini yitiren hastanın sağlığının ve yaşamının tehlikede olması dolayısıyla derhal tıbbi müdahale gereken hallerde rıza aranmaz. Böyle bir durumda hekim, hastanın kendine gelmesini veya yakınlarının rızalarının alınmasını aramaksızın, gerekli tıbbi girişimi yerine getirmekle yükümlüdür.²²⁸

Acil durumdaki hastaların tedavilerinde hekimin yaklaşımının, hasta eğer kendinde olsa onay vereceği yönünde olacağını varsaymak olması, genel olarak kabul gören yaklaşımdır.²²⁹ Burada vurgulanan acil haller; hastanın hayatının tehdit

²²⁶ Hakeri, (TIP), s.318.

²²⁷ **Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı,**

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=18142>, (11.12.2014).

²²⁸ Gökcan, (TİBBİ), s.219.

²²⁹ Güzeldemir, s.16.

altında olduğu veya belirli bir müdahalenin yapılmamasının hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaya neden olmasının beklendiği hallerdir.²³⁰

Ayrıca, hiç bir tıbbi müdahaleye cevap vermeyen ve artık ölümü beklenen bir hastaya yönelik olarak yapılan ve sadece acıları azaltma amacını taşıyan müdahaleler bakımından tıbbi ve insani sebeplerden dolayı ayrıca aydınlatma yapılmayabilecektir.²³¹

Hukumuzda aydınlatmanın sınırları ve kapsamının açık olmaması, özellikle son dönem kanser hastalarında ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Bu hastaların hekimleri ya yukarıda belirtilen "meşru yalan hakkı" na başvurmakta veya yeterli aydınlatma yapmaktan kaçınmaktadırlar. Buna karşın küçük bir grup hekim ise, hastaya doğrudan ve açık olarak durumu anlatmaktadır. Bu durumda hastalarda ciddi depresyon ve hatta intihar eğilimleri ortaya çıkabilmekte, bazen de hastaların bilim dışı tedavi yöntemlerine yönelmelerine neden olabilmektedir. Yasaların yeterince açık olmaması, yargı kararlarının çelişkilerle dolu olması ve bu konuyu tamamen hekimin deneyimine bırakması, hekimleri zorlamakta ve hangi durumda nasıl davranılması gerektiği konusunda farklı davranışlara yol açmaktadır. Çoğunlukla başka ülkelerden alıntı ve çeviri yapılarak yasa koyucu tarafından getirilen kuralların içinin doldurulamaması, toplum yapımıza uyarlanamaması, günlük pratikte hekimler için ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Diğer yandan, yasa koyucunun var olan yasal boşlukları doldurmadığı, somut olaylarda yapılacak işlemleri hekimlerin deneyimlerine bıraktığı halde, hekimlik ortamı hakkında fikri olmayan yargıçların kendilerince ve çelişkili kararlar vermesi, ülkemizde her branşta ve büyük bir hızla "defansif tıba" yönelme sonucunu getirmiştir. Bunun sağlıktaki maliyetleri büyük ölçüde artırması bir yana, yasa koyanlar ve karar verenler dahil herkesin bir gün gerektiği gibi sağlık hizmeti alamaması sonucunu getireceği açıktır. Bu konunun yasal çerçevesinin daha açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği inancındayım.

2.3.3.8.Rıza Ehliyeti (İzin Verme Yetkisi)

Tıbbi müdahalede rızanın geçerli olabilmesi için, ilke olarak, hastanın fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Medeni Kanunumuza göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişi, fiil ehliyetine sahiptir. Fiil ehliyeti (hakları

²³⁰ Hakeri, (TIP), s.320.

²³¹ Hızal ve diğerleri, ss.21-22.

kullanma, eylem ehliyeti, eylem yeteneği), kişinin hukuksal bir sonuç meydana getirecek şekilde, kendi başına hareket edebilme iktidarındır. Bu, hukuka uygun eylem ve işlemler yapabilmeyi ve hukuka aykırı eylemlerden sorumlu tutulmayı gerektirir. Fiil ehliyetine (yeteneğine) sahip olan kişiler, hak sahibi olabilirler, borç altına girebilirler, kendilerini bağlayıcı işleri tek başlarına, bir başkasının onayına gerek kalmadan yapabilirler. Dolayısıyla bu durumdaki kişiler tıbbi müdahalenin önemini ve bu müdahalenin yaratacağı sonuçları anlayabilme yeteneğine sahiptirler, tam ehliyetli olarak kabul edilirler; bu nedenle tıbbi müdahale için rızalarını yalnız başlarına verebilirler. Öğretide, "Rıza konusunda, kişinin medeni hukuktaki fiil ehliyeti veya ceza hukukundaki kusur yeteneği değil, hastanın karar verme, kavrama ve anlama yeteneği (*rıza yeteneği*) esas alınmalıdır" görüşünü ileri sürenler de bulunmaktadır.²³²

Diğer bir deyişle, rıza, niteliği itibariyle tek yönlü bir hukuki işlem olduğundan, bir hukuki işlemin geçerli olması için gerekli şartları ihtiva etmelidir. Rızanın geçerli olması için aranan şartlar, temyiz gücü, irade sakatlığının bulunmaması ile rızanın hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır. Geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için, öncelikle tıbbî müdahaleye rızasını beyan eden hastanın buna ehil olması, yani temyiz gücüne sahip olması gerekir. Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetliler ile sınırlı ehliyetsizler, her türlü tıbbî müdahaleye tek başına rıza gösterebilirler. Tam ehliyetsizler ise, mümeyyiz olmamaları sebebiyle rıza açıklamasında bulunamayacaklarından, rızanın bunlar adına kanuni temsilciden alınmış olması gerekir.²³³

Tarihsel olarak ta rıza bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu konuda Osmanlı İmparatorluğu döneminde kaydedilmiş iki mahkeme kararı hastanın rızasının tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğunun meydana gelmeyeceğini açıkça ortaya koymuştur. "Yüsur kabilesinden Hüseyin Fakih bin Elhaç'ın oğulları Mustafa ve Mehmet, şeriye mahkeme heyetine gelip, Ahmed Bin Halil, İlyas Hüseyin ve Hasan Bin Halil'i şahit göstererek, *babamız Hüseyin Fakih'in bir taş ile idrar yolu tıkanıdığından ve bu sebeple idrar edememektedir. Burada bulunan Üstad Hüseyin, ameliyatı yaparak taşı çıkaracaktır. Babamızın ölmesi halinde Üstad Hüseyin hakkında hiçbir suretle dava ikame etmeyeceğimizi ve dilediği avuç dolusu ile bu ameliyatı mübadele edeceğiz.*" kaydı mevcuttur. Diğer kararda ise; "Ayıntab'ın Bostancı

²³² Er, ss.78-79.

²³³ Çeker, s.6.

mahallesinde oturan Halim oğlu Molla Mustafa şeriyeye mahkemesi önünde şu ikrarda bulunmuştur; *Esseyid Mahmut Ali'nin cerrahlar korporatindeki kabiliyet ve şöhretine güvenerek oğlum Kebir Mehmet'in mesanesini yarararak idrarda bulunan taşı çıkaracaktır. Bu ameliyat sırasında meydana gelebilecek arızalar sebebiyle hiç bir suretle guna dava açmayacağını veya bir ihtilaf çıkarmayacağını beyan etmiştir*" yazılmıştır.²³⁴ Bu kayıtlarda sözü edilen rıza, bugün anladığımız anlamda rıza olmasa da, kavramın tarihsel öncülerinden olması açısından önemlidir.

Uluslararası sözleşmeler ve yasal mevzuatımızda herhangi bir nedenle fiil ehliyeti (veya rıza ehliyeti) olmayan kişilerin durumunu düzenlemiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinde bu durum;

"Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir.

Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır.

Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır." şeklinde belirtilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70.maddesinde ise *"hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar"* hükmü konulmuştur.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinde de aynı husus *"Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır "* şeklinde ifade edilmiştir.

Genel ilkenin sözkonusu Yasa hükmü şeklinde olduğunu, küçüğün sadece görüşünün alınacağını, fakat bunun bağlayıcı olmadığını düşünenler bulunduğu gibi, bu yaklaşımı eleştirerek "tıbbi müdahaleye rızanın 'kişiye sıkı sıkıya bağlı' bir hak olduğunun göz ardı edildiğini (Medeni Kanun m.16)" belirtenler de mevcuttur. Bu yoruma göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler, vücut ve yaşamlarını ilgilendiren konuda rıza gösterebilmeli; sözü edilen mevzuat hükümleri ise sadece, ayırt etme

²³⁴ İpekyüz, s.27.

gücüne sahip olmayan küçüklere tıbbi müdahaleler bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Ayrıca "yasal temsilcinin ve ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını birlikte arayan" ve "ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasını tek başına yeterli sayan" görüşler de savunulmaktadır.²³⁵

Gerek Biyotıp sözleşmesinin 6/2 maddesinde yazılan görüş ve gerekse Hasta Hakları Yönetmeliğinin 26. maddesinde yazılan "*Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır*" ifadeleri bu küçük veya mahcur olanın da görüşlerinin alınması gerektiği şeklindeki görüşü desteklemektedir.

Bütün bu düzenlemeler dikkate alınarak, bizim mevzuatımıza göre de, tıbbi müdahale için küçüklerin iradesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği iddia edilebilir. (...) Bu konuda bazı ülkelerde yasal yaş sınırı getirilmiş olmakla birlikte, mevzuatımızda kesin ve bağlayıcı yaş sınırı konulmamıştır. Dolayısıyla yasal düzenleme yapılincaya kadar öğretilerdeki yorumlar ve yargı kararları konuya yön verecektir.²³⁶

2.3.3.9. Rızanın Kapsamı ve sınırları

Rıza, tedavide, hekim ile hasta arasındaki ilişkiden kaynaklanan birlikte etkinin bir kanadını oluşturur. Hekim mesleki bilgi ve tecrübesiyle hastasını iyileştirmeye çalışmaktayken, hastanın hekimine güvenmekten başka çaresi yoktur. Bu hasta ile hekimin karşılıklı konumunun doğal sonucudur. Ancak hasta, vücudu üzerinde gerçekleştirilecek her türlü tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeme hakkına sahiptir. Hastanın bu hakkı, ilk kez Hakim Cardozo tarafından verilen bir kararda "*İrade sahibi her ergin insan kendi bedeni üzerinde yapılacak olan müdahale için karar verme hakkına sahiptir.*" hükmüyle dile getirilmiştir. Hastanın yapılacak müdahaleye ilişkin rıza göstermesi noktasında hekimin aydınlatma yükümünü gereğince yerine getirmiş olması büyük önem taşımaktadır.²³⁷ Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı kararında "*Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu,*

²³⁵ Er, s.79.

²³⁶ Er, s.80.

²³⁷ Oral, s.195.

yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.” hükmü yer almakta, rızanın hukuken geçerli olabilmesi için aydınlatma yükümünün çok iyi yerine getirilmiş olması gerektiğini vurgulamaktadır.²³⁸

Rıza, bir hukuki işlem olup, irade beyanı şeklinde ortaya çıkmakta ve rızaya yönelik irade beyanının açıklanması ile sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır. Rızaya ilişkin irade açıklamasının serbestçe verilmesi ve iradenin hata, hile ve korkutma gibi bir nedenle sakatlanmaması yanında, kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir.²³⁹ Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde " *Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Hasta rızasının kapsamı, Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın 16. maddesinde şu başlıklarla tanımlanmıştır;

"Rızanın Kapsamı

MADDE 16- (a) Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin veya yakınının tıbbi müdahale konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi esastır.

(b) Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği o müdahale sürecinin zorunlu bir parçası sayılabilecek tüm işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ve konu ile ilgili diğer mevzuatların belirlenen hakların ihlal edilmemesi esastır.

(c) Hastanın rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin de müdahalesini bu konuda gerçekleştirmesi yani verilen rızanın sınırları çerçevesinde kalması gerekir.

(d) Hekimin her farklı tıbbi ve cerrahi müdahale için hastadan ayrı ayrı bilgilendirilmiş rıza alması gerekir.

(e) Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, hastanın bir organının kaybını veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak ise ve gecikme hastanın hayatını kaybetmesi tehlikesi arz etmiyorsa, yeni müdahale tehir edilir, hastanın rızası beklenir.

²³⁸ Oral, s.188.

²³⁹ Kaya,s.53.

(f) *Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, mutlaka rıza almayı beklemek gerekmez. Öncelikle müdahale gerçekleştirilir*".

Tüm bunlardan anlaşıldığı üzere; rıza genel ve soyut olamaz. Bu nedenledir ki hekim tarafından yapılabilecek bütün müdahaleleri kapsayacak nitelikte genel bir muvafakat verilemez. Dolayısıyla hasta hastaneye yatırılırken kendisine imzalatılan "bu hastanede yapılacak tüm tıbbi girişim ve ameliyatları kabul ediyorum" şeklindeki belgelerin hiçbir hukuki değeri yoktur. Çünkü hasta genel olarak bir rıza vermiştir, kendisi üzerinde neler yapılacağını bilmemektedir. Bu itibarla genel bir rıza geçersizdir. Keza sadece ameliyatlar için rıza alınması da yeterli değildir. Ameliyat dışındaki müdahaleler konusunda da hasta aydınlatılmalı ve rızası alınmalıdır. (...) Öğretide "tedavi ve ameliyatın çeşitli biçimleri hakkında rıza gerekmez, karar doktora aittir" ve "hastanın rızası alındıktan sonra ayrıntılar bakımından tek tek rızaya ihtiyaç yoktur" denilmekteyse de tıbbi müdahalenin tümü için , hiçbir istisna olmaksızın hastanın rızasına gereksinim vardır. Bununla beraber, hasta aydınlatıldıktan sonra rızası alınacak, bundan sonraki tıbbi işlemlerin yürütülmesinin takdiri hekime bırakılacaktır. (...) Rutin işlemler konusu Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31.maddesinde düzenlenmiştir: "*Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbi işlemleri de kapsar.*" (...) Ancak yapılan işlemler tıbbi müdahaleye bağlı rutin işlemlerden değilse veya risk oluşturuyorsa, bu konuda hastanın ayrıca bilgilendirilmesi ve rızasının alınması gerekir. (...) Hasta belirli bir hekimin tıbbi müdahaleyi yapması için rıza göstermiş ve bu konuda aksi kendisine belirtilmeden, başka bir hekim ameliyatı yapmış olursa, hastanın kendisine tıbbi müdahale yapan hekimi bilme ve seçme hakkı bulunduğundan, verilen rıza geçersiz bir rıza olur.²⁴⁰

Danıştay 10. dairesi, 2007/6322 E, 2010/5981 K ve 13.7.2010 tarihli kararında rıza konusunda şu hükmü vermiştir; " *Bu durumda, "Hasta Hakları Sözleşmesi" ve "Hasta Hakları Yönetmeliği'nin yukarıda belirtilen hükümleri uyarınca hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan*

²⁴⁰ Hakeri, (TIP), ss.351-352.

ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. ²⁴¹

Rıza üzerine yapılan bir ameliyat sırasında, hastanın hayatı ve sağlığı bakımından bir tehlikenin bulunması nedeniyle, izin alınan tıbbi işlem dışında bir başka işlemin de yapılmasının hukuka uygun olup olmadığı da tartışmalıdır. Doktrinde buna "ameliyatın genişlemesi" de denilmektedir. Aslında ameliyatın genişlemesi olgusu, bilinci olmayan kişilere yönelik olarak acil hallerde yapılan ameliyatlardan söz konusu olabilir. Bu tür hallerde, genişleyen ameliyatın ilk ameliyat planına göre fazla risk taşımaması, hastanın hayatı veya sağlığı için o işlemin derhal yapılmasında tıbbi bir zorunluluk bulunması koşuluyla genişletilen ameliyat işleminin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir görüşe göre, ölüm tehlikesi hariç önemli bir organın genişleyen ameliyatla alınmaması gerekir. Örneğin, yalnızca sezeryanla doğuma rıza gösterilmiş iken, operasyon sırasında sağlığı için gerekli olduğu düşüncesiyle, hastanın rahim ve yumurtalığı da alınmışsa, rızaya aykırı bu eylem hukuka aykırıdır ve sorumluluğu gerektirir. ²⁴²

2.3.3.10. Rızanın Alınma Zamanı ve şekli

Rıza, tedavinin başlangıcında var olmalı ve sonuna kadar varlığını sürdürmelidir. Tedavi başladıktan sonra gösterilen rıza geri alınabilir. Rızanın geri alınması ve bunun ne anlama geldiği, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir: *“Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.”*

Ancak Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin son fıkrası, bu durumu bir şarta bağlamıştır: *“Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır.”*

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesinin birinci fıkrası, rızanın şeklini hükme bağlamıştır: *“Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”* Dolayısıyla rıza, açık ya da örtülü; yazılı ya da sözlü olabilir. Ancak bazı durumlarda hastanın göstereceği rızanın yazılı olması beklenmiştir. Zira 1219 sayılı Tababet ve şuabatı Sanatının İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde, *“Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.”* hükmü yer

²⁴¹ kazanci.com, (22.01.2015).

²⁴² Gökcan, (TIBBİ), ss.238-239.

almakta ve söz konusu yönetmelikteki maddeye istisna teşkil etmektedir. Bu konuya bir başka örnek, Medeni Kanununun 23. maddesinin üçüncü fıkrası olacaktır. “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*” Kanun koyucu burada kişinin yazılı rızasını aramaktadır.²⁴³

"Rıza açıklamasının müdahaleden önce veya somut olayın özelliğine göre, en geç müdahale anında yapılması gerekir. Rıza, açık veya zımnî olarak verilebilirse de, bu durum hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır. Rıza, kural olarak sözlü olarak açıklanabilir. Ancak mevzuattaki yazılı rıza alınmasına ilişkin hükümler saklıdır. Bazı hastanelerin gerek yazılı rıza şartını sağlamak gerek ispat kolaylığı açısından rıza formleri hazırladıklarına sıkça rastlanmaktadır. Kişinin tıbbî müdahaleyi kavraması, anlaması ve bu konuda sağlıklı bir karar verebilmesi için rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Tam ehliyetliler bakımından rıza ehliyetinin varlığı kural olarak kabul edilmekte ise de bu konuda denetim yetkisi ilk aşamada hekime ait olacaktır. Tam ehliyetsizler için rıza yasal temsilciden alınacaktır. Kanaatimizce, rızanın açıklanması, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, küçük ve kısıtlının rızasının- müdahalenin önemi, anlamı ve sonuçlarını kavramaları şartı ile kendisinden alınması uygun olur. Ancak TŞSTİDK. m. 70'de ve HHY. M. 24/2'de, küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin tıbbi müdahale için rıza vermesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Aynı yönetmelik m. 26 gereği, küçük ve kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Rızanın hakim kararı ile alınması da mümkündür. Tıbbi müdahaleye hastanın yasal temsilcisinin (veli veya vasi) rıza vermemesi durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/3 gereği mahkemeden karar alınır. Rızanın hakimden alınacağı bir diğer istisnai durum ise, HHY. 22/2-3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir suçu işlediğine dair şüphe altında olan ve suçun delilleri kendisi veya mağdur vücudunda bulunduğu ve bu delillerin ortaya çıkarılması için tıbbî müdahale gereken durumlarda hakim kararı aranır. Hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu izni savcı dahi vermeye yetkilidir. Savcı izninin hakim onayına sunulup sunulmayacağı ve süresi konusunda

²⁴³ Oral, s.199.

yönetmelikte bir düzenleme yoksa da gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle savcıdan bu izin alınmış olduğundan bu iznin hakim onayına sunulması gerekir."²⁴⁴

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği, hal ve vaziyetten anlaşılabiliriyorsa zımni rızadan bahsedilir. Örneğin, ameliyat önerilen hastanın hastaneye yatması, zımni rıza olarak değerlendirilmektedir. (...) Ameliyat önerilen hastanın, ameliyata götürülürken ve ameliyat sırasında lokal anestezi nedeniyle uyanık olmasına rağmen herhangi bir itirazda bulunmaması, ancak ameliyat sonrasında yazılı rızası alınmaksızın ameliyat edildiği itirazıyla hekimi dava ettiği olayda, mahkeme, irade yeteneğine sahip hastanın yukarıdaki koşullar içinde herhangi bir itirazda bulunmamasının zımni rızasının bulunduğunu gösterdiğine karar vermiştir. Önemle belirtelim ki, zımni rızaya hukuken değer tanınması, bu hallerde hastanın aydınlatılması yükümlülüğünün kalktığını göstermez.²⁴⁵

Son olarak, hekim aydınlatmayı hastanın ana dilinde yapacaktır. Bu mümkün değilse tercüman yardımıyla hastanın dilinde aydınlatma yapılabilecektir. Müdahaleden önce hastanın dilini bilen kimse yoksa uluslar arası bir dil kullanılır. Hasta artık onu da bilmiyorsa hekim inisiyatifini kullanabilecektir.²⁴⁶

2.3.3.11. Rıza Aranmayan Haller

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2. Bölüm madde 8'e göre, "*acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir.*" hükmü ile örneğin hastaneye tek başına, bilinci kapalı olarak acil servisten giriş yapan ağır yaralı hastaya ilk müdahalenin yapılabilmesi için içinde bulunulan ivedilik hali nedeniyle onay alınmadan yapılan müdahale yukarıda yer verilen maddeye göre hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.²⁴⁷

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın 24. maddesinde bu durumlar bildirilmiştir. Buna göre;

"(a) Bireyin rıza beyanında bulunamayacağı ve kanuni temsilcisinin bulunmadığı veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya

²⁴⁴ Kaya, ss.53-54.

²⁴⁵ Hakeri, (TIP), s.332.

²⁴⁶ Yılmaz, s.405.

²⁴⁷ Yılmaz, s.398.

derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, yaşamsal riskin olduğu durumlarda hekim, izne gerek duymadan hemen yaşam kurtarıcı tıbbi müdahaleyi yapar. Hastanın bilinci açılmaya başlayınca , daha sonraki tıbbi işlemler için (ameliyat vs.) yeterli durumuna göre mümkün olduğunca bilgilendirme ve izin işlemine başvurulur.

(b) İntihar girişiminin olduğu durumlarda, bilinci kapalı hastaya, hekim kurtarıcı tıbbi müdahalede bulunması zorunludur.

(c) Acil durumlarda rıza şartı aranmaz. Yeterli reddin yokluğu durumunda, rızanın verildiği farz edilir."denilmektedir. Benzer hükümler gerek 1219 sayılı Tababet Kanunu'nun 70. maddesinde ve gerekse Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinde de bulunmaktadır.

Diğer yandan bazı özel kanunlarda da bu konuda düzenlemeler bulunmaktadır. 7402 sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'un 7.maddesinde ; *"Herkes, teşkilat tarafından mahalinde yapılacak umumi veya kısmi muayenelere icabet etmeye ve hastalığın teşhisi veya kütlenin sıtma parazit endeksinin tayini maksadiyle yapılacak bakteriyolojik muayeneler için her talep vukunda kan alınmasına ve ilaçların tatbikına müsaade etmeye mecburdur.*

Bu madde tatbikatından dolayı, reşit olmıyan veya temyiz kudretini haiz bulunmıyan kimselerin veli veya vasileri mesuldürler." hükmü bulunmaktadır.²⁴⁸

Benzer şekilde 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72/2 maddesinde; belirli bulaşıcı hastalık salgınlarında *"Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki"* yer alırken, 73. maddede ise bu kişilerin zorunlu tıbbi tecrit altına alınabileceği hükmü yer almaktadır.²⁴⁹

Yine Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 82/2 ve 3. maddesinde de zorunlu tıbbi müdahalelerle ilgili ;

"(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülere, birinci fıkraya gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı

²⁴⁸ **Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.7402.pdf> , (11/12/2014), s.2.

²⁴⁹ **Umumi Hıfzıssıhha Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> , (11/12/2014), s.11.

takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır." hükümleri konmuştur.²⁵⁰

Kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilen bir tıbbî müdahalenin kamu sağlığını korumayı hedeflemiş olması halinde de, müdahale hukuka aykırı değildir. Bu durumda, tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılma nedeni, müdahalenin yapılmasında "üstün kamu yararı" bulunması ya da "kanunun verdiği bir yetki"nin kullanılmış olmasıdır. Gerçekten, MK. m.24/II'ye göre, kişilik hakkına yönelmiş saldırının üstün nitelikteki bir kamu yararına ya da kanunun verdiği bir yetkiye dayanması halinde, kişilik hakkına tecavüz hukuka uygundur. Bu tür müdahalelere örnek olarak, sağlık nedeniyle aşı yapma, karantinaya alma vs. gösterilebilir. Bu hallerde, resmi ehliyetli kişiler, kendilerine kanunun tanıdığı özel yetkiyi kullanarak tıbbî müdahalede bulunmaktadır. Burada, tıbbî müdahaleye maruz kalan kişinin rıza göstermemiş olması, müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmez; çünkü, müdahalenin gerçekleştirilmesinde üstün nitelikteki kamu yararı gaye edinildiğinden, olayda başka bir hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkmaktadır.²⁵¹

"Hastanın müdahale konusunda görüş belirtebilecek durumda olmaması (bilincinin kapalı olması vb.), veli veya vasisinin olmaması veya bulunamaması durumunda rıza aranmaz (Tababet Kanunu m.70). Hasta Hakları Yönetmeliğ'in'de rızanın iki durumda aranmadığı görülmektedir. Yönetmeliğin 24/1. maddesinde, Tababet Kanunu'na paralel bir düzenleme yer almaktadır. İkinci düzenleme ise 24/3. maddede bulunmakta olup kanuni temsilci veya mahkemeden izin almak için yeterli zaman bulunamaması durumunda, hastanın tedavi görmedeki yararı öne geçecek ve hekim rıza olmaksızın tıbbî müdahalede bulunacaktır. Bu durumda, varsayılan rızasının olduğu kabul edilerek hekim tıbbî müdahalede bulunacak olup varsayılan

²⁵⁰ **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun,**
<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5275.html>, (11/12/2014).

²⁵¹ Çeker,s.7.

rızanın tespitinde ölçüt, normal, makul ve ortalama bir hastanın tavrı olacaktır. (...) Akıl hastaları, alkol ve uyuşturucu bağımlıları için de rıza aranmadan tıbbî müdahalede bulunmak mümkündür. Kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak verilen rızadan müdahaleden önce veya en geç müdahale anında cayılması ve rızanın geri alınması mümkündür. Ancak müdahaleye başlanmışsa ve bunun yarıda bırakılması hastanın ölümü veya ağır sağlık zararlarına yol açacaksa rızanın geri alınamayacağı, çünkü rızanın geri alınmasında tıbben bir sakınca bulunmaması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.

Yargıtay tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda doktrindeki görüşlere atıf yapmak suretiyle şu hususları aramıştır.

“A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,

B) Hastanın rızası bulunması,

C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır”²⁵²

Bazı durumlarda ise hastanın rızasının alınması mümkün olamaz. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. Maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.*” Varsayılan rızadan söz edilebilmesi için ilk şart, müdahaleden önce hastanın rızasının alınamayacak olmasıdır. Tıbbi müdahalede zorunluluk varsa, hastanın sağlığı daha ön planda olduğu için hastanın kendisinde olmaması gibi nedenlerle rıza alamasa dahi müdahalede bulunacaktır. Acil durumlarda hekim, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahalede bulunabileceği gibi, hastayı aydınlatma yükümlülüğü de daralmaktadır. Bu durumda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hastanın zarara uğradığı dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyecektir. Rıza varsayılırken, Medeni Kanunun 24. maddesinin ikinci fıkrası önem taşımaktadır. Buna göre; “*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*” Bu fıkradan da çıkarılacağı üzere, hekimin, hastanın rızasının varlığını kabul etmesi için, kişinin üstün nitelikte şahsi bir menfaati bulunmalıdır. Bu konuda hekim, hastayı önceden tanımadığı için somut olarak

²⁵² Kaya, ss.54-55.

hastasına göre değil, soyut olarak bilgi ve tecrübelerine dayanacaktır. Yani, hekimin rızayı varsayarken alacağı ölçüt, rızası alınamayan hasta değil; makul ve ortalama bir hasta olacaktır. (...) Varsayılan rıza konusunda bir Yargıtay kararı örneği vermek gerekirse, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1970/10853, K. 1971/2096 sayılı kararından bir kısmı sunmak yerinde olacaktır: “...davacının böbreğindeki taşı almak için yapılan ameliyata böbreğin arz ettiği iltihabi durum karşısında taşın alınmasının davacının sağlığını tehlikeye koyacağına, böbreğinin alınmasının tıbbi bir zaruret olduğuna, normal ve gerekli olanın yapılmış olduğuna, yaranın kapatılıp izin istihali ile ikinci bir ameliyata geçilmesinin sağlık bakımından sakıncalı görüldüğüne göre doktorun sorumlu olmadığına ve açılan manevi tazminat talebinin reddine...”²⁵³

2.3.3.12. Rızanın Geçersizliği

Öncelikle, rıza, niteliği itibariyle tek yönlü bir hukuki işlem olduğundan, bir hukuki işlemin geçerli olması için gerekli şartları ihtiva etmelidir. Rızanın geçerli olması için aranan şartlar, temyiz gücü, irade sakatlığının bulunmaması ile rızanın hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır. Geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için, öncelikle tıbbî müdahaleye rızasını beyan eden hastanın buna ehil olması, yani temyiz gücüne sahip olması gerekir. (...) Rızanın geçerli olması için, ikinci olarak, hastanın irade sakatlığına uğramamış olması da gerekir. Hastanın rızasını beyan ederken herhangi bir yanılgıya düşmesini engelleyecek en önemli unsur, yapılacak tıbbî müdahalenin anlamı, türü, önemi, kapsamı, yarar ve sakıncaları üzerinde hastaya bilgi verilmiş olması, diğer bir deyişle, hastanın "aydınlatılmış" olmasıdır. Bu aydınlatma yükümü çerçevesinde, hekimin hastaya, rızanın beyanından önce tıbbî müdahalenin mahiyeti ve sonuçları hakkında bilgi vermesi, tedavi alternatiflerini belirtmesi, gelecekteki sakıncaların açıklanması ve hatta başka bir yerde yapılacak tıbbî müdahalenin daha az rizikolu olduğu hususlarında gerekli ve yeterli açıklamalarda bulunmuş olması gerekir.²⁵⁴

"Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi girişim ve tedavi hakkında bilgilendirilmesi ve rızasının alınması esastır. Rıza alınmış olmasına rağmen bazı durumlarda bu rıza hukuka aykırı olabilir. Bu durumda rıza alınmadan tıbbi girişim

²⁵³ Oral, ss.203-204.

²⁵⁴ Çeker, ss.6-7.

yapılmış sayılır ve bu uygulama hastanın sağlığı için gerekli olsa dahi hekimin uygulaması hukuka aykırı olur. Geçersiz rızaya örnekler ise:

-Aydınlatma yapılmadan alınan rıza,

-Teşhisten itibaren yapılacak tüm tıbbi girişimleri kapsayan rıza (Genel bir rıza yeterli olmayıp her müdahalede, müdahalenin özelliğine göre ayrı bir aydınlatılmış onam belgesi düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin kanserli bir hastanın tedavisinde cerrahi operasyon için ayrı, radyoterapi için ayrı onam belgesi düzenlenmelidir.)

-Hile, maddi ve manevi baskı altında alınan rıza,

-Ahlaka, adaba, mevzuata ve kamu düzenine aykırılık halinde alınan rıza,

-Belli bir süreyi aşmış (10 hafta) gebeliğin tıbbi zaruret olmaksızın sonlandırılması için verilen rıza,

-Ötenazi için verilen rıza,

-Rızanın geri alınması (Tedaviyi reddetme veya durdurma) durumunda daha önce verilen rıza geçersiz sayılır."²⁵⁵

2.3.3.13. Rızanın Geri Alınması

Önceden verilmiş rıza elbette her an geri alınabilir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı olduğuna göre, rızayı geri alabilme hakkı olabilmelidir. Kişinin gelişen yeni durumlara göre geleceğini belirleme hakkını kendi menfaatlerinin gereği olarak kullanması söz konusu olabileceğinden, rızanın geri alınması da mümkündür.²⁵⁶

Biyotıp Sözleşmesinin 5/3. maddesinde; " *İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.*" denilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde ise; " *Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.*" hükmü bulunmaktadır.

²⁵⁵ Hızal ve diğerleri, ss.22-23.

²⁵⁶ Hakeri, (TIP), ss.394-395.

Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı'nın 26. maddesinde ise bu konu;

" (a) Hastanın hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, bilinçli ve mental yönden yeterli olduğu düşünülen yetişkin hastalar herhangi bir tıbbi ve cerrahi müdahaleyi veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını talep etmek hakkına sahiptir. Bu durumda, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçlar hastaya veya kanuni temsilcilerine ya da yakınlarına anlatılır ve bunu gösteren yazılı ve imzalı bir belge alınır.

(b) Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

(c) Rıza müdahale başladıktan sonra da geri alınabilir.

(d) Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar

müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz." şeklinde açıklanmaktadır.

Ancak bu konuda getirilen istisnalar 28. madde de şu şekilde vurgulanmaktadır;

"Red Talebinin Kabul Edilemeyeceği Durumlar:

MADDE 28-

(a) Yaşamın korunması,

(b) İntiharın önlenmesi,

(c) Üçüncü tarafın korunması,

(d) Tıp ahlakının korunması."

Hastanın rızasını geri almasının yazılı ve imzalı bir belge alınarak kayıtlara geçirilmesi önerilmekle birlikte, standart hale gelmiş bir form tanımı yapılmamıştır. Rızasını geri alan hasta bazen yazılı ve imzalı belge vermekten kaçınabilmektedir. Bu durumda durumu tutanak ve tanıklarla imza altına almak hekim açısından yararlı olabilecektir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2000/8582 E, 2000/10298 K ve 20/11/2000 tarihli kararında " Davacı, köyde çiftçilikle iştigal eden bir kimsedir. Sağlığı ve yaşamı için bu ağır ve tehlikeli sonuçları bilen veya bilmesi gereken bir hasta olarak kabul edilemez. (...) Davada, davacıdan tetanos aşısının yapılmaması durumunda olabilecek sonuçların anlatılmasına rağmen **davacının tetanoz aşısının yapılmasına karşı koyduğuna ilişkin davacıyı bağlayacağı imzalı bir belge ibraz edilmemiştir.**" hükmünü vermiştir.²⁵⁷

²⁵⁷ Serkan ÇINARLI, İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuk Yüksek Lisans Programı, "Kararlar" CD

2.3.3.14. Aydınlatma ve Rıza Konusunda Hekimlerin Bilgi Düzeyleri

1994 yılında yayınlanan bir araştırmada, cerrahların %78,8'i hastalarını aydınlattığını söylerken, hastaların % 72,8'i ise aydınlatılmadığını söylemektedir. Aynı araştırmada cerrahların %90,6'sı "hasta adına en iyi kararı hekim verir" şeklinde düşünürken, %15,3'ü ise aydınlatılmış onamın gerekmediğine inanmaktadır.²⁵⁸

Turla ve arkadaşlarının 2003 yılındaki çalışmasında, hekimlerin %63,1'inin hasta hakları hakkındaki yasal düzenlemelerden haberdar olduğu, ancak bunların büyük kısmının ayrıntılı bilgi sahibi olmadığını göstermektedir. Bu çalışmaya katılan hekimlerin %79'u küçük cerrahi işlemlerden, % 93,3'ü enjeksiyon ve aşı yapılmasından, %96,5'i yapılan tetkiklerle ilgili ve %92,5 i ise ilaç tedavilerinden, aydınlatılmış onam almayacağını belirtmiştir. Hekimlerin sadece sadece %64,7 si ise her türlü işlemlerinde onam aldığını belirtmiştir. Aynı çalışmada hekimlerin % 84,3'ü aydınlatma için 10 dakikadan kısa süre ayırdığını belirtmiştir.²⁵⁹

2013 yılında yapılan bir başka araştırmada ise; hastaların, aydınlatılmış onam hakkında bilgilerinin olduğu (%31,4), ameliyat öncesi aydınlatılmış onam alınmasının yasal bir hak olduğunu (%87,1), ameliyatla ilgili hekimin kendilerini bilgilendirmesini istedikleri (%97,1), onam belgesini tamamen okuduğu (%31,4), onam belgesini okurken akla takılanları hekime sorma fırsatı bulduğu (%34,3), hekim tarafından açıklanan bilgileri anlaşılır bulduğu (%71,4) ve onam formunun anlayabileceği bir dille yazıldığı (%44,3) belirlendi. Aydınlatılmış onam alınma sürecinde, hekimin gerekli açıklamayı yapmak için zaman ayırdığı (%68,6) ve onam belgesinin hekim tarafından gereken açıklamaların yapılarak ancak hasta tarafından okunmadan hemşire tarafından imzalandığı (%42,9) tespit edildi.²⁶⁰

Tarihsel olarak bu ve benzeri araştırmalar incelendiğinde, gerek hekimlerin ve gerekse hastaların aydınlatılmış rıza kavramı ile giderek daha fazla oranda tanıştıkları ve konunun daha iyi anlaşılmağa olduğu görülmektedir. Bu gelişmeye

si, (KARARLAR), (05.02.2015).

²⁵⁸ Nermin Ersoy, "Klinik Etiğin Önemli Bir Sorunu: Aydınlatılmış Onam", **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, s.135.

²⁵⁹ Ahmet Turla, Bekir Karaarslan, Şennur Dabak, "Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Görev Yapan Hekimlerin Aydınlatılmış Onam" Konusundaki Bilgi ve Tutumları" **Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21 Sayı:2, ss.57-63.

²⁶⁰ İncesu, ss.8-12.

rağmen hekimler ve hastaların aydınlatılmış onam ve rıza kavramları konusunda henüz yeterli bilgi düzeyinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Ülkemizdeki sağlık ortamında, hekimin Avrupa ve Dünya standartlarının çok üzerinde hasta bakması ve hasta başına ayrılan zamanın giderek azalması, özellikle özel sektörde sürekli bakılan hasta sayısının artırılmasının istenmesi gibi nedenlerle burada anlattığımız anlam ve içerikte aydınlatma yapılması mümkün görünmemektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nce bir hastaya en az 20 dakika ayrılması önerilirken, ülkemizde bu süre bazı merkezlerde 5 dakikaya kadar düşebilmektedir. Giderek ticari işletmelere dönüşen kamu hastanelerinde de durum farklı değildir. Kurum amirlerinin bazen "yazılı emir" ile günlük muayene edilen hasta sayısını artırdıkları bilinmektedir. Kamuda çalıştığım zamanlar bizzat yaşadığım bu durum artık olağan ve sıradan bir hale gelmiştir. Özel sektörde ise yazılı emir yöntemi dışında farklı ve özellikle ekonomik yöntemlerle hastaya ayrılan süre kısıtlanmakta, hekim ekonomik yönden baskı altına alınmaktadır. Bu kadar kısa bir sürede hekimin hasta ile ilgili sağlıklı bir karar vermesi ve bunun ötesinde bu konuda hastasını aydınlatması ve rızasını alması olası değildir. Üstelik bu durum, hem sağlık sistemini ve ülkemizi yönetenler, hem de Yargı çevrelerince de çok iyi bilinmekte, ancak çözüm getirilmemektedir. Sorun Türkiye'deki sağlık sisteminin düzenlenişinden kaynaklanmakta olmasına rağmen, bu sistemin yanlışlarından hem hekim hem de hasta mağdur olmaktadır. Uzun yıllardır bu sorunun çözülememesi, çözüm yönünde bir iradenin olmadığını düşündürmektedir. Yasal olarak hekimin yapması gereken iş ve işlemler ayrıntılı düzenlenirken, bu iş ve işlemlerin yapılabileceği ortam ve şartların hazırlanmaması, yöneten iradenin iş ve işlemlerin niteliğinden ziyade niceliği ile ilgilendiği ve çıkarılan yasal düzenlemeleri uygulanıp uygulanmaması ile aslında ilgilenmediğini düşündürmektedir.

2.3.4. Tıp Biliminin Verilerine Uygun Tıbbi Müdahale

Son yüzyılda hastalıkların teşhisi ve tedavisinde kullanılan teknikler ve teknolojik araç ve malzemelerde sürekli bir gelişme ve sayısında artış bulunmaktadır. Bu tekniklerin kullanılması bir süre sonra tıbbi standartlar içerisinde görülmektedir.

Tıbben belirli bir tekniğin kullanılmasının gerekli görüldüğü hallerde hekimden bu tekniği öğrenmesi ve kullanması beklenmelidir.²⁶¹

Tıbbi standart, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade eder. Tıp biliminin genel olarak tanınıp bilinmiş kurallarıdır. Tıbbi müdahaleler gerçekleştirilirken uygulanması gerekenler, tıp bilim ve tekniğinin sürekli değişen ve gelişen niteliği gereği, net olarak belirlenememektedir. Bu şekilde standartların belirlenememesi tıbbi hataların hukuk tarafından tespitini de zorlaştırmaktadır.²⁶²

Hekim, uygulayacağı yöntemi seçerken serbest olmasının yanında tıp bilimine kabul görmüş yöntemlerden yararlanmalıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13'te bu husus şöyle belirtilmiştir; “...*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır...*” . Bir diğer ifade ile hekim tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunmamalıdır. Yine aynı maddede ; “...*teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın,...*” ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun10 madde 2/1'e göre nüfus planlaması amacıyla tıbbi müdahalede bulunulabilir. Tıbbi müdahale, teşhis, tedavi, hastalıktan korunmak, hastalığı hafifletmek veya acıyı dindirmek ya da nüfus planlaması amacıyla yapılabilir.²⁶³

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için, *tıp biliminin verilerine uygun olarak gerçekleştirilmesi* gerekir. Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili mesleki yükümlülükler ve **standartlara uygun** olarak yapılmalıdır (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 4). Diğer koşullar gerçekleşmiş olsa bile, yapılan müdahale tıbbi standartlara uygun değilse, hukuka uygunluk yoktur. “**Hekim, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır**” (TDN, m. 13; HHY, m. 11). Hekim mesleğini yerine getirirken, hastalığın teşhisinde olduğu kadar tedavisinde de bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Eğer bu tedavi ilaçla gerçekleştirilecekse, bunun uygulanmasında da,

²⁶¹ Gökcan, (TİBBİ), s.171.

²⁶² Savaş, s.45.

²⁶³ Yılmaz, s.392.

tıp mesleğinin standartlarına uygun davranmalıdır. Bunların en başında hekimin gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaması gelmektedir. (TTB Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m. 12).²⁶⁴

Endikasyonun bulunmasına, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasına, müdahalenin hekim tarafından yapılmasına rağmen, müdahale özensiz, dikkatsiz, tıp biliminin gereklerine aykırı yapılmışsa, hekim faaliyeti hukuka aykırı olacak ve gerek tazminat ve gerekse taksir dolayısıyla ceza sorumluluğuna neden olacaktır. Yargıtay da kararlarında bu hususu vurgulamaktadır: "*Genellikle benimsenen ve uygulanan ilmi prensiplerin uygulanmasına aykırı bir surette uygulama yapması veya muhakkak surette bilmesi gereken yönlerde tecahül göstermesi halinde, mesleki kusurda bulunmuş olacağından, zarardan sorumlu olur.*" Hekim, tıbbi faaliyetlerinde "*bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim, tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var demektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir. Hekim ile hasta arasında sözleşme bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıztırrar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıztırrar halinin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle, şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz.*"²⁶⁵

Burada ülkemizde özellikle son yıllarda giderek yaygınlaşan ve bir kısmı hekimler tarafından bir kısmı ise hekimlikle ilgisi olmayan kişilerce, daha çok para kazanma amaçlı yapılan bir konuya değinmek gereklidir. Yasalarımıza göre hekimin

²⁶⁴ Mahmut Koca, "Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIII, Sayı:3-4,2009, s.27.

²⁶⁵ Hakeri, (TIP), s.409.

tıp bilimi kuralları dışında tıbbi müdahalede bulunması yasak olmakla beraber, özellikle kanser hastaları için çok sayıda hekim tarafından "bitkisel tedaviler", "alternatif tıp" ve benzeri adlarla, ruhsatsız ve çoğu zaman içeriği belli olmayan ürünler satılmakta, tavsiye edilmekte, kullanılmaktadır. Daha da ötesi yakın zamanda Sağlık Bakanlığı bu yöntemleri resmen tanımış, geleneksel tıp adı ile hekimlik unvanı olan kişiler için kurslar bile planlanmıştır. Tıp bilimine uygun çalışan hekimler çok sıkı kurallarla çalışırken, bu ürünleri satanlar hiç bir denetim olmadan serbestçe satış yapabilmekte ve hastalara zarar vermelerine rağmen çoğunlukla hukuki denetimden geçmemektedirler. Bu kişilerin uyguladığı yöntemler tıp bilimin uygun olmadığına göre, bu yöntemlerden doğan zararların yargı tarafından nasıl değerlendirileceği merak konusudur. Zira kullanılan ürünlerin bir standardı olmayıp, etki ve olası yan etkileri bilinmemektedir. Bu konuda yargıya yardımcı olabilecek yetkin bir bilirkişilik kurumu da oluşmamıştır. Önümüzdeki yıllarda bu konunun yargı çevrelerini gündemini işgal edeceğine inanıyorum.

2.4. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) VE KOMPLİKASYON

"Hekimlerin hastalarına nasıl davranması gerektiği ve bu konudaki beklentiler; ulusal ve uluslararası tıbbi, etik ve deontolojik kurallar, sözleşmeler, bildirgeler, yasalar, yönetmelikler gibi yazılı metinlerin yanında; genel ahlak kuralları, örf ve adetler gibi yazılı olmayan kurallar ile de belirlenmiştir. Hukuki açıdan önemli belirleyicilerden biri hekim ile hasta arasındaki varsayımsal sözleşmedir. Hastanın hekime anamnez vermeye, hekimin de bunu dinlemeye başladığı andan itibaren aralarında bir sözleşme imzalandığı varsayılır. Bu sözleşme, vekâlet sözleşmesi olup, hekim bu sözleşme ile sonucun mutlaka iyi olacağını garanti etmez. Bu sözleşme ile hekim, hastasının sağlığını korumak için elinden geleni yapacağına, ona özen, içten bağlılık ve sadakat göstereceğine, tüm bilgi ve becerisini onun yararına kullanacağına, sırlarını saklayacağına, kayıtlarını düzgün olarak tutacağına ve tedavisini sürdüreceğine söz vermiş olur. Bu varsayımsal sözleşmeyi hukuka uygun hale getiren unsurlar; hekimin tıp sanatını uygulama hak ve yetkisine sahip olması, hastanın muayene için onamının yapılacak diğer uygulama ve girişimler için aydınlatılmış onamının bulunmasıdır. Hekimlik riskli bir meslektir. Her tıbbi girişimin kendisine özgü risk ve sapmaları bulunmaktadır. Dolayısıyla,

oluşabilecek her kötü sonuçtan hekim sorumlu tutulması beklenmez. Hekimler çalışmalarını hukuki perspektifte “izin verilen risk” kavramı çerçevesinde yerine getirirler. İzin verilen risk kavramı tıbbi literatürde “komplikasyon” olarak tanımlanmaktadır. Tek başına kusur olarak görülmez. Tıbbi malpraktis, Dünya Tabipler Birliği tarafından, “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” şeklinde tanımlanmış olup, tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen komplikasyonların malpraktis'ten ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁶⁶

Amerikan Tıp Enstitüsünün 2000 yılı raporuna göre ABD’de her yıl 44.000 ile 98.000 arasında hastanın tıbbi uygulama hatalarına bağlı öldüğü bildirilmektedir. Yurtdışında tıbbi uygulama hatası iddialarının artmasının nedenleri arasında tıpta sürekli yeniliklerin görülmesi ve bunların bütün topluma hızla yayılması, toplumun bilinç ve eğitim düzeyinin artması, sigorta sisteminin gelişmesi, hak arama mücadelesi gibi çeşitli tıbbi, hukuki ve sosyal faktörler yer almaktadır . Hekimlere yönelik tıbbi uygulama hatası iddiaları son yıllarda ülkemizde de giderek artan oranlarda karşımıza çıkmaktadır. Son 10 yıl içinde konu çeşitli boyutlarda tartışılmaya başlanmıştır ve çözüm arayışlarının sürdüğü dinamik bir süreç yaşanmaktadır.²⁶⁷

Gerek hekimler ve gerekse toplum tarafından iki kavram sıkça karıştırılmaktadır. Bu kavramlar "komplikasyon" ve "malpraktis" kavramlarıdır.

2.4.1. Komplikasyon (İzin Verilen Risk)

Tıbbi anlamıyla komplikasyon kavramı; vücut üzerinde bir hastalığın veya dış tesirin (travma, ameliyat, ilaç uygulaması vb.) yol açtığı diğer bir hastalık ya da arıza olarak tanımlanabilir. Hukuki anlamda komplikasyon ise; tıp bilimi ve mesleğinin verilerine uygun davranılmasına ve ortaya çıkmaması için gereken önlemler alınmasına karşın, tıbben benzer girişimlerde meydana gelme olasılığı kabul edilen, ancak kişinin sağlığı bakımından tıbbi girişimin gerekli görülmesi nedeniyle göze alınan (veya bu nedenle izin verilen) risklerdir. Diğer bir anlatımla; tıbbi uygulamanın tıp bilimi standartlarına uygun olmasına rağmen, ortaya

²⁶⁶ Altun, ss.7-8.

²⁶⁷ Oğuz Polat, Işıl Pakiç, "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu", **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Sayı:2, 2011, s.120.

çıkabileceği ilgili çevrelerce kabul edilmiş olan veya her türlü tedbirin alınmasına rağmen ortaya çıkmasından kaçınılamayan zararlar, komplikasyon olarak adlandırılır.²⁶⁸

Bütün hekimlik uygulamaları hastalar yönünden belirli bir risk oluşturmaktadır. Bu riskler, hekimlik uygulamalarının doğasından kaynaklanmakta, büyük kısmı hekim tarafından gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsa bile kaçınılmaz nitelik taşımaktadır. Buradaki riskler izin verilen risk çerçevesinde kaldığı müddetçe bunun adı komplikasyon (istenmeyen durum) olmaktadır. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hatasından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde izin verilen risk ile tıbbi malpraktis ayrımı hassasiyetle yapılmalıdır. “Yapılan tıbbi müdahale, klasik tıp bilgilerinde, uluslararası literatürde komplikasyon olarak adlandırılıyorsa ve bu müdahale tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, istenmeyen sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yüklenemeyecektir.”²⁶⁹

Tıbbi uygulamaların sonuçları hakkında öngörülebilir bulunulması imkanı veren bilimsel çalışmalar (klinik araştırmalar) sayesinde, istenmeyen ama oluşması ihtimali bilinebilen zararlı sonuçları yani komplikasyonları da tahmin edebilme imkanı doğar. Ayrıca bu çalışmalarla, elden gelen tüm önlemlerin alınmasına rağmen oluşması ihtimali bulunan komplikasyonlar nedeni ile, riskli bir ortamda mesleklerini ifa eden tıp uygulayıcılarına izin verilen riskli bir ortam bırakılması gerekliliği de ortaya konmuş olur. Hukuk doktrininde "izin verilen risk alanı" dediğimiz bu alanda gerçekleşen zararlı sonuçlardan sağlık mesleği mensubu, hastayı bilinen komplikasyonlar konusunda müdahaleden önce aydınlatmış olması koşulu ile sorumlu tutulmamaktadır.²⁷⁰

Komplikasyon, tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar olarak da tanımlanmaktadır. Kimsenin öngöremeyeceği bir neticeden hekim de sorumlu tutulamaz. Yargıtay da aynı görüştedir:“*Genel anestezinin mutad komplikasyonu (anestezi şoku) neticesi*

²⁶⁸ Gökcan, (TIBBİ), ss.276-277.

²⁶⁹ Pınar Güngör, Yeliz Doğan Merih, Meryem Yaşar Kocabey, " Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", **Zeynep Kamil Tıp Bülteni** , Cilt: 43, Sayı:4,: 2012,ss.:129-130.

²⁷⁰ Savaş, ss.292-293.

ölümün gerçekleştiği anlaşılmıştır. Yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlık sebep - sonuç bağıntı kesmez. Ancak davalılara yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağanüstü hal nedeniyle (narkozun olağan komplikasyonu) zarar artmıştır. Zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalıların sorumlu tutulması adalete uygun düşmez”. Hekim müdahalesinin tıbbi standarda uygun olmadığı hallerde dahi meydana gelen netice öngörülebilir değilse, hekim sorumlu tutulamaz (...) Bir başka kararda da Yargıtay aynı hususları ifade etmiştir: ”Hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin “tıp kural ve gereklerine” uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir”. Dolayısıyla hekimin sorumluluğundan bahsedebilmek için hekimin kusurlu olması, başka ifadeyle, özen yükümlülüğünü ihlal etmesi gerekmektedir.²⁷¹

Hekimin komplikasyonlardan sorumlu tutulmaması için; hastayı, komplikasyonlar konusunda bilgilendirmiş ve hukuka uygun olarak rızasını almış olması gerekir. Tıbbi müdahalenin tüm komplikasyonlarının bildirilmesi mümkün olmayabilir. Ancak makul derecede, oluşması ihtimali hastanın durumuna göre yüksek olan komplikasyonlar bildirilmelidir. Tıbbi müdahalelerde, öngörülebilir ama önlenmesi mümkün olmayan, oluşması ihtimali önceden hastaya usulüne uygun olarak bildirilmiş ve hasta tarafından kabul edilmiş olan durumlar nedeni ile de hekim sorumlu tutulamaz. Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulamada hatasından dolayıdır. Öngörülemeyen ve önlenemeyen zararlı sonuçtan hekim de dahil kimse sorumlu tutulamaz. Öngörülebilir fakat önlenemeyen sonuçlar ise, tıp biliminde komplikasyon olarak belirtilen, tıbbi müdahalenin beklenen fakat önlenemeyen, istenmeyen zararlı sonuçlarıdır. Tıbbi müdahaleler sonucunda oluşan komplikasyonlar, müdahale öncesi hasta bilgilendirilmiş ve bu konuda rızası alınmış

²⁷¹ Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı" , <http://toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> , (02.12.2014), (MALPRAKTİS) s.24.

olması, ihmal, tedbirsizlik gibi kusurların bulunmaması şartıyla hekim sorumluluğunu gerektirmez.²⁷²

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 20.11.1991 tarih ve 10834/11895 sayılı kararında: *“Sanığın başı boş bıraktığı köpeği tarafından ısırılıp yaralanan mağdureye kuduz aşısı uygulandığı, 15. aşından sonra hastalandığı ve öldüğü, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunda, -ölümün köpek ısırmasını takiben tatbik edilen kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ensefalit sonucu gelişen dolaşım ve solunun yetmezliğinden- kaynaklandığının, kuduz aşısına ve aşının tatbik şekline atfı kabil kusur bulunmadığının bildirildiği, keza, Yüksek Sağlık Şurası raporunda, kuduz aşuları neticesinde bazen bu tip ensefalit komplikasyon olarak meydana gelebilmektedir. Bu komplikasyonlar nedeniyle aşığı yapan kimseyi kusurlu bulmak mümkün değildir- denildiği görülmektedir. Olayda tıbbi yönden sorumluluk yüklenemeyen, kuduz aşısının bünyevi sebeplerle husule getirdiği alerjik ensefalitten meydana geldiği anlaşılmaktadır”*²⁷³ denilmekte ve komplikasyon neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı sağlık personelinin kusura dayanan sorumluluğu (hukuki ve cezai sorumluluk) yoluna gidilemeyeceği açıkça ortaya konulmaktadır.

Bir sağlık ocağı pratisyen hekiminin, hastanın sevki için yeterli zaman bulunmadığı bir durumda anne ve bebeğin hayatını kurtarmak için riskli bir doğum eylemine girişmesi; kafa içinde meydana gelen kanama (intracranial) nedeniyle hastanın zorunlu olarak ameliyata alınması ve hastanın ameliyat esnasında veya ameliyat sonrası (post operatif) dönemde cerrahi girişimin büyüklüğü nedeniyle meydana gelen ikinci bir kanama nedeniyle yaşamını yitirmesi; bütün testler ve ilgili uzman doktor konsültasyonlarının yapılmasına rağmen kontrol altında bulunan pelvis kırığı (leğen kemiği) tanısı ile takip edilen hastanın, yaralanmanın bir komplikasyonu olan yağ embolisi nedeniyle yaşamını yitirmesi; büyük ameliyatlarda, cerrahi girişim yapılan bölgeye bitişik dokularda meydana gelen büyük damar yaralanmaları nedeniyle hastanın kaybedilmesi; lumbal (bel bölgesi) disk kaymasının düzeltilmesi operasyonlarında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen hastanın ameliyatın bir komplikasyonu olarak ayağında güç kaybı meydana gelmesi; had safhada acil bir kanama olması sebebiyle, mevcut steril malzemelerin yetersiz kalması neticesinde steril olmayan araç ve gereçlerin kullanılması sebebiyle hastada enfeksiyon gelişmesi

²⁷² Savaş, s.294.

²⁷³ Günday, ss.121-122.

gibi durumlar izin verilen risk kapsamında değerlendirilir. Bu ve benzeri durumlarda tıbbi girişimi yapan sağlık meslek mensubu sorumlu olamayacağı gibi idarenin de sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Bu gibi durumlarda kusurun yokluğu, hem sorumluluğun yokluğu hem de tazmin yükümlülüğünün yokluğu sonucunu doğurmaktadır.²⁷⁴

Aşağıdaki Yargıtay kararında komplikasyondan dolayı doktor kusursuz bulunmuştur; " *Trafik kazası geçiren, 15 yaşındaki A.Y. önce Devlet Hastanesine ve sonradan SSK hastanesine sevki sonucunda "genel durumu iyi, ulna kırığı saptanmış, tansiyon, nabız, şuur normal iken çekilen grafilerde ulna ve pelvis kırığı saptanır. Ortopedi uzmanı tarafından yatırılarak gözlem altına alınan hasta gece birkaç defa kusmuş, sabah kahvaltısını yaparken aniden fenalaşan hastanın kan basıncı 50/20 mmHg olarak saptanmış, gerekli müdahalelere rağmen kaybedilmiştir.*

Adli Tıp Kurumunun ... Grup Başkanlığı tarafından yapılan otopside, retroperitoneal bölgede yaygın hematoma ve sağ inguinal bölgede sağ femoral arter ve venin ruptüre olduğu saptanmış, künt vücut travması sonucu sağ femoral arter ve ven laserasyonu sonucu iç kanamadan öldüğü bildirilmiştir.

*Hasta ilk geldiği ... Devlet Hastanesinde nöbetçi doktor tarafından görülerek, acil tanı ve tedaviyi takiben SSK'lı olması nedeni ile ambulans ile aynı ilçe ... SSK Hastanesine gönderilmiştir. Hastanın genel durumu, transporta engel değildir. SSK Hastanesi nöbetçi doktoru gerekli tetkikleri yaptırdıktan sonra, ilgili branş doktorları ile gerekli konsültasyonu yaparak, hastayı gözlem altında tutmak için yatırmıştır. Pelvis çatlaklarında; tedavinin öncelikle istirahat, gerekirse operasyon olduğu, emboli riskinin yüksek olduğu, kanama riski olduğu, bu durumdaki hastanın takip edilmesi gerektiği, bu hastanın da gerekli takibinin yapılmış olduğu, bu kanamaların muhtemel komplikasyonlardan olduğu, olaya karışan tüm doktorların yaptıkları tanı ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olarak gerçekleştirdiği, doktorların hastanın ölümünde kusurlarının bulunmadığı sonucuna varılmıştır."*²⁷⁵

"Tıpçıların komplikasyon konusunu zaman zaman daha farklı değerlendirdikleri görülmektedir. Buna göre, "komplikasyon, yapılan tıbbi uygulama sonunda oluşan olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde (uluslararası kitaplarda ve

²⁷⁴ Fatih Birtek, " Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon" , **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:5, 2007, ss.2002-2003.

²⁷⁵ Günday, ss.124-125.

yayınlarda) “komplikasyon” olarak nitelendiriliyorsa, bu müdahale, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, kötü sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yükletilemeyen olumsuzluklardır. Örneğin bir cerrahi girişim sonrasında yarada oluşan kan birikimi (hematom) veya ciltte oluşan duyu kaybı (parestezi) basit komplikasyonlardır, buna karşın nüks (tekrarlama), emboli (pıhtı atması), büyük damar yaralanmaları daha ciddi komplikasyonlardır. Safra kesesi ameliyatından sonra cilt altında enfeksiyon gelişmesi veya ana safra kanalına taş düşmesi kabul edilebilecek riskteki olumsuzluklarken, ana safra yolunun bağlanması, kesilmesi, karaciğerin veya civardaki büyük damarların yaralanması ciddi komplikasyonlardır. Bu sayılanların hepsi klasik tıp kitaplarında “komplikasyon” başlığı altında yer alırlar. Bu olumsuzlukların görülme sıklıkları da bu klasik bilgiler arasında yer almaktadır. Bu husus önemlidir, çünkü % 2 oranında görülebilen bir komplikasyon oluştuğu zaman, hem hekim hem de hasta için % 100 anlamını taşımaktadır. Bu nedenle genel kabul görülen oranlar çok önemlidir. Bunun tersi de geçerlidir. Örneğin bir hekimin her 10 hastasından birinde yani %10’unda komplikasyon olarak nitelendirilen olumsuzluklar görülüyorsa, bu oran kabul edilebilir risk dışındadır. Bunun adı artık komplikasyon değildir. Komplikasyon yüzdelerinin arkasına saklanılamaz”. Görüldüğü üzere, tıp mesleği mensupları tıbbi müdahale nedeniyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. (...) Yine tıp mesleği mensupları, komplikasyonun malpraktise dönüşmesine örnek olarak şu hususları göstermektedir: “Komplikasyon eğer; zamanında fark edilmez ise, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmaz ise, fark edilip önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş standart tıbbi girişim olarak değerlendirilmez ise malpraktis’ten söz edilir” . Komplikasyonlardan dolayı hekime sorumluluk yöneltilemez. Ancak komplikasyon iyi yönetilememişse, sorumluluk gündeme gelebilir. Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlara yönelik de tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler alınmış ise ve hekime bu yönden bir kusur yüklenemiyorsa, komplikasyon yönetimi de iyi yapılmıştır. Tedbirler alınmamış veya gecikilmişse, komplikasyon yönetimine özen gösterilmemiştir ve bu durumda komplikasyonun malpraktise dönüştüğünden bahsedilebilir ve hekim sorumlu tutulabilir. Dava dosyalarında “takepte yetersizlik”, “yetersiz takip” veya

“tedavide takip hatası” olarak ifade edilen durumların komplikasyon yönetiminin eksikliğine dikkat çektiği anlaşılmaktadır.”²⁷⁶

Tüberküloz tedavisinde kullanılan bir ilacın yan etkisi körlüktür. Bu hasta görme yeteneğini tedavinin ikinci haftasında kaybetmeye başladığını doktora bildiriyor. Doktor hiçbir önlem almayıp, aynı ilaçla tedaviye devam ediyor ve 20 yaşındaki hasta tedavi henüz neticelenmeden geri dönüşümsüz olarak görme yeteneğini kaybediyor. Burada başlangıçta görme yeteneğinin kaybı bir komplikasyon iken, komplikasyonun iyi yönetilememesi nedeniyle doktorun kusuru mevcuttur.²⁷⁷

Burada önemli nokta; Hukuken, *yapılan bir hareket ne kadar zorunlu ise, izin verilen risk de o kadar büyüktür*. Bir hukuki yararın tehlikeye sokulması, yararın elde edilmesi bakımından tek araç ise, kısacası başka çare yok ise, o takdirde hukuki yararın tehlikeye sokulmasına izin verilmektedir. Tıbben gerekli olan (endikasyon varlığı) bir müdahaleyi; modern tıbbın gereklerine, hekimlik mesleğinin iktiza ettiği dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yapan sağlık personelinin kusurundan söz edilemez ve müdahaleyi yapan sağlık personelinin hukuki hiçbir sorumluluğu yoluna gidilemez.²⁷⁸

Sonuç olarak, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2001/10959 E, 2002/487 K ve 21.01.2002 tarihli kararı komplikasyon konusunda bizi aydınlatmaktadır; " *Doktor, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koyup, önlemlerini eksiksiz biçimde gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği en uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, bundan dolayı doktor sorumlu tutulamaz.*"²⁷⁹

2.4.2. Malpraktis

Malpraktis, Latince “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiş olup, “kötü, hatalı uygulama” anlamındadır. Uygulamada; bir meslek mensubunun, mesleğini uyguladığı esnada ortaya çıkan hatalı, kusurlu hareketleri olarak kullanılır.²⁸⁰

²⁷⁶ Hakeri, (MALPRAKTİS), s.25.

²⁷⁷ Günday, s.121.

²⁷⁸ Birtek, s.2002.

²⁷⁹ Savaş, s.297.

²⁸⁰ Gürsel Çetin, "Tıbbi Malpraktis", İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi

Profesyonel anlamda genel malpraktis kavramı 18. yüzyılın başlarında İngiliz hukuk teorisinin içine girmiştir. 1768'de Sir William Blackstone'un, İngiliz Hukuku üzerine olan, modern anlamda kullandığımız malpraktisin kaynağı sayılan, "malapraaxis" kelimesinin de içinde geçtiği ünlü yorumunda; tıbbi uygulama hataları, "yaralanmalar...ihmal ya da beceri eksikliği içeren hekimin, cerrahın ya da eczacının yönetimi" şeklinde tanımlanmıştır.²⁸¹

Malpraktis kelimesinin sözlük anlamı; "*Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesidir.*" Malpraktis (malpractice) sözcüğü aslında her meslekteki hatalı, yanlış uygulamaları kapsamaktadır. Şöyle ki; adalet alanındaki yanlış uygulamalar için hukuki malpraktis, mimarlıktaki yanlış uygulamalar için de mimari malpraktis söz konusudur.²⁸² Tıp alanındaki malpraktis te, tıbbi malpraktis veya "tıbbi uygulama hatası" olarak adlandırılır.

Hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır. Bir başka tanım ile: " hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesi"dir. Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimin tanı ve tedavide standart ve belirlenmiş davranış biçimlerinden farklı davranması veya görev ihmali sonucu, hastada geçici sağlık bozulmasından, ölüme kadar giden bir değişkenlikte zarar neden olunması halinde ise malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Zamanında fark edilmez veya fark edilmesine karşın gerekli önlemler alınmaz ya da fark edilip önlem alınmasına karşın yerleşmiş standart tıbbi girişimde bulunulmaz ise komplikasyon malpraktise dönüşür.²⁸³

Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri'nde : "*Madde 13- Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulanması"* anlamına gelir, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında ise Tıbbi Kötü Uygulama; "*Sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış*

Etkinlikleri,Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2-3 Şubat 2006, s:31.

²⁸¹ Savaş, s.65.

²⁸² Selvi Özçetin, Murat Balaban, "**Sağlık Hukuku**",2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2015, s.31.

²⁸³ Güngör, s.130.

*veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum” olarak tanımlanmıştır.*²⁸⁴

Tıbbi malpraktisten söz edebilmek için, sağlık personelinin “kusurlu” bir hareketinin olması şarttır. Ancak bu durumda hekim veya yardımcı sağlık personelinin ceza veya tazminat hukuku açısından sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Böyle bir kusurlu hareket karşısında hastanın yazılı veya sözlü olarak vermiş olduğu onam, hiçbir zaman sağlık personelinin koruyucu bir fonksiyon taşımayacaktır. Çünkü aydınlatılmış onam, sadece yapılan kusursuz bir işlemi hukuka uygun hale getirir. Kusurlu bir işlem karşısında hastanın hukuksal haklarını ortadan kaldırmaz.²⁸⁵

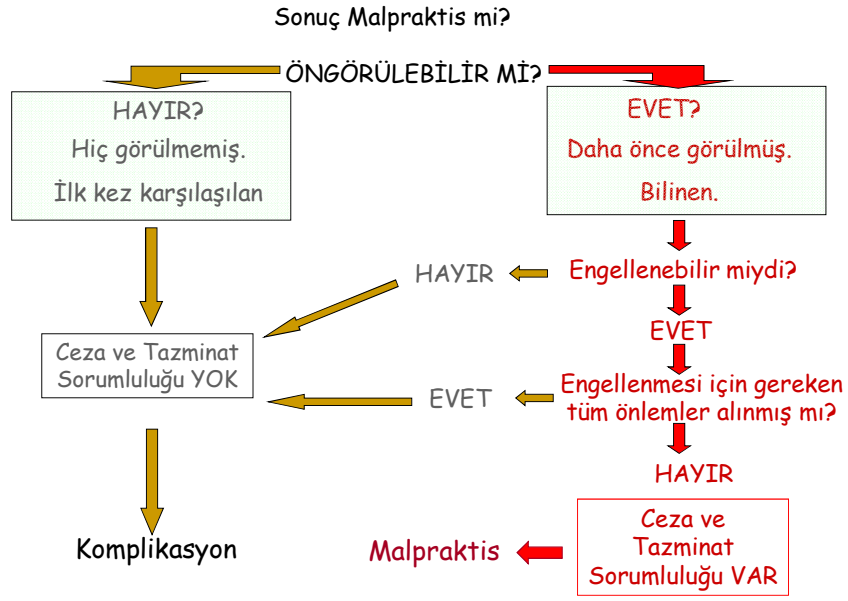
Malpraktis ve komplikasyonu birbirinden ayıran en önemli kriter kusurun varlığıdır. Kusur olgusu tespit edilirken sağlık çalışanının gerçekleştirdiği tıbbi uygulamanın standartlarda uygun olup olmadığının saptanması ilk koşuldur. Tıbbi Standart, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir. Tıbbi Standart kavramı ile anlatılmak istenen, "tıp biliminin genel olarak tanınmış kabul edilmiş kuralları" , başka bir ifadeyle denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. "Tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı ve benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir." (...) Standart Tıbbi Uygulamayı belirlerken hekimin her yeni yöntemi uygulamakla yükümlü olmadığını, hekimin yükümlülüğünün yerleşmiş kuralları uygulamak olduğunu gözönünde bulundurmak gerekmektedir.²⁸⁶ Tablo 1'de komplikasyon ve malpraktis ayrımı şematize edilmiştir.²⁸⁷

²⁸⁴ Birtek, s.2003.

²⁸⁵ Çetin, s.31.

²⁸⁶ Özçetin, s.32.

²⁸⁷ Serkan ÇINARLI, "İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu", Orion Kitabevi, Ankara, 2013, (İDARE), s.224.



Tablo 1: Komplikasyon - Malpraktis ayrımı

Hukuksal olarak beklenti, sağlık personelinin "mesleğinde en iyisi" olması değildir. Beklenti, "ortalama bir meslektaş kadar" özenli, dikkatli, bilgili ve becerili olmasıdır. Buradaki kriter, tıbbi literatüre göre aynı girişim, işlem veya eylem esnasında, genellikle aynı şartlarda, aynı zararlı sonuç ile karşılaşma sıklığı olacaktır. Ancak zararlı sonuç, bindeler, on bindeler gibi nadir rastlanılacağı ifade edilen sıklıkta ise hukuksal sorumluluk tartışma konusu olacaktır. Görece sık görülen, bilinen komplikasyonlarda ise bu istenmeyen sonucun nasıl yönetildiği, hekimin kusuru açısından yapılacak değerlendirmede ön plana çıkacaktır.²⁸⁸

"Hatalı Tıbbi Uygulama(Malpraktis), iki şekilde gelişebilir;

1.Pasif Hata: Yapılması gerekli işlemlerin yapılmaması (ihmal),

2.Aktif Hata: Gerekli işlemlerin hatalı yapılması veya gereksiz işlemlerin yapılması."²⁸⁹

"Bir hatalı tıbbi girişimin varlığından söz edebilmek için şu unsurların varlığından söz etmek gerekmektedir:

- Meslek ve sanatta acemilik,

²⁸⁸ Altun, s.8.

²⁸⁹ Çınarlı, (İDARE), s.220.

- Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek,
- Hasta- hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek,
- Yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi,
- Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek.

Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ile ilgili temel ve klasik bilgilere ve genel tıp kurallarına göre hareket etmeleri gerekir. Hekim, meslekte herkesin bildiği ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur."²⁹⁰

"Sık görülen tıbbi uygulama hataları şu alanlarda görülmektedir;

1. İletişim eksiklikleri
2. Kayıt hataları
3. Yetki sınırlarının aşılması ve konsültasyon
4. Aydınlatma ve onam
5. Tanı hataları
6. Tedavi hataları
7. Hatalı karar
8. Girişim hataları ve teknik hatalar
9. Terk etme
10. Özen eksikliği."²⁹¹

"Yargı kararlarında da tıbbi uygulama hataları önemli bir yer tutmaktadır. Yargıya yansımış bazı tıbbi hata halleri şunlardır; "*Özel hastanede sezeryanla doğum yaptırılırken, doğum sırasında diyatermik makineden kaynaklanan nedenlerle davacının iki ayağında derin yanıklar oluşmuş, bir yıl boyunca hiç bir iş yapamadan tedavi görmek zorunda bırakılmıştır*" (Yargıtay 4.HD 07.10.2003, 1529/11279), "*Göğüs ağrısı şikayeti ile acil servise getirilen işçiyi uzman doktorun muayene etmeyip dispansere göndermesi sonucu, hasta işçi yolda araç içinde ölmüştür*" (Yargıtay 4. HD, 23.10.2003, 7161/12474), "*Giriş yeri belirli fakat çıkış yeri olmayan kurşun yarası cerrah tarafından temizlendikten sonra, vücutta kalmış kurşun röntgen yardımıyla araştırılmayıp yara sarılıp hasta gönderilir. Hastanın gece kötüleşmesi cerraha haber verilir. Ertesi gün hastayı gören cerrah ameliyata karar verir ve hasta ameliyat esnasında kaybedilir*" (Yargıtay 4.HD, 02.03.1965, 14065/1160), "*Devlet hastanesinde muayene edilip hayati tehlike yok denilerek evine*

²⁹⁰ Güngör, s.130.

²⁹¹ Polat, s.120.

gönderilen hastanın bir gün sonra iç kanamadan ölmesinde hekimin sorumluluğu vardır" (Yargıtay 10.HD, 11.02.1983, 1106/2483), "Ameliyatta uygulanan anestezinin; hasta çocuğun yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları dikkate alınmaksızın, ameliyatın 40. dakikasında beyni yumuşatma amacıyla verilen pentothal adlı ilacın, serebral hipoksemiye neden olduğu ve nörolojik hasarın tedaviye rağmen giderilemediği; ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermediklerinden, davalı (özel) hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü gerekir" (Yargıtay 13.HD, 15.12.2005, 11677/18599; 09.06.2006, 6683/9443).²⁹²

Amerikan Tıp Enstitüsü tarafından 2000 yılında yayınlanan raporda, Amerika'da her yıl yaklaşık 100.000 kişinin tıbbi hatalardan öldüğünden bahsedilmektedir (www.iom.edu). Üstelik buna her yıl hastane enfeksiyonlarından ölen 100.000 kişi dahil değildir (www.ahrq.gov). Healthgrades tarafından 2004 yılında yapılan çalışma, tıbbi hata sonucu yıllık ölüm sayısının 100.000 değil 195.000 olduğunu ortaya koymuştur (healthgrades.com). (...) Yukarıdaki çalışmalar, ortalama olarak hastaneye başvuran her 100 hastanın 3-6'sının istenmeyen bir hataya maruz kaldığı, bu hataların ortalama olarak % 10'unun ise ölüme sonuçlandığını ortaya koymaktadır. (...) Bu çalışmalarla bir orantı kurulduğunda Türkiye'de yaklaşık 35.000 kişinin tıbbi hatalar sebebiyle hayatını kaybettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.²⁹³

Ülkemizde de dünyanın bir çok ülkesinde olduğu gibi malpraktis davasına en çok konu olan branşlar cerrahi branşlardır. Cerrahi branşlar arasında da en sık Kadın Hastalıkları ve Doğum ve Genel Cerrahi branşlarında bu davalar görülmektedir. Bir çalışmada ülkemizde Tıbbi Müdahale Hatalarından kaynaklanan davaların % 26,7 sinin Kadın Hastalıkları ve Doğum, % 9,8 inin ise Genel Cerrahi dallarında olduğunu göstermiştir. Dahili bilimlerde ise Anestezi branşı % 7.1 ile birinci sırada görünmektedir.²⁹⁴ Ancak bu dallarda kayıtlı hekim sayısının diğer dallara göre fazla olması yanıltıcı olabilmektedir. Odaya kayıtlı hekim sayıları dikkate alınarak hesaplanan oransal değerler yönünden bakıldığında, tıbbi hata iddiası bulunan

²⁹² Deryal, ss.122-125.

²⁹³ Özçetin, s.34.

²⁹⁴ Savaş, s.86.

uzmanlık dalları sıralamasında, Cerrahi tıp bilimlerinde; 1. sırada Beyin ve Sinir Cerrahisi, 2.sırada Ortopedi ve Travmatoloji, 3. sırada Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi, Dahili Tıp Bilimlerinde ise; 1. sırada Nöroloji, 2. sırada Kardiyoloji, 3. sırada ise Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları uzmanlık dallarının bulunduğu belirlenmiştir.²⁹⁵

Malpraktis sonucu uygulanan cezalar konusunda Avrupa Birliği ülkelerinde genel kabul gören ortak bir sistem yoktur. Değişik ülkeler değişik cezalandırma sistemleri uygulanmaktadır. En dikkat çekici sistem ise Finlandiya'da uygulanmaktadır. Bu ülkede malpraktis iddialarından ve konuyla ilgili soruşturmalardan Sağlık Bakanlığı'na bağlı Hasta Mağduriyet Kurulu tarafından denetlenen Finlandiya Hasta Sigorta Merkezi sorumludur. (...) Her malpraktis vakası kendine özgü olmakla birlikte, herhangi bir vaka meydana geldiğinde olaya müdahil olan sağlık personelinin hatasını farketmesi durumunda personel hakkında herhangi bir suçlama yapılmamakta ve bu personele karşı dava açılmamaktadır. Personelin hatasını fark etmesi sonucu oluşan bu "suçlu olmama sistemi (no-guilt system)" Finlandiya'da oldukça iyi işlemektedir.²⁹⁶ Bu uygulamanın aynı zamanda hekimlerin defansif tıba yönelmelerini ve bu nedenle ülkelerin büyük maddi kayıplara uğramalarını da önlemesi mümkündür.

"Tıbbi hatalar ve hasta güvenliği sağlık hizmetlerinde kalite programlarının önemli konularından birisidir. Tıbbi hataların önlenmesinin, hasta güvenliği çalışmalarının artırılması ve hasta güvenliği kültürünün oluşturulması ile mümkün olabileceği belirtilmektedir. Hasta güvenliği kurumsal kültürünü sağlayabilmek için sağlık kuruluşları, yüksek riskli aktiviteleri belirlemeli; tıbbi hataların korkusuzca, çekinmeden bildirilebildiği ve cezalandırılmadığı bir ortam yaratmalı; hasta güvenliği için yeterli kaynak ayırmalıdır. (...) Özellikle ABD'de uygulanan malpraktis sisteminin ise hasta güvenliğine zarar verdiği, hekimlerin aksaklıkları dava edilecekleri kaygısıyla bildirmekten çekindikleri veya hastaya müdahale etmediklerinin gözlemlendiği, dolayısıyla aksaklıklar zamanında saptanamadığından, gerekli önlemlerin alınmadığı bildirilmektedir. Sivil havacılıkta yaşanan durum buna bir örnektir. 1975 lerde sivil havacılıkta pilotlar, kontrolörler ve diğer görevlilerin yaşanan olumsuzlukları ve hataları bildirme oranları çok düşük iken,

²⁹⁵ Savaş, s.87.

²⁹⁶ Özçetin, s.37.

geliştirilen Hava Güvenlik Raporlama Sistemine göre "eğer pilotlar, kontrolörler ve diğerleri; (hava çarpışma tehlikesi gibi) tehlikeli bir durumu hemen bildirirlerse cezalandırılmayacaklardır " kuralı getirilmiş ve bu sistem raporlamayı belirgin şekilde artırmış, hava güvenliği çok daha fazla artmıştır."²⁹⁷

Tıbbi malpraktise karşı cezalandırıcı yaklaşım uzun vadede toplum sağlığını daha büyük bir tehlike ile karşı karşıya bırakma potansiyeli taşımaktadır. Bu tehlike ise "defansif tıp" olarak adlandırılmaktadır. Defansif tıp, oluşabilecek her olumsuz durumda şikayet, tazminat ve ceza davaları ile karşılaşma riski altında olan sağlık çalışanının, hastanın sağlığından önce kendi hukuki güvenliğini düşünmek zorunda kalması sebebiyle, mesleği gereği alması gereken riskleri almaktan kaçınması durumudur. Amerika'da yıllık 2 trilyon dolar civarında sağlık harcaması yapılmakta olup, bunun yaklaşık üçte biri olan 650 milyar dolarlık harcamanın defansif tıp nedeniyle olabileceği düşünülmektedir. Gallup tarafından yapılan bir çalışmada; doktorlar, tanı testlerinin %35'i, laboratuvar testlerinin % 29'u , hastane yatışlarının % 19'u, reçetelerin % 14'ü, ve ameliyatların % 8'inin hukuki olarak kendilerini korumak için yaptıkları ifade edilmektedir.²⁹⁸ Ülkemizdeki bu durum, Yargı erkinin en üst düzeylerince de bilinmektedir. Nitekim önceki Yargıtay Başkanı bir konuşmasında; " *Doktorların sorumlu olduğu durumlarda hükmedilen tazminat miktarlarının onların ekonomik durumuna neden olduğunu da bilmekteyiz. Yüksek tazminatlar nedeniyle riskli hastaların tedavisinde doktorların çekingen davranmaya başladığını biz de bilincindeyiz. Bu tespite katılıyorum. O halde yasa koyucunun ve uygulayıcı olan bizlerin bu konu üzerinde bir değerlendirme yapma zamanı gelmiştir. Bu gibi durumlarda doktorları da koruyan düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıktır.*" şeklinde görüşlerini ifade etmiştir.²⁹⁹

Defansif tıbbi uygulamaları konu alan çalışmalar, 1970'li yıllardan itibaren yapılmaya başlamış ve genel itibariyle malpraktis davalarının hekimler üzerindeki davranışsal etkilerinin araştırılması, çalışmaların çıkış noktası olmuştur. Hasta ile bire bir diyalog içinde bulunan klinisyen hekimler arasında yapılan çalışmalarda ortaya çıkan sonuçlar çerçevesinde, defansif tıbbi uygulamalara yoğun bir şekilde rağbet edildiği anlaşılmaktadır. A.B.D.'de gerçekleştirilen çalışmada, katılımcı

²⁹⁷ Savaş, ss.75-77.

²⁹⁸ Özçetin, s.36.

²⁹⁹ <http://www.gazeteyuzay.com/PrintNews.aspx?id=1923>, (28.02.2015).

hekimlerin %93'ünün defansif tıbbi uygulamalara yöneldiği tespit edilirken, İngiltere'de bu oran %98,31 , İtalya'da %77,932, Japonya'da %98,33 ve İran'da %99,34 olarak tespit edilmiştir. Ülkemizde ise 2008'de yapılan bir araştırmada oran %78.38 iken, 2011 yılında yapılan bir araştırmada bu oran %83.30 bulunmuştur.³⁰⁰ 2013 yılında anestezi uzmanları ile yapılan bir araştırmada özellikle genç hekimlerde defansif tıp eğiliminin (fazladan tetkik isteme, gereksiz konsültasyon isteme gibi) daha fazla olduğu saptanmıştır.³⁰¹

Ülkemizde bu konuda geniş kapsamlı bir inceleme olmamakla beraber, özellikle son 10 yılda defansif tıp yaklaşımının çok ileri boyutlara geldiğine bir hekim olarak tanık oluyordum. Çok başarılı kanser ameliyatları yapan cerrah arkadaşlarımın "*artık ameliyat yapmıyorum, günlük poliklinik işleri ile idare ediyorum, kendi yakınlarım ve meslektaşlarımın hastalıkları dışında ameliyatları bıraktım*" dediğine, ya da yapabilecekleri ameliyatları yapmaktan kaçınıp hastaları ileri merkezlere gönderen meslektaşlarıma hemen hergün tanık oluyordum. Riskli operasyonları yapan cerrah sayısı hızla düşerken, bu operasyonları yapan az sayıda cerrah belli merkezlerde toplanmakta ve operasyonlar için hastalar tarafından çok yüksek ek ücretler ödenmektedir. Bugün bir kanser operasyonu için devletin hastanelerinde aylarca sıra beklemek ya da özel merkezlerde en az 10-15 bin liradan başlayan ek ücretleri göze almak gerekmektedir. Bu durum ödeme gücü olmayan hastaların sağlıklarını de tehdit etmektedir. Bu hastalar ya tıbbi işlemlerini daha az deneyimli hekimlere yaptırmak zorunda kalmakta, ya da herşeylerini satarak bu ücretleri ödemek durumunda kalmaktadır. Bu durumun sağlık hakkının ihlali olduğu çok açıktır. Daha uç örnekler olarak önemli sayıda hekimin, idari ve hukuki uygulamalar nedeniyle, henüz daha emeklilik dönemleri gelmeden ve mesleklerinin en verimli döneminde mesleği bıraktıklarına, ticaret, hayvancılık ve benzeri işlere yöneldiklerini de görmekteyiz.

Yargı kararları ve hekimlerin ağır tazminatlara mahkum olması, şikayetlerin büyük bir hızla artması önemli bir sorun daha yaratmaktadır. Bu da, hekimin görevi dışında tesadüfen karşılaştığı acil durumlarda müdahalede bulunması sorunudur. Son

³⁰⁰ Kerem Yılmaz, Oğuz Polat, Begüm Kocamaz, "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açısından İncelenmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 16 , 2014, s.30.

³⁰¹ Seda B Akıncı, Fatma Sarıcaoğlu, Aydın Erden, Ayhan Köseoğlu, Ülkü Aypar, "Anestezyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması", **Anestezi Dergisi**, Cilt:21, Sayı:1, 2013, s. 151 - 156.

10 yılda verilen yargı kararlarının etkisiyle hekimlerin acil durumlara yaklaşımlarında önemli değişiklikleri bu camianın içinden biri olarak gözlemliyorum. 10 yıl öncesinin tam tersine hekimler, uçakta, trafik kazalarında, değişik nedenlerle olan yaralanmalarda olabildiğince pasif kalmaya veya görmezden gelmeye giderek artan oranda yönelmektedirler. Bunun altında yatan temel korku, "ceza alırım veya tazminat öderim" korkusudur. Defansif tıp uygulamalarının bir çeşidi olan bu durum tüm toplumu tehdit etmektedir. Elimizde somut veriler olmamakla beraber, açıktan söylenmeyen, ancak hekim ortamlarında dile getirilen bu durumun yaşam ve sağlık haklarının ne kadar tehdit altında olduğunu düşündürmektedir. Bu durumu ileride "vekaletsiz iş görme" bölümünde tekrar inceleyeceğiz.

Bu gün, defansif tıbbın ötesinde ülkemizi uzun vadede çok ciddi tehdit eden başka bir sorunumuz daha bulunmaktadır. Son yıllarda yazılı ve görsel medyada giderek daha fazla ve sansasyonel olarak yer bulan malpraktis iddialarının olması, üniversiteye hazırlanan genç ve zeki kuşakları Tıp Fakültelerinden uzaklaştırmaktadır. Bunun sonucu Tıp Fakültelerinin puanları düşmekte, daha düşük yüzdelik dilimlerden öğrenci alınmaktadır. Bu duruma bir de ölçsüz artırılan kontenjanlar, yetersiz alt yapı ile açılan tıp fakülteleri nedeniyle tıp eğitimindeki kalitenin düşmesi eklendiğinde, gelecek açısından çok ciddi bir sağlık sorununun temelleri atılmaktadır. Daha düşük puanla Tıp fakültesine giren, daha kalabalık sınıflarda eğitim gören, öğretim üyesi ile bire bir çalışma olanağı olmayan bu öğrenciler mezun olmaktadır. Mezun olan bu öğrencilerin de en iyi olanları, malpraktis, tazminat ve ceza riski daha düşük olan dermatoloji, fizik tedavi gibi dalları seçmekte, daha başarısız olanlar ise, Tıpta Uzmanlık Sınavında daha düşük puanlı olan Genel Cerrahi, Beyin Cerrahi gibi hayati önemi olan dalları seçmektedirler. Görüldüğü gibi, malpraktis olaylarında özellikle son 10 yılda uygulanan cezalandırıcı yaklaşım kısa vadede defansif tıp uygulamalarına yol açarken, uzun vadede ise ülkemizde yaşayan her bireyi etkileyebilecek çok ciddi bir sağlık sorununa doğru yol almaktadır. Bu durum ülkemizin ve insanlarımızın ve bizlerin sağlığını tehdit edecektir. Bu nedenle, ülkemizde uygulanan cezalandırıcı sistemin gözden geçirilmesi ve yukarıda bahsettiğimiz Finlandiya sisteminin

ülkemiz koşullarına uyarlanması için yapılacak çalışmaların yararlı olacağı inancındayım.

2.5. HASTA VE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sağlık çalışanı, diğer mesleklerden farklı olarak canlı, bilinçli ve duygusal yapısı olan insan ile uğraşan ve insanın sağlığı ve yaşamını yeterli ölçüde çaba göstererek devam ettirmeye çalışan bir meslek grubudur. Sağlık hakkı ise en temel insan haklarından. Sağlık hizmeti verilirken meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan hastanın korunması, olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise zararın en aza indirgenmesi ve aynı zamanda sağlık çalışmasının hukuki güvenliğinin sağlanması açısından hukuki ve cezai sorumluluk kapsam ve koşullarının incelenmesi gerekmektedir.³⁰²

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin, sözleşme niteliği taşıdığı genellikle kabul edilmektedir. Hekim ile hasta arasındaki bu ilişki yani hekimlik sözleşmesi işareti olarak, hekimin başladığı tedaviyi meşru sebep olmaksızın bırakmaması, yarıda kesmemesi, tedavi sonucunda ücrete hak kazanması, sözleşmenin var olduğunun kesin delilleri olarak gösterilir. Hekim, mesleğini icra ederken genellikle hasta ile anlaşarak onu tedavi eder; bu da aralarındaki ilişkinin bir akdi ilişki olduğunu gösterir. Ancak bazı acil durumlarda akdi ilişki olmazsa dahi, hekim hastaya tedavi amaçlı müdahalede bulunabilir. Örneğin, iş yerinde çıkan yangında şuurunu kaybeden yaralıya yoldan geçmekte olan hekim ilk müdahaleyi yaptığı zaman, aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı kabul edilir. Aynı şekilde kalp krizi geçiren yolcuya aynı otobüste bulunan hekimin müdahalesinde de benzer durum söz konusu olur, ki bu durumlarda hekimin hastaya verdiği zararın hukuki temelini haksız fiil teşkil eder, zira bir sözleşme ilişkisi kurulmamıştır. Hekimlik sözleşmesinin konusunu, hekimin hastaya bakması, tedavi etmesi oluşturur. Bununla hekim, hastasını tedavi etme, özen gösterme, aydınlatma gibi borçlar altına girer. Hekimin sözleşmeye aykırı hareket etmesinde haksız fiil sorumluluğu değil, sözleşme sorumluluğu doğar.³⁰³

Bir görüşe göre hekimlik sözleşmesi "*hizmet sözleşmesi*" hükümlerine tabi tutulmalıdır. Alman hukukunda bu görüş geçerlidir. Hizmet sözleşmesinde iş

³⁰² Özçetin, s.50.

³⁰³ İpekyüz, ss.15-16.

sahibinin ödeyeceği bedel karşılığında iş gören belirli bir işi yerine getirmekle yükümlüdür. İşin tamamlanacağı süre boyunca iş gücü işverenin emrine tahsis edilmektedir. Buna karşılık hekimlik sözleşmesinde hekim ve hasta yalnızca hastalığın tedavisi süresince hukuki ilişki içerisindedirler. Bu nedenle hizmet sözleşmesinin unsurlarıyla hekimlik sözleşmesini bağdaştırmakta güçlük çekilmektedir. (...) Bir kısım yazarlara göre hekimlik sözleşmesi kendine özgü "sui generis" bir sözleşmedir. Kendine özgü yapısı olan akitler, unsurları kanunda belirlenmiş olan akit tiplerinden hiçbirine tam olarak uymayan akitlerdir. Bu tür akitlere borçlar hukukunun genel hükümleriyle, işin vasfına uygun düşen diğer akit tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Hekimlik sözleşmesi de kanundaki diğer akit tiplerine tam olarak uymadığından, kendine özgü akit niteliğinde kabul edilmelidir.³⁰⁴

Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişki özel hukuk temellerine dayanabileceği gibi kamu hukuku temellerine de dayanabilir. Devlet ve üniversite hastanelerinde verilen tedavi hizmetleri daha ziyade kamu hukuku kurallarına, özel hastane, klinik, poliklinik, muayenehane vb. yerlerde verilen tedavi hizmetleri ise özel hukuk kurallarına tabidir.³⁰⁵

2.5.1. Özel sektörde çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları

Özel sektörde veya serbest çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Hekimlik uygulamalarının özelliği nedeniyle bu ilişki bazen haksız fiil, bazen vekalet sözleşmesi, bazen eser sözleşmesi, bazen de vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilecektir.

Tıbbi yönden hukuki sorumluluk hekim ile hasta arasında kurulan bir sözleşmeye, hekimin ve diğer sağlık çalışanının bir kurum adına hareket ettiği hallerde hizmet ilişkisine ya da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanmaktadır. Bir hasta ile hekim arasında teşhis ve tedaviye yönelik sözleşme ilişkisi ya bağımsız çalışan hekimle yapılan sözleşmeyle veya hasta ile hastane arasında kurulan sözleşme gereği hastane adına ve hesabına çalışan hekimin teşhis ve tedavi

³⁰⁴ Gökcan, ss.914-915.

³⁰⁵ Halil Akkanat, "Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli", **İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78**, 6 Ekim 2012, s.64.

faaliyetinde bulunmasıyla kurulur. Birincisinde, hasta ve hekim arasında vekalet ilişkisi bulunurken, ikincisinde hasta ile hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi bulunur, hekim ise hastane adına ve hesabına hareket eden yardımcı kişi durumundadır. Birinci durumda hekim sözleşme gereği, ikinci durumda ise hizmet sözleşmesi gereği sorumlu olur.³⁰⁶

"Hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi, ilişkinin biçimine göre açıklamak gerekmektedir. Şöyle ki;

1. Hasta, doğrudan doğruya sağlık hizmeti için hekime başvurmuş olursa, aralarındaki ilişki "**vekalet sözleşmesi**"ne dayanmaktadır. Öğretide ve yargı kararlarında bu görüş benimsenmektedir.

2. Hasta olağanüstü hallerde istemi dışında hekim tarafından tıbbi müdahaleye bağlı tutulursa, bu takdirde hasta ile hekim arasındaki ilişkiye Borçlar Yasası'nın 410 ve devamı maddelerinde öngörülen **vekaletsiz iş görme** yani vekaleti olmadan başkası hesabına tasarrufta bulunma kuralları uygulanmaktadır.

3. Hasta hekim tarafından yasalara, tıbbi etik kurallara aykırı biçimde deneye bağlı tutulmuş, bu nedenle de vücut bütünlüğü bozulmuş ya da değişmişse, bu takdirde hasta ile hekim arasındaki ilişki **haksız eylem** kurallarına bağlı tutulmaktadır. Ve Borçlar yasası'nın 41. maddesi kuralları uygulanmaktadır.

4. Hasta, sağlık hizmeti veren bir kurum ya da kuruluşa sağlık hizmeti almak için başvurmuş, bu sağlık hizmeti veren kurum ya da kuruluş da hastaya bir hekim görevlendirmiş ise, burada hekimin durumu yardımcı kişi niteliği arz etmektedir. Burada hukuki sorumluluk sağlık hizmeti veren kurum ya da kuruluş ile yardımcı kişi olan hekime ait bulunmaktadır. Yani hastaya karşı hem sağlık hizmeti veren kurum hem de hekim sorumlu olmaktadır. Bu tür ilişkide sorumluluğun türüne göre Borçlar Yasası'nın 55. maddesinde öngörülen istihdam edenlerin mesuliyeti ile 100. maddesinde öngörülen başkasının fiilini taahhüt (muavin şahısların mesuliyeti) kuralları uygulanmakta ve hasta kabul sözleşmesi ilişkisi oluşmaktadır.

5. Hasta, kamu kurum ve kuruluşuna (devlet hastanesine) sağlık hizmeti almak için başvurmuşsa bu takdirde; hasta ile hekim arasında ve bu kurum ya da kuruluş arasında bir sözleşme ilişkisi doğmamaktadır. Kamu kurum ya da kuruluşunda çalışan hekim ve sağlık personeli kamu görevlisi (Devlet memuru)

³⁰⁶ Özçetin, s.51.

bulduğundan, hastanın zarara uğraması halinde **hizmet kusuru** kuralları uygulanacaktır.

6. Hasta, hekime ya da sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşa estetik yönden sağlık hizmeti almak için başvurmuşsa, bu takdirde hasta ile hekim arasındaki ilişki Borçlar Yasası'nda 355. madde ve devamında öngörülen **eser (istisna) sözleşmesi** kurallarına bağlı olacaktır."³⁰⁷

Aşağıda değineceğimiz gibi bu hukuki durumların her birinde süreç ve uygulanacak yasa maddelerinde değişiklikler olabilecektir.

2.5.1.1 Haksız Fiil

Haksız fiil, bir kişinin hukuka aykırı ve kusurlu davranışıyla diğer bir kişinin zarara uğratılmasına yol açmasıdır. Bunun sonucu olarak zarar verenin zararı tazminle yükümlü tutulmasına ise, hukuki sorumluluk denilmektedir. Kavramın tanımında beş öge yer almaktadır; davranış, hukuka aykırılık, zarar, davranışla zarar arasında nedensellik bağı ve kusur.³⁰⁸

Haksız bir davranışla başkasına verilen zarardan dolayı sorumluluk, genel sorumluluk nedenidir. Ancak kimi durumlarda sözleşme ilişkisi ile haksız fiil ilişkisi birlikte bulunabilir. Bu anlamda, tedavi sözleşmesi gereği hastaya müdahalede bulunan doktorun özen borcunu yerine getirmeyerek kusurlu bir davranışla hastaya zarar vermesi halinde hem akde aykırılık, hem de haksız fiil söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu tür durumlarda doktorun sorumluluğu hem akdi sorumluluğa, hem de haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Hasta bu nedenlerden birisine dayanarak tazminat davası açabilir. Bu halde hakların yarışmasından söz edilir.³⁰⁹

Hukukumuzda haksız fiil ve buna dair hükümler Borçlar Kanunu'nun 49-76. maddelerinde gösterilmektedir. Buna göre;

"A. Sorumluluk

I. Genel olarak

³⁰⁷ Hasan Özkan, Sunay (Öner) Akyıldız, **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2008, ss.198-199.

³⁰⁸ Nuri Erişkin, "Borcun Kaynakları: Sözleşmeden Doğan Borçlar- Haksız Fiil", **Medeni Hukuk-II**, (Ed. Hayriye Şen Doğramacı), T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No:2829, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1787, Saray Matbaacılık, Ankara, 2013, (HAKSIZ FİİL), s.93.

³⁰⁹ Gökcan, (TIBBİ), s.947.

MADDE 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

2. İndirilmesi

MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

b. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

c. Belirlenmesi

MADDE 55- Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

d. Manevi tazminat

MADDE 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

2. Haksız rekabet

MADDE 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

3. Kişilik hakkının zedelenmesi

MADDE 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı

MADDE 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu

1. Sebeplerin yarışması

MADDE 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir. Hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

MADDE 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

b. İç ilişkide

MADDE 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

VI. Hukuka aykırılığı kaldıran hâller

1. Genel olarak

MADDE 63- Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının

müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

2. Sorumluluk

MADDE 64- Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

B. Kusursuz sorumluluk

I. Hakkaniyet sorumluluğu

MADDE 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

II. Özen sorumluluğu

1. Adam çalıştıranın sorumluluğu

MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 67- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

b. Alıkoyma hakkı

MADDE 68- Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.

3. Yapı malikinin sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

b. Zarar tehlikesini önleme

MADDE 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin

gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

C. Zamanaşımı

I. Kural

MADDE 72- Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

II. Rücu isteminde

MADDE 73- Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

D. Yargılama

I. Ceza hukuku ile ilişkisinde

MADDE 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi

MADDE 75- Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

III. Geçici ödemeler

MADDE 76- Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir".³¹⁰

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi veya vekaletsiz iş görme koşullarının bulunmadığı durumlarda "haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk" ortaya çıkar. Haksız fiilden doğan hukuki sorumluluk konusu, Borçlar Kanunundaki haksız fiillere ilişkin (BK, m.41, yeni BK. m.49) göre çözümlenir.³¹¹

"Haksız bir fiilden dolayı zarara uğradığımı iddia eden bir kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. BK 41. maddesi hükmüne göre, haksız fiilin kurucu unsurlarından olan zarar-illiyet bağı ve kusurun kanıtlanması yükü zarar görene aittir.

Hekimin müdahalesi sonucu hastanın zarar görmesi durumunda, hekimin fiili, hukukî niteliği itibariyle haksız fiil olarak kabul edilecek olursa, gerek zarar ve illiyet bağı gerekse kusurun kanıtlanması hastaya ait olacaktır.

Akdî sorumluluk, kusurun ispatı bakımından haksız fiilden ayrılmaktadır. Haksız fiilde alacaklı olduğunu iddia eden kişi borçlunun kusurunu ispat etmek durumundadır. Oysa akdî sorumlulukta bu yükümlülük borçluya aittir."³¹²

"Hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun doğduğundan bahsedebilmek için;

- a) Hekimin hastaya karşı olumlu veya olumsuz bir davranışının olması gerekmektedir.

³¹⁰ **Borçlar Kanunu**, http://www.tim.org.tr/files/downloads/mevzuat/borclar_kanunu.pdf
(13.12.2014)

³¹¹ Er, s.332.

³¹² Ersoy, s.183.

- b) Hekimin davranışında hukuka aykırılık unsuru bulunmalıdır.
- c) Hastanın maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekmektedir.
- d) Hekimin kusurlu davranmış olması gerekmektedir.
- e) Hastanın uğradığı zarar ile hekimin kusurlu davranışı arasında uygun illiyet bağı olmalıdır."³¹³

2.5.1.1.1. Fiil (Davranış, Hareket, Eylem)

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun ilk şartı bir fiilin varlığıdır. Bir kimsenin haksız fiil nedeni ile doğan zararı giderme borcu yapmış olduğu bir fiile dayanmalıdır. Kişinin fiilinin olmaması sorumluluğunun da olmaması anlamına gelmektedir. Fiil, insanın bir şey yapma veya yapmama şeklindeki iradi bir davranış tarzıdır. Fiil bir harekette bulunma (yapma hareketi) tarzında olabileceği gibi, yapılması gerekli bir harekette bulunmama (yapmama hareketi) tarzında da olabilir. Yapmak, harekette bulunmak şeklindeki icrai nitelikli fiiller “olumlu (müspet) fiiller”; yapmamak, harekette bulunmamak şeklindeki ihmali fiiller ise “olumsuz (menfi) fiiller” olarak isimlendirilmektedir. Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran sebep, çoğunlukla olumlu davranışlardır. Olumlu davranış, dış dünya da fark edilen bir eylem olup, vücut hareketli ve aktiftir. Olumsuz davranışta ise olumlu davranışın tam aksine vücut hareketsiz ve pasiftir. Failin bir davranışta bulunması gerekli iken hareketsiz kalmış olması gerekmektedir.³¹⁴

2.5.1.1.2. Hukuka Aykırılık

Haksız fiilden söz edebilmek için davranışın hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeniyle çelişmeyi belirlemeye ve kınamaya yönelik bir değer yargısıdır. Bu anlamda, hukukun bütün alanları için geçerli, değişmez bir kavramdır. Zarar verici olay, ihlal edilen değeri korumayı amaçlayan yazılı veya yazılı olmayan hukuksal bir emir veya yasağa aykırı olduğu takdirde hukuka aykırıdır. Bu anlamda, kanunen verilmiş bir yetkiye dayanmayan ya da kanuna

³¹³ Nuriye Savaş, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri", İstanbul, 10-17 Eylül 2011, s.158.

³¹⁴ Osman Fuat Turan, " Roma,İsviçre,Türk ve İngiliz-Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", <http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf>, (14/12/2014).

uygun olarak verilmiş bir yetkinin sınırlarını aşan her davranış hukuka aykırıdır. Hukuk düzeni, sadece hukuka aykırı davranışları değil, ahlaka aykırı davranışları da yasaklamıştır. Salt başkasına zarar verme kastı ile davranan kimse, bu davranış -hukuka uygun olsa da- ahlaka aykırı ise, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.³¹⁵

2.5.1.1.3. Zarar

Zarar, bir kişinin malvarlığı veya kişilik haklarında, kendi iradesi dışında, başka bir kişinin davranışı nedeniyle ortaya çıkan azalmadır. Diğer bir deyişle zarar, hukuken korunan maddi ve manevi değerlerin, bir müdahaleye uğramadan önceki ve sonraki değerleri arasındaki azalmadır. Sözleşme ihlaline veya haksız fiile rağmen bir zarar meydana gelmemişse, artık hekimin sorumluluğuna da gidilemez. Zarar maddi veya manevi zarar şeklinde gerçekleşebilir.³¹⁶

Hastalık nedeniyle tanı, teşhis ve tedavi giderleri, ölüm meydana gelmişse cenaze masrafları, eşin sağlığının bozulması veya ölmesi nedeniyle destekten yoksun kalma, kişilerin mal varlıklarında eksilmeye neden olur. Bu eksilmeye maddi zarar denir. (...) Kişisel değerlerin zarar görmesine hukukta manevi zarar denir. Manevi zarar sadece kişinin sağlık ve yaşamı ile ilgili değildir. Bunlara ek olarak kişinin onuruna, sır ve saygınlık gibi manevi değerlerine aykırı eylemlerle de manevi zarar oluşabilir. Hastanın sağlık durumu ile ilgili bilgi ve sırların açıklanması, cesetten izinsiz organ ve doku alınması, aydınlatılmış onayı olmaksızın deneye tabi tutulması gibi eylemler, hukukta, kişinin ruhsal bütünlüğüne ve kişilik haklarına saldırı olarak nitelenir. Manevi tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun ağır olmasına gerek yoktur; hafif kusur da tazminat sorumluluğu için yeterlidir.³¹⁷

2.5.1.1.4. Nedensellik (İllyet) Bağı

Haksız fiilden dolayı sorumluluktan söz edebilmek için failin fiili ile zarar arasında illiyet (sebep-sonuç) bağı adı verilen nedensellik ilişkisi bulunmalıdır. (...) Uygun illiyet bağı kuramına göre, sebebi oluşturan davranışın, genel yaşam deneyimlerine ve olayların olağan akışına göre gerçekleşen türden bir zararı

³¹⁵ Erişkin, (HAKSIZ FİİL), s.93.

³¹⁶ Erişkin, (HAKSIZ FİİL), s.93.

³¹⁷ Er, ss.322-323.

doğurmaya ya da doğması olasılığını artırmaya elverişli olması halinde sebeple sonuç arasında illiyet bağı var demektir. İlliyet bağını kesen sebeplerden biri bulunmadıkça, fail davranışından zarar gören kişinin uğradığı zararları tazminle yükümlüdür.³¹⁸

Bu anlamda, hekimin sadece özen yükümlülüğünü ihlal etmesi sorumlu tutulması için yeterli değildir. Bu yükümlülük ihlalinin hastanın yaralanmasına veya ölümüne yol açması gerekir. Başka anlatımla, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı icrai veya ihmali hareketi ile meydana gelen netice arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır (...) Yargıtay'ın da yerleşik içtihadı, "*bir olay, hayattaki genel davranışlara ve olayların tabii akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunuyorsa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır*" şeklindedir.³¹⁹

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 09.11.1999 tarihli bir kararında "*Tazmin sorumluluğu için davranış ile zararlı sonuç arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi gereklidir. Maddi ve hukuksal gerekçeler ışığında, uygun nedensellik bağını ortaya koyacak uzman bilirkişilerden oluşturulacak kuruldan alınacak raporlar ve yargıcın objektif yargısıyla, hekimin eyleminin zararlı sonucu doğurup doğurmadığı yönünden yapılacak bir değerlendirmeye sonuca varılmalıdır.*" görüşünü vurgulamıştır.³²⁰

2.5.1.1.5. Kusur

Kusur, bir davranışın hukuk düzenince kınanabilirliğine denilmektedir. O, esasında iradedeki eksiklik, iradenin kınanabilir bir özelliğidir. Bu anlamda kusur, iradi olarak dışa vurulmuş bir davranış dolayısıyla iradeye yöneltile kınamadır.³²¹

Fail; hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu biliyor (veya bilmesi gerekiyor) ve hukuka aykırı sonucu istiyorsa ya da hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde böyle hareket etmemişse kusurlu kabul edilmelidir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gereken özeni göstermeyen borçlu ilke olarak kusurludur. (...) İsviçre ve

³¹⁸ Erişkin, (HAKSIZ FİİL), s.93.

³¹⁹ Hakeri, (TIP), ss.599-600.

³²⁰ Deryal, s.93.

³²¹ Erişkin, (HAKSIZ FİİL), s.93.

Türk doktrinde verilen tarifleri göz önünde tutarak kusur şöyle tarif edilebilir: "Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal)". Doktrinde bazı görüşler kusur kavramını objektifleştirerek "objektif kusur teorisi" ile tanımlamaktadır. Objektif kusur teorisinde özetle; değerlendirme yapılırken ortalama davranış biçimi esas alınmakta ve zarara sebep olan olaydaki failin kişisel durumu psikolojik ve fikri şartları, eğitim düzeyi, yetenek ve olaya etki eden hususlar dikkate alınmamaktadır. Gerek doktrinde gerekse yerleşik kararlar uyarınca doktorun kusurunun saptanmasında da objektif ölçü esas alınır. Diğer ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır. Ancak tıp hukuk açısından sorumluluk tespit edilirken tamamen objektif kusur teorisine bağlı kalınmaksızın somut olayda subjektif unsurlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.³²²

"Kusur, kast ve ihmal (savsama) olmak üzere ikiye ayrılır: kast, hukuka aykırı sonucun, zarar veren kişi tarafından istenmesi, bilerek ve isteyerek bu amaca yönelik bir eylemde bulunulması veya bilinmesinin gerekmesidir. Örneğin hekimin, sırf fazla ücret almak için, hiç gerekli olmadığı halde, hastasını ilaçla tedavi yerine ameliyat etmesi, kasti bir harekettir. Öğretide doğrudan ve dolaylı kast diye iki çeşit kasttan söz edilir. Doğrudan kast, kişinin zararlı sonucun oluşmasını istemesidir. Dolaylı kastta ise kişi, sonucu doğrudan istemez, sonucun meydana geleceğini bilir; buna rağmen eylemi gerçekleştirir.

İhmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesi, fakat gerekli önlemlerin alınmaması, dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle haksız sonucun doğmasına neden olunmasıdır. (...) Hekimin hukuki sorumluluğu yönünden ihmalin ağır veya hafif olması arasında fark yoktur. Çünkü, ihmalin ağır veya hafif şeklinde sınıflandırılması, gerek sözleşmeye dayalı ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta sadece tazminat miktarının hesaplanmasında önem taşır; yoksa hekim, ister ağır isterse hafif olsun, her türlü ihmalinden sorumludur."³²³

Hekimin hukuki sorumluluğu kapsamında kusurun ispatı, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin şekline göre değişir. Hekim ile hasta arasındaki ilişki akit ilişkisine dayanıyorsa BK 112. maddesi uyarınca hekimin kusurlu olduğu var sayılır

³²² Özçetin, ss.54-55.

³²³ Er, ss.324-325.

ve hasta yalnızca uğradığı zarar ile akde aykırılık arasında illiyet bağı bulunduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla hasta tarafından illiyet bağı ispatlanırsa hekimin kusurlu olduğunun ispat edilmesi gerekmemektedir. Bu durumda hekim kendi kusursuzluğunu ispatla yükümlüdür. Eğer hekim ile hasta arasındaki ilişki sözleşmeye dayanmıyorsa, ilgili müdahale haksız fiil olarak değerlendirileceği için, hasta hekimin kusurunu da ispatlamakla yükümlüdür. Ancak tıbbi meslek kurallarına aykırılık, kusurun varlığı konusunda fiili bir karine oluşturacağından, hekimin tıbbi meslek kuralına aykırı davrandığını ispat etmesi yeterli olacaktır.³²⁴

2.5.1.2.Vekalet Sözleşmesi

"Hekimin tedavi verdiği hastası ile arasında genel olarak sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Hekimlik sözleşmesine uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda ise iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre hekimlik sözleşmesi kendine has "*sui generis*" niteliktedir. Diğer görüş ise hekimlik sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmiş sözleşmelerden birine tabi kılınması gerektiğini savunmaktadır.

Vekalet Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun (TBK) 502-514. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesi TBK m. 502'de "Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. TBK m. 502/2 vekalet sözleşmesinin çok önemli bir özelliğini düzenlemektedir. Bu hükme göre "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır."

Yukarıda düzenlenen hükümden anlaşıldığı üzere vekalet sözleşmesi kanunda yer alan ya da almayan bütün iş görme sözleşmelerinin esasını oluşturmaktadır. Bu nedenle tipik ya da atipik, hakkında yeterli düzenleme olmayan tüm sözleşmelere kaynaklık teşkil etmektedir.³²⁵

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502-514. maddelerinde Vekalet Sözleşmesi ve özellikleri şöyle açıklanmaktadır;

"A.Tanımı

MADDE 502- Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

³²⁴ Özçetin, ss.57-58.

³²⁵ Çınarlı, (İDARE),ss.136-137.

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

B. Kurulması

MADDE 503- Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

C. Hükümleri

I. Vekâletin kapsamı

MADDE 504- Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir.

Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.

II. Vekilin borçları

1. Talimata uygun ifa

MADDE 505- Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.

Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz.

2. Şahsen ifa, sadakat ve özen gösterme

a. Genel olarak

MADDE 506- Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.

b. İşin üçüncü kişiye gördürülmesi hâlinde

MADDE 507- Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur.

Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.

3. Hesap verme

MADDE 508- Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.

Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.

4. Edinilen hakların vekâlet verene geçişi

MADDE 509- Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.

Vekilin iflası hâlinde vekâlet veren, bu alacağın kendisine geçmiş olduğunu iflas masasına karşı da ileri sürebilir.

Vekâlet veren, vekilin kendi adına ve vekâlet veren hesabına edinmiş olduğu taşınır eşyanın iflas masasından ayrılarak kendisine verilmesini isteyebilir. Vekilin sahip olduğu hapis hakkından iflas masası da yararlanır.

III. Vekâlet verenin borçları

MADDE 510- Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.

Vekil, vekâletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

IV. Birlikte vekâlet verenlerin ve birlikte vekillerin sorumluluğu

MADDE 511- Bir kişiye birlikte vekâlet verenler, vekile karşı müteselsil olarak sorumludurlar.

Vekâleti birlikte üstlenenler, vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar ve yetkilerini başkalarına devir hakları olmadıkça, vekâlet vereni, ancak birlikte yaptıkları fiil ve işlemleriyle borç altına sokabilirler.

D. Sona ermesi

I. Sebepleri

1. Tek taraflı sona erdirme

MADDE 512- Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

2. Ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas

MADDE 513- Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.

Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.

II. Hükümleri

MADDE 514- Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur."

Vekalet sözleşmesi, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmak üzere yükleyen bir sözleşmedir. Vekalet ile temsil yetkisi birbiriyle ilişkili, fakat birbirinden farklı kavramlardır. Vekalet iç ilişkiye, temsil dış ilişkiye ilişkindir. (...) Vekalet, vekil için bir hukuksal yüküm (işgörme borcu) doğurur; temsil yetkisi ise, temsilciye bir hak (başkasının alanında hüküm ve sonuçlar doğuracak hukuksal işlem yapma hakkı) bahşeder. (...) Vekaletin öğeleri, iş görme, işin müvekkilin menfaatine

ve iradesine uygun olarak yapılması, vekilin edim sonucundan değil, edim fiilinden sorumlu olması, vekilin bağımsız iş görmesi, ücretsiz olarak veya bir ücret karşılığı iş görme ve anlaşmadır. Anlaşma için tarafların iradeleri arasında uyuma gerekli ve yeterlidir. Herhangi bir şekil aranmaz. İrade açıklaması kural olarak açık olmalıdır. Ancak hazır olmayanlar arasında sözleşmenin örtülü irade açıklamasıyla (susma yoluyla) kurulması da mümkündür. Vekil, kimi durumlarda, icabı derhal reddetmezse vekalet sözleşmesi susma yoluyla kurulmuş sayılır. Bu durumlar: işi görme için vekilin resmi sıfatı varsa (mahkemece atanan avukatlar veya bilirkişiler), vekil mesleği gereği bu türden işleri görmekteyse (bankalar, avukatlar, hekimler, mimarlar), vekil bu türden işleri kabul edeceğini ilan etmişse (özel ders veren ve bunu ilan ya da tabelayla herkese açıklayanlar) dır.³²⁶

Doktrin ve uygulamada hemen oybirliği ile benimsenen yaklaşım tarzına göre hekim ile akdedilen tedavi sözleşmesi “*vekâlet sözleşmesi*” hükümlerine tabi bir sözleşmedir. Hatta sözleşmenin konusu cerrahi bir operasyonun yapılması olsa dahi netice değişmez. Tedavi sözleşmesinin “*vekâlet*” sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sonucu, hekimin “*iyileşme garantisi vermek*” ile yükümlü tutulamamasıdır. Hekim, uyguladığı tedavi yönteminin “*tedavinin uygulandığı zaman diliminde bilinen tıp kurallarına uygun olup olmadığından*” sorumlu tutulabilir. Hekim tedaviyi bu kritere uygun bir şekilde uygulamış ise, hastanın iyileşmemesinden sorumlu tutulamaz. Hekimin tedavi garantisi vermesine, insan vücudunun uygulanan bir tedaviye nasıl bir tepki vereceğinin önceden kestirilememesi, engel olur. Hekimin sorumluluğu “*bilinen tıp kurallarına göre hastanın iyileşmesi için uygulanması mümkün ve gerekli görülen tedavi yöntemlerini bilip uygulamak*” ile sınırlıdır. Hekimin verebileceği garanti tıbbi standartlara uygun bir tedavinin uygulanmasına tekabül edebilir.³²⁷

Borçlar hukuku kapsamında sözleşme sebebiyle doğan sorumluluğun kurucu unsuru kusurdur ve Borçlar Kanunu 112. maddede düzenlenen "borçlu kendisine hiç bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür" hükmü ile sözleşme sorumluluğunun kurucu unsurunun

³²⁶ Nuri Erişkin, "Vekalet Sözleşmesi- Vekaletsiz İş Görme- Kefalet Sözleşmesi ", **Medeni Hukuk-II**, (Ed. Hayriye Şen Doğramacı), T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No:2829, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1787, Saray Matbaacılık, Ankara, 2013, (VEKALET), s.187.

³²⁷ Akkanat, ss.63-64.

kusur karinesi olduğuna denmiştir. Bu nedenle borçlu (hekim) zararın tazmininden ancak kusursuz olduğunu ispat etmek sureti ile kurtulabilir. Ancak bazı istisnai hallerde sebep ilişkisi-sebep sorumluluğu sebebiyle borçlunun (hekim) kusuru olmasa da sorumluluğu olduğu kabul edilir. Örneğin BK 116. maddesine göre borçlu (hekim), yardımcı kişilerin alacaklıya (hastaya) vermiş olduğu zarardan kusur şartı aranmaksızın sorumludur.³²⁸

Hekim, hasta ile arasında kurulan sözleşmede hastalığın saptanması, iyileştirilmesi, hastanın hastalıktan en az şekilde etkilenmesi ve hastalıkla ilgili benzeri birçok hususta elinden geleni yapmayı taahhüt etmekte olup, hekimin olumlu ya da olumsuz, kasti ya da ihmali bir davranışla bu taahhütlere aykırı hareket etmesi akde aykırılık teşkil edecektir.³²⁹

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.11.1999 tarihli bir kararında bu konuda şu yorum yapılmıştır; " *Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasında ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olmaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar.*"³³⁰

İş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi, vekalet sözleşmesinde aynı ölçüde yoktur. (...) İş, bunu yaptırmak isteyen kişiye karşı, iktisaden oldukça bağımsız sayılabilecek şekilde, işi alan tarafından uygun görülen zamanda ve genellikle onun istediği yerde (hastanede, muayenehanede) taraflarca belirlenmemiş sayıda personel ile yapılıyorsa, vekalet sözleşmesinden söz edilecektir. Vekalet sözleşmesinde işi yaptıran kişinin işin yapılması sırasında ayrıntılara ilişkin talimatı ve işi kontrolü, iş sözleşmesinde görülen yoğunlukta değildir. (...) Hekim ile hasta arasındaki ilişki Vekalet akdi niteliği taşıdığından ki, hekim hastaya karşı yükümlülüklerini ifa ederken nispi bağımsızlık içerisinde hareket etmektedir. Vekaleti özellikle hizmet akdinden ayırt etmek için ileri sürülen bir nispi bağımsızlık unsuru, vekilin müvekkilinin menfaatine belli bir sonuca varmak için iş görürken, gayesine erişmek

³²⁸ Özçetin, s.52.

³²⁹ Özçetin, s.51.

³³⁰ Deryal, s.97.

için belli ölçüde bir karar verme zorunluluğunda bulunmasının sonucudur. Özel uzmanlık gerektiren tıbbi faaliyetlerde bu bağımsızlık genellikle daha geniş olacaktır; fakat her halde hekim karar verme özgürlüğünü kullanırken sadakat ve özen yükümlülükleriyle bağlıdır.³³¹ Örneğin bir aile hekimi ile ilgilendiği aile arasındaki ilişkide, aile hekimi ne söz konusu ailenin denetimi altındadır, ne işini ailenin emir ve talimatlarıyla görmektedir, ne de işyeri ya da çalışma aletleri o aile tarafından sağlanmaktadır. Hekim ekonomik açıdan aileye bağlı da değildir. (...) Ayrıca aile hekimi yükümlülüklerini yerine getirirken hiçbir makam ve merciin emir ve talimatları ile bağlı olmadığı gibi, sağlık problemleriyle ilgilendiği ailenin emir ve talimatları ile bağlı değildir.³³²

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2013/30822 esas, 2014/10772 karar ve 09/04/2014 tarihli kararında, hasta ile hekim arasındaki vekalet sözleşmesi şu şekilde açıklanmaktadır; " vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK.nın 396/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir." ³³³

³³¹ Er, s.43.

³³² Er, s.44.

³³³ <http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-komplikasyonlari-yeterince-izah-etmemeye-tazminat-karari-2-17-64190.html>, (08.02.2015).

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye "tedavi sözleşmesi" veya "hekimlik sözleşmesi" adı da verilmektedir. Buna göre, hekimlik sözleşmesi ile hekim, tıbbi müdahalede bulunmak; hasta da bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. (...) Hastanın hekime başvurması ve hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunmayı kabul etmesiyle beraber sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Acil hallerde veya ameliyatın genişletilmesinin gerektiği hallerde, sözleşme ilişkisi kurulması mümkün olmadığından, "vekaletsiz iş görme" bulunduğu kabul edilir.³³⁴

Özel muayenehanesinde bir hastanın takip ve tedavisini üstlenen hekimin hukuki durumu da vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir deyişle; "Sözleşme gereği yapılan teşhis ve tedaviye yönelik tıbbi müdahale, kişinin kişilik hakkı kapsamında yer alan vücut tamlığı ve sağlığına yönelik müdahale teşkil ettiği için, sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda haksız fiil teşkil eder". Böylece aynı anda hem sözleşmeden doğan, hem sözleşme dışı (haksız fiil) sorumluluk söz konusu olur. Hasta bunlardan istediğine dayanarak tazminat talebinde bulunabilir.³³⁵

Kişinin tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye başvurması durumunda hukuki ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Bu durumu da hastanenin niteliğine göre ikiye ayırmak gerekir. Hastane özel hastane niteliğinde ise, sözleşme ilişkisi özel hastane ile hasta arasında kurulmakta ve bu sözleşmeye "*hastaneye kabul sözleşmesi*" adı verilmektedir. Tıbbi müdahalede bulunan hekim ve sağlık personeli ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Burada hekim ve sağlık personeli, ifa yardımcısı durumundadır. Hekimin, tedavi faaliyetlerinden dolayı vermiş olduğu zararlardan dolayı özel hastane, BK m. 100 (yeni BK md.116) hükmü çerçevesinde sorumlu olur.³³⁶

Hekimle hasta arasında bir sözleşme ilişkisi yoksa "haksız fiil" hükümleri esas alınabilir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi olmamasına örnek olarak, tıbbi müdahalenin özel hastanede yapılması ve aşağıda ele alınacağı üzere, sözleşmenin özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulması durumunda söz konusu olabilir. Bu takdirde hasta ile hekim arasındaki sorunlar haksız fiil hükümleri esas alınarak çözümlenebilir. Esasen, hekimin meslek kurallarına aykırı her

³³⁴ Hakeri, (TIP), ss.496-497.

³³⁵ Hakeri, (TIP), s.497.

³³⁶ Ferhat Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", **TBB Dergisi**, Sayı 80, 2009, s.160.

davranışında bir hukuka aykırılık vardır ve arada sözleşme varsa, bu aykırılık sözleşmeye aykırılık; sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu şeklinde kendisini göstermektedir.³³⁷

"Hekimin sözleşmeden kaynaklı sorumluluğunun doğduğundan bahsedebilmek için:

a) Hekim ile hasta arasına açık veya zımni şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir.

b) Sözleşmenin hekim tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir.

c) Hastanın maddi veya manevi bir zarara uğramış olması gerekmektedir.

d) Hekim,sözleşme ile belirlenen yükümlülüklerini kasten veya ihmal ile ihlal etmiş olmalı , görevini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek kusurlu davranmış olmalıdır.

e) Hastanın zararı, hekimin kusurlu davranışı sebebiyle doğmuş olmalıdır."³³⁸

"Tazminat davalarının haksız fiil veya sözleşmeye aykırılıktan birine dayanarak açılmalarında aralarındaki farkları şöyle özetlemek mümkündür;

- Haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören (hasta) zarar verenin (hekimin) kusurunu ispatlamakla mükelleftir. Oysa ki sözleşmesel sorumlulukta, sözleşmeyi ihlal edenin (hekimin) kusurlu olduğu ön kabuldür, kusurlu olmadığını ispat sözleşmeyi ihlal edene/borçluya/hekime düşer.

- Hekimin bir hastaya müdahalesi sırasında yardımcı şahıs kullanması ve hastaya, yardımcı şahsın davranışının zarar vermesi durumunda da sözleşmesel sorumluluğa dayanılmasında hasta açısından büyük yarar vardır. Haksız fiil sorumluluğunda yardımcı şahsın fiilinde doğan zararlarda BK m. 55 (yeni BK. m.66) hükmü uygulama alanı bulmaktadır. BK m. 55 hükmü gereğince yardımcı şahsın fiilinin hastaya zarar verdiği durumlarda; hekim kurtuluş beyyinesi getirebilmektedir. Yani haksız fiil sorumluluğuna dayanıldığında hekim *çalışanını/yardımcı şahsını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini* ispat ederse, sorumluluktan kurtulacaktır.

-Sözleşmesel sorumlulukta ise, hekim kullandığı yardımcı şahısların fiillerinden BK m. 100'e (yeni BK m.116) göre sorumlu tutulmaktadır. BK m. 100

³³⁷ Hakeri, (TIP), s.497.

³³⁸ N. Savaş, ss.157-158.

hükmünde hekimin kurtuluş beyyinesi getirme şansı bulunmamaktadır. Arada sözleşmesel bir ilişki mevcut iken, hastaya zarar veren davranışın hekimin kullandığı bir yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmesi ihtimalinde, hekim yardımcı şahsın seçiminde veya talimat vermede gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etse dahi hastanın zararından sorumludur.

- BK m. 100/2(yeni BK m.116) gereğince yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir hükmü bundan müstesnadır."³³⁹

Vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğu anlaşmazlıklarda zamanaşımı süreleri Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükümleri şöyledir

" MADDE 147- Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır:

- 1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler.*
- 2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri.*
- 3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar.*
- 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar.*
- 5. **Vekâlet**, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık **sözleşmesinden** doğan alacaklar.*
- 6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar."*

Bu maddenin 5. fıkrasına göre, vekalet sözleşmelerindeki zamanaşımı süresi 5 yıl olarak hükme bağlanmıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi hasta, haksız fiil sorumluluğu nedeniyle de tazminat talep edebilir. Ancak haksız fiil nedeniyle istenen taleplerde ise ispat yükü 190/1 maddesi gereği iddia eden tarafta olacaktır. Diğer bir deyişle, haksız fiile maruz kaldığını iddia eden tarafın (hastanın) ispat etmesi gerekecektir.

³³⁹ N. Savaş, s.159.

Haksız fiil gerekçesiyle açılacak davalarda Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi;

"MADDE 146- Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir." hükmüne göre, zamanaşımı süresi 10 yıl olacaktır.

2.5.1.2.1. Serbest Çalışan Hekim

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, serbest çalışan hekim, hasta ile karşılaştığı anda icabı derhal reddetmezse vekalet sözleşmesi susma yoluyla kurulmuş sayılır. Bu andan itibaren hasta ile hekim arasındaki ilişki vekalet ilişkisi olacak ve bu durumda hasta ve hekim arasındaki sorunlar sözleşmeye aykırılık yönünden incelenecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesi şu şekildedir;

"MADDE 190- (1) İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

*(2) Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir."*³⁴⁰

Vekalet sözleşmesinin geçerli olduğu durumlarda bu maddenin 2. fıkrası uygulanacak olup, ispat yükü hekimde olacaktır. Diğer bir deyimle, hekim (vekil), yaptığı her işlemin tıbbi ve hukuki kurallara uygun olduğunu ispat etmek durumunda olacaktır.

Diğer yandan Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre;

"MADDE 112- Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür" hükmü de ispat yükünün borçluda (hekimde) olduğunu işaret etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.06.1978 tarihli kararı ile ; *"davalı doktorla müteveffa arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK'nun 96. maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur.*

³⁴⁰ **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (14/12/2014).

Dosyadaki deliller davalı doktorun bu ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasına elverişli nitelikte değildir" şeklinde bu hususa ilişkin hüküm tesis edilmiştir.³⁴¹

Yine Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde vekalet sözleşmesinin olduğu durumlarda yardımcı kişilerin durumu şu şekilde hükme bağlanmıştır;

"MADDE 116- Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 22.05.2003 tarihli bir kararında serbest çalışan hekimin kullandığı yardımcı şahıslardan dolayı sorumluluğu ile ilgili şu kararı vermiştir; "*Davalı Dr. Erkin Ö.'e ait özel muayenehanede hemşire olarak çalışmakta olan davalı tarafından hasta küçük kıza yapılan iğne nedeniyle bacakta fonksiyon kaybı görülmüştür.*

BK m.100 uyarınca bir borcun ifasını veya bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan diğer tarafa karşı mesuldür.

Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılara karşı sorumludur. BK.m.100/2'ye uygun sorumluluğu bertaraf edici bir anlaşma olduğu da iddia ve ispat edilmemiştir."³⁴²

Yargıtay'ın bir başka kararında şu görüşler vurgulanmıştır; "*dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekil, özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K.321/1*

³⁴¹ Özçetin, s.57.

³⁴² Deryal, s.103.

md). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastaların zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmada bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılmalı ve en emin yolu tercih etmelidir....davacının -2 derece miyop olan göz rahatsızlığının giderilmesi için davalı doktor tarafından ameliyata alındığı ancak ameliyat lazer makinesine -2 yerine +2 değerlerinin girilmesi sonucu göz rahatsızlığının giderilmediği gibi miyop olan göz rahatsızlığının hipermetrop olarak arttığı ve bu hususun da davalı kusurundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır."³⁴³

Bir başka yargıtay kararında serbest çalışan hekim ve vekalet sözleşmesi ile ilgili şu görüş vurgulanmıştır; "Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. (...) doktorun tıbbi çalışmalarını yürüten özen yükümlülüğü bağlamında her türlü önlemi almak zorunda olup, en ufak bir tereddüt halinde bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmayı ve gelişen teknolojiyi kullanmalı, ayrıca hastanın özel durumu da gözetilmelidir. Gerektiğinde riskleri açıklanmalı ve bu konularda da aydınlatma görevini de yerine getirmelidir. Davalı doktor mesleğinin tüm kurallarına uymayı ve yerine getirmesini beklemekte haklı olan hastaya karşı en ufak kusurundan BK 394/1 maddesi uyarınca sorumludur. Üzerine düşen tüm edimleri yerine getirmesine ve gerekli ihtimamı göstermesine karşın sonuçta teşhis ya da tedavi istenen başarıya ulaşmasa dahi sorumluluktan kurtulur. Somut olaya dönülecek olursa, davacı ... in yaşına gözetilerek ve özellikle önceki hamileliğin down sendromu şüphesi ile

³⁴³Gökcan, (TİBBİ), s.933.

*sonlandırılması nazara alınıp, ultrason aşamalarındaki değerlendirme ve kararların yerinde olup olmadığı ve davacının özel durumu da gözetilerek tıbben uygulanması gereken işlemlerin neler olduğu, uygulamanın yeterli olup olmadığı, gebeliğin hangi aşamalarında ve hangi ultrason ve diğer tetkiklerin gerektiği ve davalı doktorun bunları öngörüp öngörmediği ve riskleri ile davacıyı aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği üzerinde durulmalı...."*³⁴⁴

Görüldüğü gibi, serbest çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesi hükümlerine göre incelenmekte ve hüküm verilmektedir. Vekalet sözleşmesinin söz konusu olduğu bu durumda hekim, hem ispat yükü altında olacak, hem de yanında çalıştırdığı elemanların müdahalelerinden de sorumlu tutulabilecektir.

2.5.1.2.2. Özel Hastanede Çalışan Hekim

Hastane özel hastane niteliğinde ise sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmuş olur. Tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı personel sözleşmenin tarafı olamazlar. Dolayısıyla hasta doğrudan doğruya hekim ile değil, hastane ile muhatap olur. Hekim ise hastane adına hastaya tedavi hizmeti sunan kişi (BK 116 anlamında ifa yardımcısı) durumundadır. Yargıtay da hasta ile özel hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğunu, hastanenin sorumluluğunun ise BK 55 (yeni BK m.66) anlamında kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmektedir. Bu durumda hekimin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur ve haksız fiilden dolayı meydana gelen zararlardan ötürü ilgili hekim veya personel tazminat sorumlusudur (...) Özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluk kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelindedir. Ancak ayrıca hastanenin de sorumluluğu olabilir. Hastane, çalıştırdığı personelin seçiminde gerekli özeni göstermemesi nedeniyle sorumlu tutulabilir. Aynı şekilde özel bir klinikte çalışan hemşirenin hatalı tıbbi müdahalesinden dolayı da klinik sorumlu olur.³⁴⁵

Hastanenin sorumluluğunu düzenleyen BK nun 66. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir.;

"1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu

³⁴⁴ Gökcan, (TİBBİ), ss.1208-1209.

³⁴⁵ Hakeri, (TIP), ss.498-499.

MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir."

Bu maddenin 2 ve 3.fıkralarında da belirtildiği gibi, sözleşmeye aykırılıktan doğan bir durum söz konusu olduğu için ispat yükü hastanede bulunmaktadır. Hasta ile arasında sözleşme ilişkisi olmayan hekim veya personel ise haksız fiil kapsamında sorumluluk altında olacaktır. Bu müteselsil sorumluluk nedeniyle uygulamada açılan tazminat davaları hem hastane hem de hekime karşı açılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 tarihli bir kararında bu konuda şu karar verilmiştir;"Ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında farkedip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr BY 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta BY ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastane de adam kullanan ve işleten sıfatıyla müştereken ve müteselsilen sorumludur. Zira Özel Hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve yakınlarının zarar görmemesi için gerekli sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır."³⁴⁶

Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2009/13-393 E, 2009/452 K ve 21.10.2009 tarihli kararında ise özel hastanenin sorumluluğu çok daha ayrıntılı incelenmiş ve şu karar verilmiştir; "Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı hastanenin hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında

³⁴⁶ Deryal, s.109.

meydana gelen intihar olayında, kusur ve ihmalinin bulunmasına yeter şekilde illiyet bağının bulunup bulunmadığı, bu kapsamda bilirkişi kurulu raporunun dosya kapsamına uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yukarıda özel daire bozma ilamında ayrıntılarıyla açıklanan maddi olgu kapsamında davacıların murisi ile davalı hastane arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi anlaşılabilmesi için konuyla ilgili açıklamalarda bulunulması yararlı görülmüştür

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde; “Yaşamak, herkesin hakkıdır” denilmiştir; sağlık hakkı, 25. maddede temel insan hakkı olarak kabul edilerek; “Gerek kendisi gerek ailesi için tıbbi bakım da dahil olmak üzere, sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık veya geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun bırakacak başka durumlarda” herkesin sahip olması gereken “güvence hakkı” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım gereği sağlık hakkı, kişinin, içinde yaşadığı toplum (ülke, devlet) tarafından tanınan ve güvence altına alınan temel insan haklarından biridir.

1976 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin Sağlık Standardına ilişkin 12. maddesinde; “Bu sözleşmeye taraf olan devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir; Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması” şeklinde belirlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde ise; “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır” denilmek suretiyle uluslararası alanda konunun önemi karşısında kişiler bakımından garantiler sağlanarak, devletlere de bu hakların iç hukukta yerine getirilmesi ödevinin yüklenmek istendiği anlaşılmaktadır. Böylece uluslararası belgelerde teminat altına alınan sağlıklı yaşam hakkının iç hukukumuzda yansımaları bakımından konuya yaklaşıldığında ise;

Anayasa'nın 17/1. maddesine göre; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmiştir yine;

Anayasanın 56/3. maddesine göre; “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi

artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Aynı maddenin dördüncü fıkrasında; “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” şeklindeki düzenlemeler ile kişilerin sağlık hukuku teminat altına alınmıştır.

Kamunun, sağlık alanındaki yetersizliği nedeniyle gelişen ekonomik koşulların da etkisiyle özel sektörü, sağlık alanında yer almaya ittiği yadsınamaz bir gerçektir. Bu kapsamda özel hastanelerin, sağlık alanında gelişen sosyo-ekonomik yapı karşısında yetersiz kalan devletin sağlık hizmetlerini tamamlayan ve bu alandaki boşluğu kısmen de olsa dolduran bir işlevi olduğu anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hangi hukuki nedenden kaynaklandığının öncelikle tespiti gerekmektedir. Bilindiği üzere, borç ilişkilerinin kaynakları Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde birinci kısımda ve üç fasılda gösterilmiştir. Buna göre; sözleşme, haksız eylem ve sebepsiz zenginleşme, borç ilişkilerinin kaynağı olarak düzenlenmiştir. Birinci fasılda, “Akitten Doğan Borçlar, md. 1-40”; ikinci fasılda, “Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar, md. 41-60”; üçüncü fasılda ise, “Haksız Bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar, md. 61-66” yönünden hüküm konulmuştur.

Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin, bir sözleşme ilişkisi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. Sözleşme ile ilgili olarak açıklamalardan önce hasta ve özel hastane kavramlarının açıklanmasında yarar görülmüştür.

Yasalarımızda hasta tanımına açık olarak yer verilmemiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/1. maddesinde hasta, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacında olan kimseler olarak tanımlanmıştır.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesinde; “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları hususi hastanelerden sayılır” demek suretiyle özel hastanelerin tanımı yapılmıştır.

Kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibariyle devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışındaki kişiler tarafından hizmet yürüten ve yatırılarak tedavi etme,

rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunmak amacıyla kurulan sağlık kuruluşunun, özel hastane olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Buna göre gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf ve Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler, özel hastane kapsamında değerlendirilmiştir.

Özel hastane ile hasta arasında var olduğu kabul edilen sözleşmenin kurulması, sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti, bu hukuki niteliğe uygun olarak uygulanması gereken yasal hükümlerin neler olduğu, taraflara düşen hak ve borçlar ile bunlara aykırılığın varlığı halinde sorumluluklarının tespiti gerekmektedir.

Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımnî irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur. Bu sözleşme, özel hastane sahibi/işleticisinin, ayrıca bir tedavi yükümünü üstlenmiş bulunup bulunmamasına göre, tam (bölünmemiş) ya da kısmi (bölünmüş) hastaneye kabul sözleşmesi görünümünde kurulmuş olabilir. Özellikle, tam hastaneye kabul sözleşmelerinde, hastane işleticisinin hastaya karşı; hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli tıbbi hizmetlerin verilmesi edimi başta olmak üzere, hastane bakımının sağlanması, hastanenin organizasyonu ve işleyişini gerçekleştirme yükümleri asli edim yükümleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedirler. Ancak uygulamada getirilen çözümlerde farklılıklar görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun, hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanır, İsviçre hukukunda, hasta ile

özel hastane arasındaki ilişki, aynen serbest çalışan bir hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkide olduğu gibi, “vekalet” olarak nitelenmektedir. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması amaca elverişli olacağı belirtilmiştir.

Hastane işleticisinin “hastane bakımı” kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (T.M.K. m. 2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.

Hasta, hastaneye kabul edilmekle hastane yetkililerinin himayesine girmiş olur ve o haklı olarak kendisine mümkün olan en iyi tedavi ve bakım hizmetinin verilmesini ister. Hastane işletmecisinin “organizasyon yükümlülüğü” aslında onun hastanın şahsına göstermekle yükümlü olduğu özen borcunun bir görünüm tarzından ibarettir.

Hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastane bakım hizmetleri açısından sadece hastane işletmesini sorumlu tutabilmektedir.

Sözleşmenin diğer tarafı olan hasta veya yasal temsilcisinin, özel hastanenin sunduğu tıbbi hizmete (Bu hizmete bakım hizmeti de girmektedir.) karşılık olarak

daha önceden belirlenmiş belli bir miktar ücret ödemekle yükümlüdür. Ayrıca, hasta veya yasal temsilcisi, olanaklar ölçüsünde rahatsızlık ile ilgili belirtiler ve hastalığın seyri hakkında hastaneye bilgi ile beraber, varsa belgelerini de muayene sırasında hekime verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda düzenlenmeyen hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında, davalı hastanenin sorumluluğu bakımından uygulanabilecek yasal hükümler incelendiğinde; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (B.K.) 386. maddesine göre; “Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler.

Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.” Akit çerçevesinde vekil bir sonuca ulaşmak için belli bir yönde iş görür.

B.K. 390/2. maddesi ne göre de; “Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.” Bu hükümde geçen “iyi bir surette ifa” mehaza göre sadakat ve özen ile ifa anlamında kullanılmıştır.

Diğer taraftan B.K.'nun 390/f.1'in “Vekilin mesuliyeti umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir” şeklindeki hükmü ile vekilin özen borcu genel olarak düzenlenmiş, işçinin mesuliyetine dair B.K.'nun 321. maddesi “İhtimam mecburiyeti” başlığı altında işçinin özen borcuna ilişkin olarak “İşçi taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” hükmünü taşımaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde vekilin özen borcunun özelliği vekilin hedef tutulan sonucunun başarılı olması için işlerin mutlak cereyanına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmasının gerekmesidir. Vekilin özen borcu, iş görürken yöneldiği sonucun olmaması değil bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetleri özenle yürütmesidir.

Özen borcunun yerine getirilmediğini ispat yükü müvekkildedir. Sadece başarılı bir sonucun gerçekleşmediğini ispatlayarak bu külfetini yerine getirmeyecektir. Ayrıca vekilin mesleğinin kurallarına uygun olmayan bir davranışta bulunduğu iddiasını işlerin normal akışına göre sonucun meydana gelmemesinde etken olduğunu ispatlaması gerekir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında; yasada düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri hakkında vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ortaya konulmaktadır.

*Nitekim aynı ilke, Hukuk Genel Kurulu'nun 11.12.2002 tarih ve 2002/13-1011 E.-1047 K. sayılı ilamının gerekçesinde de; “Gerçekten de, B.K.'nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, **özel hastane ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.**” denilmek suretiyle benimsenmiştir.*

Böylece taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluğa Borçlar Kanunu'nun vekaletle ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olay bakımından davalı hastanenin kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığının tespiti açısından, özel hastanelerin konuyla ilgili sorumluluklarını düzenleyen yasal mevzuat hükümlerine de bu arada değinmekte fayda vardır. Buna göre;

Özel Hastaneler Tüzüğü (28.02.1982 - 8/5747 R.G. 10.01.1983 -17924)'nin “Akıl ve ruh hastalıkları hastanelerinin özellikleri” başlığını taşıyan 16. maddesinin (c) bendinde;

“Akıl ve ruh hastalıklarına ayrılan binalarda duvar, pencere, kapı, karyola ve yatak takımları ile diğer bölümler hastaların kaçmalarına, kaza ve zararlara engel olacak biçimde yapılmalıdır.”

Aynı maddenin (d) bendinde ise; “Gündüz de yatakta kalan ya da kendisine ve başkasına zarar verebilecek (ajite ya da agresif) olan hastalara ve özel tedavi gerektirenlere durumlarına uygun ayrı odalar verilmelidir.”

Özel Hastaneler Yönetmeliği (R.G. 27.03.2002- 24708)'nin “Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi” başlığını taşıyan ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 46. maddesinin (c) bendinde (Madde yürürlükten kaldırılmıştır: R.G 21.10.2006-26326); “Akıl ve ruh hastalıklarına ayrılan binaların duvar, pencere, kapı, karyola ve

yatak takımları ile diğer bölümleri, hastaların kaçmalarına, kazaya veya zarara uğramalarına engel olacak şekilde yapılır.”

Aynı maddenin (d) bendinde ise; “Gündüzün de yatakta kalan veya kendisine ve başkasına zarar verebilecek olan ve özel tedavi gerektiren hastalara durumlarına uygun ayrı odalar tahsis edilir. Bu tür hastaların odalarında elektrik anahtarı ve prizi bulunamaz.”

Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği (R.G. 01.08.1998-23420)'nin “Güvenliğin Sağlanması” başlığını taşıyan 37. maddesinde; “Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır... Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar” şeklinde hükümlere yer verildiği görülmüştür.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıların murisi Beytaş'ın 25.05.2004 tarihinde davalı hastaneye davacılar tarafından getirildiği, hastaneye yatırılmadan önce yapılan psikiyatrik muayenesinde murisin kendisini öldüreceğini söylediği, murisin eşinin de hastanın evde iken pencereden atlamaya çalıştığını belirttiği, alkol kullandığı için tedavi gördüğünün yazıldığı ve kabulünü yapan doktor tarafından intihar düşüncesi içinde olması nedeniyle hastanın yakın gözleme alınması gerektiğine işaret edilerek, buna ilişkin form düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gece boyunca davalı hastanede tek kişilik odada tutulan murisin 26.05.2004 tarihinde diğer hastalarla birlikte toplu olarak yemek yedikten sonra yemek bitiminde odasının yanındaki boş bir odaya girerek, elbise dolabının arkasında bulunan TV anten kablosunu kullanmak suretiyle intihar ettiği anlaşılmaktadır.

Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini (borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan

borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur.

Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirilmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır. "³⁴⁷

Hastanın isteği ile dışarıdan doktor çağırılması da mümkündür. 2219 sayılı Kanun'un 12, 26. maddeleri ve Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 26/II. maddesinde hastaya bu hak tanınmıştır. Bu halde çağrılan doktor ile hasta arasında yeni bir tedavi sözleşmesi kurulmuş olur. Çağrılan doktor bu sözleşmeye dayalı olarak hastaya karşı sorumlu olmaktadır. Hastane işleticisi ile çağrılan doktor arasında bir ilişki bulunmadığından, doktorun zarar veren eylemi dolayısıyla hastane işleticisinin hastaya karşı BK. 66 ve 116. maddelerine dayalı sorumluluğundan söz edilemeyecektir. ³⁴⁸

Bu konuda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 22.02.1999 tarihli bir kararında şu hükmü vermiştir; "*Ameliyatı yapan doktorların davalı hastanede çalışmadıkları, sadece anlaşma ile hastalarını bu hastaneye yatırıp ameliyat ettikleri, böylece doktorlarla hastane arasında BK.m.55 anlamında bir ilişki bulunmadığı sabit olmasına göre, davalı şirketin, davalı doktorların kusurlu davranışlarından sorumlu tutulmalarına olanak bulunmamaktadır.*

³⁴⁷ kazanci.com, 27.12.2014.

³⁴⁸ Gökcan, (TIBBİ), s.985.

BK.m.55'e göre davalı şirketin istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, emretme, talimat verme ve denetleme yetkisi bulunması gerekir."³⁴⁹

2.5.1.3. Eser (İstisna) Sözleşmesi

Yasalarımıza göre eser sözleşmesi; taraflarından birinin bir eser meydana getirmeyi ve bunun teslimini borçlanması karşılığında diğer tarafın bir bedel ödemeyi borçlandığı sözleşmedir. Eseri meydana getirme borcu üstlenen tarafa yüklenici (müteahhit), bedel borcu üstlenen tarafa ise iş sahibi denilmektedir. Maddi varlığı olsun ya da olmasın insan emeğinin, bir bütün görüntüsü veren ve ekonomik değer ifade eden her ürününe eser denmektedir. (...) Bir esere, bir cisim üzerinde varlık kazandığı için maddi eser denilmesinin tersine, herhangi bir cismani varlıkta somutlaşmayan, fakat sonuçları itibariyle dış dünyada algılanabilen eserler de maddi olmayan (gayri maddi) eser olarak adlandırılmaktadır. Bunlar da, bir ses sanatçısının bir parçayı seslendirmesi, bir gösteri sanatçısının sahnede bir oyunu canlandırması, verilen bir ilan veya reklam ile örneklenebilir.³⁵⁰

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki en önemli fark; vekalet sözleşmesinde vekil adına yapılan işin (tedavinin) başarısı için güvence verilememesidir. Doktor tıbbi kurallara göre ve özenle uyguladığı tedavinin başarısızlıkla sonuçlanmasından sorumlu tutulamaz. Buna karşın eser sözleşmesinde, belli bir sonucu elde etmeyi üstlenmiş bulunan doktor, bu sonucu elde edemezse sorumlu olacaktır.³⁵¹

Yeni Borçlar Kanunu'nun 470-486. maddelerinde Eser Sözleşmesi ve özellikleri tanımlanmaktadır. Bu maddeler şunlardır;

"A. Tanımı

MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

B. Hükümleri

I. Yüklenicinin borçları

1. Genel olarak

³⁴⁹ Deryal, s.106.

³⁵⁰ Nuri Erişkin, "Kira, Ödünç, Hizmet ve Eser Sözleşmeleri", **Medeni Hukuk-II**, (Ed. Hayriye Şen Doğramacı), T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No:2829, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1787, Saray Matbaacılık, Ankara, 2013, (ESER), s.177.

³⁵¹ Gökcan, (TIBBİ), s.938.

MADDE 471- Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.

2. Malzeme bakımından

MADDE 472- Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.

Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

3. İşe başlama ve yürütme

MADDE 473- Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait

olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.

4. Ayıp sebebiyle sorumluluk

a. Ayıbın belirlenmesi

MADDE 474- İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.

Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir.

b. İş sahibinin seçimlik hakları

MADDE 475- Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

c. İş sahibinin sorumluluğu

MADDE 476- Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.

d. Eserin kabulü

MADDE 477- Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.

İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.

Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.

e. Zamanaşımı

MADDE 478- Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

II. İş sahibinin borçları

1. Bedelin muacceliyeti

MADDE 479- İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.

Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.

2. Bedel

a. Götürü bedel

MADDE 480- Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masraftı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masraftı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.

b. Değere göre bedel

MADDE 481- Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.

C. Sözleşmenin sona ermesi

I. Yaklaşık bedelin aşılması

MADDE 482- Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

II. Eserin yok olması

MADDE 483- Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.

Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

III. Tazminat karşılığı fesih

MADDE 484- İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.

IV. İş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması

MADDE 485- Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırse yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

V. Yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi

MADDE 486- Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermeye yükümlüdür".

Eser sözleşmesi niteliği gereği, taraflardan birinin bir eser vücuda getirmesi ve karşılığında diğer tarafında bir ücret ödemesinden ibaret bir özel hukuk sözleşmesidir. Hasta hekim arasında var olduğu kabul edilen sözleşmeye göre, hekim tedavi sonunda ortaya çıkaracağı sonucu taahhüt ederek yapmayı üstlenir. Genellikle plastik cerrahi müdahalelerde geçerli olan girişimler bu kapsamda değerlendirilir. Ancak bu görüşün tersini savunanlara göre ise; tedavi sürecinin başarıyla neticelenmesi, mahiyeti gereği öncesinden net olarak kestirilemeyen ve söz konusu yükümlülük altına girenin iradesi dışında (komplikasyonlar gibi) belirleyici faktörlerin olduğu gerekçeleriyle eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu görüş yanlıları plastik cerrahi ameliyatlarını, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmelerinin yanı sıra cerrahi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin beceri ve hüneri gibi yüksek kişisel nitelikte karakteri ön plana çıkacağı ve taraflar arasındaki ilişkinin belirgin düzeyde güvene dayanacağından dolayı ancak vekalet hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedirler.³⁵²

"Tandoğan'a göre, "Her şeyden önce, maddî olmayan bir sonuç, ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaat edilmeye elverişli olduğu takdirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir öğretim, dava veya tedavide belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenilebilmesine elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden özel bir öğretim sözleşmesi, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahî bir ameliyata, hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgili

³⁵² Nizamettin Aydın, " Hasta Haklarının Hukuki Boyutu Ve Korunma Yolları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:22, 2008, s.6.

olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemezler. Estetik ameliyat sınırda kalan bir hâl olmakla birlikte, onda da cerrahî müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekâlet hükümleri uygulanmalıdır.” Belgesay, Akıncı, , Sarial ve Erman, hekimin belirli bir sonucu ve tedaviyi taahhüt ederek eser sözleşmesi yapabileceğini, estetik ameliyatlarda da hekimin sonucu taahhüt ettiğini belirterek, estetik ameliyatların eser sözleşmesine konu oluşturabileceğini ifade etmektedir. Benzer şekilde İpekyüz'de, cerrahın, tedavi amaçlı değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesinin eser sözleşmesi oluşturduğu görüşündedir. Eser sözleşmesindeki ayba karşı tekeffül hükümlerinin ise, hastaya ait ameliyat öncesi fotoğraflar ile ameliyat sonrası fotoğrafların karşılaştırılarak yapılabileceğini belirtmektedir. (...) Tıp biliminin ve uygulamada yararlanılan teknik araçların gelişmesi, hekimin bazı müdahalelerde sonucu taahhüt edebilmesine de imkân sağlamıştır. Bu tür müdahalelerde eser sözleşmesine dayanmak, hastanın haklarını daha kolay koruyabileceği ayba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını sağlar; böylece, hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik hakları doğar. Yargıtay ise, cerrahın estetik ameliyat yapmasının, istisnai olarak eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğuna hükmetmiştir.”³⁵³

Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin E131, K2741 numaralı ve 05.04.1993 tarihli kararı bu konuda örnek bir karardır; "*Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri*

³⁵³ Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss.189-190.

meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür. Bundan başka, bu iki ana borçtan kaynaklanan ve bu borçların akde uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçlarında BK.da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan biri de, işi sadakat ve özenle bizzat yapma borcudur. Sadakat borcu iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır (Bkz., Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2; Eser ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, Ankara-1982, Sh. 35). Şimdi, eser sözleşmesindeki az yukarıda açıklanan yüklenicinin işin sadakat ve özenle yapma borcunu davalının mesleğinin doktor olması işin özellikle tıbbi kurallara bağlı bulunması göz önünde tutularak toplanan delillerin değerlendirilmesine sıra gelmiştir.

Doktor; tıbbi faaliyetlerde bulunurken mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde doktor tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Olayımızda, davalı doktor mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusur bulunmadığını ispatla zorunludur. Aksi durumda, BK. nun 96. maddesi gereği sorumludur. Delil olarak dayanılan ve dosyaya konulmuş karşı konulmayan davacıya ait fotoğraflara bakıldığında, davacının ameliyat öncesi burnu ile ameliyat sonrası meydana gelen burnu arasında kıyaslanamayacak oranda fahiş ve çok açık farklılık ve çöküntünün hasıl olduğu, adeta burnun yüz düzeyine dağılmış bir hale geldiği görülmektedir. Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanarak hüküm kurmuştur. Oysa, rapor dosya içerisindeki iddia ve savunmaya, delillere uygun olmadığı gibi karara esas tutulacak yeterlikte de değildir. Şöyle ki; raporda, davacının ileri derecede deformasyon ve burun tıkanıklığının giderilmesi için davalı doktora mürracaat ettiği, bunun üzerine septorinoplasti ameliyatı yapıldığı açıklanmıştır. Halbuki, ameliyat öncesi davacıya ait resimlere çıplak gözle bakıldığında; burunda hiç bir suretle ileri derecede bir deformasyon olmadığı açıkça görülmektedir. Yine burun şeklinin hasta tarafından beğenilmediği belirtilerek ikinci bir operasyon yapıldığına, raporda değinilmiş ise de; böyle bir olgu davalı tarafından ileri sürülmemiş tam aksine davalı vekili davaya cevap dilekçesinin ikinci

sahifesinde; ilk ameliyat ile burnun hafif çöktüğünü, bir iki hafta sonrada daha çok çöktüğünü, o nedenle kendisi tarafından ikinci ameliyata lüzum görüldüğünü açıklamıştır. Raporun son bölümünde belirtilen bu tip sonuçların ameliyat şekillerinde nadirde olsa görülebileceği; bu nedenle de doktora atfedilecek bir kusurun bulunmadığı görüşü de davalının hukuksal sorumluluğunu belirleyen ilkelerle çelişmektedir. Gerçekte de; doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp, alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle, müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadirde görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatın rizikoları; muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır."³⁵⁴

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 03.10.2007 tarihli bir kararında diş hekimliğinde eser sözleşmesi şu şekilde yorumlanmaktadır; "Diş tedavisinde, hasta ile doktoru arasındaki ilişki vekalet, diş protezinde ise eser sözleşmesidir. Vekalet sözleşmesinde sonucun taahhüdü yoktur. Oysa eser sözleşmesinde, doktor belli bir sonucu (eser) taahhüt etmektedir. Somut olayda hasta, doktorun yaptığı protezi kullanamamış, ve bir takım rahatsızlıklar meydana gelmiştir. Bu husus doğru ise, davalının yaptığı protez, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı sayılır (BK.m.360/1).

Protez işinin yapımı sırasında,diş eti hastalığının varlığı anlaşılırsa ve bu hastalık proteze engel ise öncelikle doktorun bu durumu hastasına bildirmesi ve hastanın kabulü halinde de önce diş eti tedavisi yapması gerekirdi. Doktor, ancak bu bildirimden sonra sorumluluktan kurtulur."³⁵⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.07.1964 tarihli bir kararında ise, eser sözleşmesini şu şekilde açıklamaktadır; "Borçlar Kanunu 355'e göre, istisna öyle bir akittir ki onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi yüklediği para karşılığında bir şey yapılmasını borçlanır. Burada, müteahhidin, yani davalı doktorun yaptığı şey ameliyat ile hastanın beyninden tümör alma işidir. Bu ameliyat bir eser meydana getirmek veya birşey yapmak, veyahut mevcut birşeyin parçasını takmak veya tamir

³⁵⁴ Çınarlı, (KARARLAR), (05.02.2015).

³⁵⁵ Deryal, s.115.

etmek niteliğinde değildir. Davalı doktorun ameliyatın neticesini taahhüt etmesi dahi durumu değiştirmez. Şu hale göre taraflar arasındaki hukuk ilişkisi BK.m.55'e uyan bir istisna akdi değildir. Aynı kanununun 386.maddesinin ikinci fıkrasında, diğer akitler hakkındaki hükümlere tabi olmayan işlerden dahi vekalet hükümlerinin yürüyeceği açıklanmıştır. Taraflar arasındaki ilişki, istisna akdine girmediğine göre, söz konusu edilen 386. maddenin ikinci fıkrası yoluyla olayın vekalet niteliğinde olduğunun kabulü gerekir."³⁵⁶

Sonuç olarak hekimlik sözleşmesi hukukumuzda vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu durumun istisnası, estetik amaçlı müdahaleler ve diş protezi gibi bazı müdahaleler olarak görülmektedir.

2.5.1.4. Vekaletsiz İş Görme

Vekaletsiz iş görme, bir kişinin bir işinin o kişiden vekalet almadan yabancı -başka- bir kişi tarafından görülmesi demektir. Diğer bir söyleyişle, vekaletsiz iş görme, bir kişinin, kendisinden vekalet almadan başkasının bir işini görmesidir. Bu, tarafları arasında önceden mevcut olmayan, kanunun öngördüğü koşullar varsa kurulan bir borç ilişkisidir. Buna rağmen, "vekaleti olmaksızın" başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.(...) İş sahibinin yapılmasını yasaklamadığı bir işin, vekaleti olmaksızın onun çıkarına gerçekleştirilmesine gerçek (caiz) vekaletsiz iş görme denilmektedir. (...) Başkasının işinin, iş görenin çıkarına görülmesine gerçek (caiz) olmayan vekaletsiz iş görme denir.³⁵⁷

Hastanın iradesi dışında, bir doktorun tıbbi yardımına maruz kalması durumunda hasta ile doktor arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Örneğin trafik kazası nedeniyle orada bulunan doktorun hastaya ilk müdahaleyi yapması ya da aniden baygınlık geçiren hastanın yakındaki doktor muayenehanesine götürülerek muayene ve tedavi ettirilmesi gibi durumlar bu şekildedir. Yine, hastanın isteği üzerine yapılan bir ameliyat sırasında önceden öngörülemeyen yeni bir gelişme nedeniyle ameliyatın genişletilmesi dolayısıyla da benzer bir hukuki ilişki söz konusu olmaktadır. Bütün bu örneklerde hasta ile doktor arasında iradi bir ilişki, yani sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu ilişkiye "vekaletsiz iş görme" denilmektedir.

³⁵⁶ İpekyüz, s.62.

³⁵⁷ Erişkin, (VEKALET), ss.191-192.

(...) Vekaletsiz iş gören doktor, hastaya yaptığı her türlü tıbbi yardım sırasında her türlü ihmalkar davranışının sonucundan sorumlu tutulur. Burada doktorun göstereceği özen yükümlülüğünün sözleşmeye dayalı olarak yaptığı tıbbi yardım ve müdahale sırasında göstereceği özen ile aynı olduğu kabul edilmektedir.³⁵⁸

Hekim ve hasta arasında bazen sözleşme ilişkisi olmaksızın bir ilişki olabilir. Hastanın vekaleti olmaksızın bazen hekim, hastanın muhtemel iradesine ve menfaatine uygun olduğunu düşündüğü şekilde müdahale etmek zorunda kalabilir. Bu durumda müdahaleyi yapan hekim vekaletsiz iş görendir ve bu durumlarda Yeni Borçlar Kanunu'nun 526-531. maddeleri uygulanır. Bu maddeler şu şekildedir;

"A. İş görenin hak ve borçları

I. İşin görülmesi

MADDE 526- Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.

II. Sorumluluk

MADDE 527- Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.

İş gören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

III. İşgörenin ehliyetsizliği

MADDE 528- İşgören, sözleşme ehliyetinden yoksunsa, yaptığı işlemde ancak zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumlu olur.

Haksız fiillerden doğan daha kapsamlı sorumluluk saklıdır.

B. İşsahibinin hak ve borçları

I. İşin işsahibinin menfaatine yapılması hâlinde

MADDE 529- İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek

³⁵⁸ Gökcan, (TİBBİ), ss.945-946.

ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır.

İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir.

II. İşin işgörenin menfaatine yapılması hâlinde

MADDE 530- İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.

III. İşin iş sahibi tarafından uygun bulunması hâlinde

MADDE 531- İş sahibi yapılan işi uygun bulmuşsa, vekâlet hükümleri uygulanır".

Sorumluluk doğuran bazı ilişkiler, hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşmeye dayanmaz. Bu gibi hallerde hekim, hastanın iradesine dayanmadan, ancak onun iyileşmesi amacıyla tıbbi müdahalede bulunur. Böyle bir durumda hekim vekaletsiz iş gören konumuna düşer. Bu durumlara özellikle trafik kazalarında bilincini yitirmiş bir hastaya yapılan müdahale örnek olarak verilir. Burada amaç hastanın hayatını kurtarmak veya bir zarar görmesini engellemektir. Ayrıca ameliyat sırasında ameliyatın genişletilmesinin zorunlu görüldüğü hallerde de böyle bir durum ortaya çıkar. Bunun için, hasta bakımından yaşamsal bir durumun ortaya çıkması, müdahalenin genişletilmesi riskinin, hastanın rızasını almak için beklenmesi halinde karşılaşılabilecek tehlikeden daha küçük olması gerekir. Ölüm tehlikesinin atlatılması hali dışında yaşamsal bir organın çıkarılmaması zorunludur.³⁵⁹ "Ameliyatın genişletilmesinde vekaletsiz iş görme sözleşmesinin geçerli olabilmesi için şu şartların varlığı gereklidir;

-Hasta için hastanın rızasının alındığı müdahaleden daha ağır riskler getirmesi söz konusu olan ve beklenmeyen bir başka bir acil müdahale durumu oluşmalı,

-Rıza almak için geçecek süre hasta açısından daha büyük riskler doğuracağı genel kabul gördüğünde,

-Ölüm tehlikesi söz konusu olduğunda,

³⁵⁹ Er, s.67.

-Tıp mesleğinin standartlarında bu genişletilmenin tahmin edilemez olması durumunda." ³⁶⁰

Vekaletsiz iş görme durumunda sorumluluk, doktorun tesadüfen tanık olduğu hal ya da durumlarda acil tıbbi müdahale sorumluluğudur. Burada Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesi ve TCK madde 476 uyarınca sorumluluk vardır. Ancak görevli olmadığı acil durumlarda doktorun tıbbi malpraktisten sorumluluğu tartışmaya açıktır. Amerika'da tıbbi malpraktis davalarının ürkütücü boyutu nedeniyle doktorlar, görevli olmadıkları durumlarda müdahaleden çekinmekteydiler. Bu durum birçok toplumsal soruna neden olmuştur. Ancak Amerika'da sözleşme hukuku doktorlara acil durumlarda görevli olmadıkları halde müdahale etmeleri durumunda, tıbbi malpraktisten yargılanmalarını engelleyerek, hakkaniyet tesis edilmeye çalışılmıştır. Bu durum "Good Samaritan" kanunu ile hüküm altına alınmıştır.³⁶¹ Bu sayede hekimlerin acil durumlarda rahatlıkla müdahale edebilmelerinin önü açılmıştır. Amerikan hukukunda bazı eyaletlerde geçerli olan bu uygulama hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu nedenle bir zamanlar Amerika'da görülen sorunlar ülkemizde de görülmektedir. Yukarıda belirttiğim gibi bugün ülkemizde malpraktis davaları nedeniyle ciddi bir defansif tıp yaklaşımı sorunu mevcuttur. Henüz toplum tarafından fark edilmese de, hekimler görev dışı hiç bir vakaya müdahale etmeyi istememekte, acil durumlarda pasif kalmayı, olay yerinden uzaklaşmayı veya görmezden gelmeyi tercih etmektedir. Üstelik hekimlerin büyük bir bölümü bu şekilde davranmanın kendilerini TCK m.83 kapsamında cezai sorumluluk altına soktuğunu da bilmemektedir. Hekimlerin önemli bir kısmında kendilerinin hasta, hasta yakını, avukatlar, siyasiler , medya ve yargı tarafından linç edildikleri, bir hekimin deyimi ile "masa başında oturanların insan kurtaranları ezmeye çalıştığı" algısı çok yaygındır. Defansif tıp uygulamalarının geldiği bu noktada, 15 yıl öncesinin "önce hastam" diyen hekimlik anlayışı yerine, "önce kendimi korumalıyım" şeklinde bir anlayış hızla yaygınlaşmaktadır. Bu konuda bir araştırma yapılırsa durumun ne kadar ciddi olduğu görülecektir. Bu konuda yasa koyucunun yeni düzenlemeler yapmasının gerekli olduğuna inanıyorum.

³⁶⁰ Günday, s.13.

³⁶¹ Günday, ss.11.

2.5.1.5. Özel sektörde çalışan hekimlerin yargılanması ve yargı yeri

Özel sektörde serbest veya özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, "haksız fiil", "sözleşme ilişkisi" veya vekaletsiz iş görme" şekillerinde olabilir. Tazminat hukukumuzda göre, hukuka aykırı bir eylem veya işlem sonucu meydana gelen zarar ve ziyana ödeme anlamına gelen tazminat, olayın durumu yönünden ana hatları itibarıyla iki şekilde ortaya çıkar; 1) Maddi tazminat, 2) Manevi tazminat. Bu bağlamda hekimler de kusurlu olduğu veya objektif olarak sorumlu olduğu hallerde, hastanın karşılaştığı maddi ve manevi zararları gidermek zorundadırlar.

Yeni Borçlar Kanunu'nda tazminat konusu 51-59. maddelerinde şu şekilde düzenlenmiştir;

" III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

2. İndirilmesi

MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran file razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

b. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

- 1. Tedavi giderleri.*
 - 2. Kazanç kaybı.*
 - 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar.*
 - 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.*
- c. Belirlenmesi*

MADDE 55- Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

d. Manevi tazminat

MADDE 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

2. Haksız rekabet

MADDE 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

3. Kişilik hakkının zedelenmesi

MADDE 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı

MADDE 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür.

Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur."

Görüldüğü gibi, bir kişiye verilen zarar sonrası maddi ve manevi tazminatın hesaplanma yöntemleri kanunumuzda tanımlanmıştır. Şimdi bu kavramları kısaca inceleyeceğiz.

2.5.1.5.1. Maddi Zarar

"Tıp biliminin, ahlak ve hukuk düzeninin onaylamadığı bir hekim davranışı sebebiyle hastanın ölmesi ya da beden gücünü yitirmesi sonucu meydana gelen malvarlığı zararlarıdır. Hekimin kusurlu davranışı sebebiyle, hastanın ölmesi durumunda maddi zararların tazmini "destekten yoksun kalma tazminatı" ile sağlanmaktadır. (...) Hekimin kusurlu davranışı sonucunda ölen hastanın, maddi desteğini alan kişiler işbu davada davacı sıfatını kazanmakta, hekim ise davalı sıfatını haiz olmaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatını talep edebilmek için, hastanın mirasçısı olma şartı yoktur. Hastanın maddi desteğini alan, bakım ve yardımından yararlanan veya gelecekte alacak veya yararlanacak (örn. cenin) iken bundan mahrum kalan herkes bu tazminat davasında davacı olabilecektir. Ölen kişinin bir şahsa/şahıslara sağladığı maddi desteğin veya bakım ve yardımın;

- Devamlı ve düzenli surette olması ,
- Meşru bir sebebe dayanıyor olması şarttır. (...)

Ölüm halinde, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulan hususlar:

- 1- Ölen kişinin ölmeden önceki geliri
- 2- Ölen kişinin yaşı

3- Kusur oranları; tazminat miktarının belirlenmesinde hekim ve hastanın kusur oranlarının tespiti büyük önem taşımaktadır. Zira hekimin kusurunun %100 olduğu hallerde hekim aleyhine hükmedilecek tazminat miktarı ile hastanın kendi kusur ile durumunu ağırlaştırdığı hallerde hükmedilecek tazminat miktarı muhakkak ki farklı olacaktır. Hastanın uğradığı zararın yalnızca hekimin kusurlu davranışından mı, yalnızca hastanın kusurlu davranışından mı yoksa her ikisinin birlikte kusurlu davranışından mı doğduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır. Hastanın tam kusurlu olduğu hallerde, hastanın zararından hekim sorumlu tutulamaz. Çünkü hastanın tam kusuru, hekimin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağıını keser.

4- Geride kalan eşin erkek ya da kadın olması, tekrar evlenme şansı olup olmadığı.³⁶²

Ayrıca zarara uğrayan hastanın rızasının olması da maddi zararın tayinini ve dolayısıyla tazminat miktarını etkileyecektir.

Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, ölüm halinde hesaplanacak tazminat;

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpları kapsayacak şekilde hesaplanacaktır. Ölümün olmadığı ama sakatlık veya ağırlaşan durumlarda ise aynı kanunun maddesine göre tazminat miktarı;

1. Tedavi giderleri,

2. Kazanç kaybı,

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar,

göz önüne alınarak hesaplanacaktır.

2.5.1.5.2. Manevi Zarar

Manevi zarar, bir kimsenin kişilik haklarına yapılan haksız bir saldırı dolayısıyla duyduğu cismani ve manevi acı, ıstırap ve elem nedeniyle yaşama zevkinde azalma meydana gelmesidir. Manevi tazminat da kişinin acılarını azaltmak

³⁶² N. Savaş, ss.162-163.

amacıyla yaptırılan ödemedir. Bu bakımdan hekim, kusurlu bir tıbbi müdahalesiyle hastada söz konusu şekilde bir sonuca yol açarsa, mahkeme tarafından, manevi tazminat ödemekle yükümlü kılınacaktır. Borçlar kanunumuz kişisel varlıklara yönelik haksız fiil nedeniyle manevi tazminatı, bunların maddi varlık olup olmamasına göre ikiye ayırmıştır: Haksız fiil kişinin maddi kişisel varlığına (cismani zarar veya ölüm) saldırı niteliği taşıyorsa, buna ilişkin manevi tazminatı BK, 47. madde ile (yeni BK madde 56) düzenlemiştir. Maddi nitelikte olmayan şeref, haysiyet, özel yaşam, isim vb kişisel varlıklara saldırı halinde ise manevi tazminat ile ilgili olarak 49. madde (yeni BK madde 58) uygulanacaktır.³⁶³

Diğer bir deyişle manevi zarar, hekimin hastasına sağlık hizmeti sunmasından önceki hastanın durumu ile sağlık hizmeti verdikten sonraki durumu arasındaki olumsuz yönde ruhsal fark ve değişikliktir. Bu değişiklikler manevi tazminata konu olmaktadır. Ölen kişinin yakınları da manevi tazminat davası açabilirler. Çünkü onların da hastalarının ölümünden dolayı duydukları üzüntü, elem ve ızdırapları oluşmaktadır ve bu oluşum kendilerine hekim hakkında dava açma hakkı vermektedir.³⁶⁴

"Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınan ölçütler şunlardır;

- Ölüm şeklinin ölenin yakınlarında yarattığı ruhsal travma,
- Maluliyet oranı, geçici veya kalıcı nitelikte olması,
- Hekimin kusurlu davranışı sonucu hastanın vücudunda oluşan kalıcı iz, izin bulunduğu yer, hastanın cinsiyeti-yaşı-mesleği,
- Kusur oranları,
- Tarafların sosyal ve ekonomik durumu,

Tüm bu ölçütlerin göz önüne alınması suretiyle, tazminat miktarının ne olacağını BK m. 49/2 (yeni BK madde 56) gereğince hakim belirleyecektir. Türk hukuk sisteminde manevi tazminatın zenginleşme aracı olarak kullanılamayacağı yönünde yerleşmiş bir görüş mevcuttur.³⁶⁵

Son olarak, kamu görevlisi olmayan, başka deyişler kendi muayenehanesinde veya bir özel hastanede çalışan sağlık personelinin hatalı tıbbi müdahaleleri ile ilgili olarak açılacak tazminat davalarının adli yargıda açılması gerekir. (...) Tazminat

³⁶³ Er, s.336.

³⁶⁴ Özkan, s.213.

³⁶⁵ N. Savaş, s.157-158.

davalarında, tazminatın miktarına göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi görevlidir.³⁶⁶

2.5.2. Kamuda çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları

Kamu hastanesine müracaat eden hasta ile hastane arasındaki ilişki ise sözleşme ilişkisi değildir. Burada hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. O bakımdan kamu hastanelerinde yapılan müdahalelerden doğan zararlar bakımından sorumluluk özel hukuk kurallarına değil, kamu hukuku esaslarına göre belirlenmelidir. Kamu hastanelerinde ise sözleşme ilişkisi değil, idare hukuku ilişkisi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk durumu idare hukuku kurallarına göre çözümlenir. (...) Yargıtay da ister hizmet kusuru, ister şahsi kusur olsun, davanın idare aleyhine açılabileceğini içtihat etmekle beraber, bu kuralın istisnası olarak da görev yetkisi ile bağdaşmayan adam dövme, yargı kararlarını yerine getirmeme gibi hallerde kamu görevlisi aleyhine dava açılabileceğine karar vermiştir. Böylece, hekimin kamusal görev yetkisini ciddi bir şekilde aşarak hareket etmesi halinde hukuk mahkemesinde aleyhinde dava açılabileceği belirtilmektedir. Keza kamu görevlisi olan hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken kamu görevini yerine getirmediği hallerde de dava kamu görevlisi aleyhine açılmalıdır.³⁶⁷ Kamu hastanesinden hizmet alan hasta ile idare arasındaki ilişki "hizmet sözleşmesi" ilişkisi olup, bu hizmet verilirken ortaya çıkan kusurlar da "hizmet kusuru" olarak adlandırılır. Şimdi, idarenin sorumluluğu ve hizmet kusuru kavramlarını inceleyeceğiz.

2.5.2.1. İdarenin Sorumluluğu

“Sorumluluk” sözcüğü, kişilerin davranışları veya yaptıkları herhangi bir hareketin sonuçlarını üstlenmeleri, ya da uyulması gereken kurallara aykırı davranışın hesabını vermeleri anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda sorumluluk sözleşmeye dayalı sorumluluk veya sözleşme dışı sorumluluk olarak görülebilir. Sözleşme dışı sorumluluk ise başlıca “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olarak iki başlıkta toplanabilir.³⁶⁸

³⁶⁶ Hakeri, (TIP), ss.501-509.

³⁶⁷ Hakeri, (TIP), s.500.

³⁶⁸ Yavuz, s.14.

1982 de kabul edilen ve halen yürürlükte olan Anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti hem sosyal devlet, hem de bir hukuk devletidir. 19. Yüzyılda geçerli olan devlet anlayışı, özellikle Kıta Avrupa'sında, 19 ve 20.yüzyıllarda yaşanan büyük savaşlar, sınıf mücadeleleri ve gelişen insan hakları kavramıyla Sosyal Devlete dönüşüm göstermiştir. Bu değişim sonucunda hukuk sistemleri de değişim göstermiş adalet ve hakkaniyet düşüncesi gelişmiştir. 19. Yüzyılda devletler ve hukuk sistemleri, yurttaşlarına temel hak ve özgürlükleri tanımakla beraber, bunların uygulanması , bu hakların kullanılması ve insanların insanca yaşamaları konusunda fazla bir yükümlülük üstlenmemektedirler. Oysa sosyal devletler, yurttaşlarına sadece temel hak ve özgürlükleri vermekle kalmazlar. İnsanların asgari düzeyde de olsa insanca yaşamalarını sağlamaya çalışırlar. Bu anlamda sosyal devletler, yurttaşlarının eğitim, sağlık, çalışma koşulları gibi bir çok alanda da yükümlülük altındadırlar. Ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası ile sosyal devlet ilkesi kabul edilmiş, her ne kadar tam anlamıyla uygulanamasa da bugüne dek bu ilke kabul görmüştür.

Erkler ayrılığı prensibi gereği yasama, yürütme ve yargı ayrı ve bağımsız erkler olmakla beraber, çağdaş hukuk devletlerinde yasama ve yürütmenin yargı tarafından denetleneceği ve hukukun üstünlüğü kabul edilir. Yani yönetenler (devlet), her şeyden önce kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisi uymakla yükümlüdür. Devletin hukuk kurallarıyla bağılı olmadığı durumlarda hukuk devletinden ziyade ancak bir "polis devletinden" söz edilebilir. Devletin yargı tarafından denetlenmesi ve hukuk kurallarıyla bağılı olması, aynı zamanda idarenin hukuk karşısında hesap verebilir olmasını da getirmektedir. İşte Anayasamızın 125. Maddesinde yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" ibaresi bu anlamda 2.maddenin devamıdır ve hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi 1976 yılındaki bir kararında (AYM E.1976/1, K.1976/28) , hukuk devletini "*insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağılı olan devlet*" şeklinde tanımlamıştır.³⁶⁹ Bir ülkede devletin hukuk devleti olması, sosyal devlet olabilmenin

³⁶⁹ Erdoğan, s.5.

en temel şartlarından biridir ve bu nedenle Anayasamızda “sosyal hukuk devleti” ibaresi beraber kullanılmıştır.

Sorumluluk kavramı sadece gerçek kişiler için değil aynı zamanda tüzel kişiler için de geçerlidir. Bu kapsamda bir hukuk sistemindeki en büyük tüzel kişilik olan devlet, yani idarenin de bu kavram içinde anlaşılması gerekir. İdarenin hukuka aykırı eylem ve işlem yapmaması gerekir. Bu, hukuk devleti ve sosyal devlet olmanın bir gereğidir. İdarenin hukuka aykırı olarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerin bazı yaptırımlarla karşılaşması, bu eylem ve işlemlerden doğan zararları ortadan kaldırmaya her zaman yetmeyebilir. Kişiler bu zararlardan dolayı maddi ve manevi zararlara uğramış olabilirler. Bir hukuk devletinde İdare, kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan bu zararları karşılamak durumundadır. Hukuk devletinde idare, yalnızca hukuka uygun eylem ve işlemler yapmakla sorumlu değildir; aynı zamanda , kendi kusurlu ve hatta kusursuz eylem ve işlemleriyle bireylere verdiği zararları da tazmin etmek zorundadır. İşte idarenin bireylere vermiş olduğu zararları tazmin yükümlülüğüne “ *idarenin sorumluluğu*” denir. İdarenin sorumluluğu, bir kişiye verdiği zararın ve o kişinin mal varlığında oluşan azalmanın, idarenin mal varlığından alınarak o kişiye iade edilmesi , bu suretle idareden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi demektir. İdare bu zararı kendi isteği ile tazmin edebilir. Ancak kendi isteği ile tazmin etmek istemezse, bu zarar yargı organlarınca tazmin ettirilir.³⁷⁰

"Gerek 1961 Anayasasında (114.madde) ve gerekse 1982 Anayasasınının 125. Maddesinde yer alan “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” ibaresi, idarenin sorumsuzluğuna son vermiş, idarenin sorumluluğu ilkesini getirmiştir. Buna göre idare, yaptığı her eylem ve işlemde sorumlu olacak ve yol açtığı zararı karşılayacaktır. Diğer bir deyişle idare yol açtığı zarardan dolayı yargı önünde hesap verebilecek ve yargı kararlarına uyacaktır. Bu konuda idareye yargı kararlarını uygulama konusunda bir takdir hakkı tanınmamıştır. Yine yukarıda belirttiğimiz gibi Anayasa ve yasalar, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluk hallerini kesin olarak düzenlememiştir. Bu konudaki boşluk gerek yasama ve gerekse yargı kararlarıyla tamamlanmaktadır. Burada vurgulanması gereken, idarenin temel olarak kusurlu, ikincil olarak ise kusursuz sorumluluğunun

³⁷⁰ Erdoğan, s.3.

bulunduğudur. Zira Anayasa'nın 125. maddesinde kusurlu veya kusursuz ayrımı yapmamaktadır.

Hukuki anlamda en yaygın ve en geniş sorumluluk türü kusur sorumluluğudur. Burada oluşan zarar , bu zarara neden olan kişinin kusurlu davranışına bağlıdır, bu yüzden "kusur sorumluluğu" olarak adlandırılır. Bu sorumluluğa "haksız fiil sorumluluğu" veya "subjektif sorumluluk" ta denilmektedir. Kusur sorumluluğunda temel unsur kusurdur. Hatta kusur zarardan bile önce gelmektedir. 18 ve 19. yüzyıllarda "kusursuz sorumluluk olmaz, tazminat borcunu yaratan zarar değil kusurdur" düşüncesi uzun süre savunulmuştur.³⁷¹ Bu görüş günümüzde kusur sorumluluğu için genel olarak geçerli olsa da mutlak doğru olarak kabul edilmemektedir.

Kusur sorumluluğu, sorumluluk konusunda birinci derecede önemlidir. Belirli bir yükümlülüğü yerine getirebilmek her şeyden önce belli bir irade gerektirir. İstenen sonuca ulaşmak için gereken irade yoksa veya yeterince etkili ve güçlü değilse ya da yükümlülüğün aksi isteniyorsa, bu irade yetersizliği ve zaafına "kusur" denilmektedir.³⁷² Kusur bazı hallerde daha ağır bazı hallerde ise daha hafif olabilir. Ağırılık derecesine göre genel olarak kusur, "kasıt (dolus)" veya "ihmal (culpa)" olarak ikiye ayrılabilir.³⁷³ Buradan da anlaşılacağı gibi, kusur sorumluluğunda temel olan, yapılan işlemin her şeyden önce hukuka aykırı olmasıdır.

Kusursuz sorumluluk ise, hukuk literatürüne çok sonra girmiştir. Kusursuz sorumluluğa "objektif sorumluluk" ta denmektedir. Genel anlamda kusursuz sorumluluk, bir hukuksal kişinin, kusuru olmadığı halde , yapılan işlemler hukuka uygun olmasına rağmen oluşan zararlardan dolayı sorumlu tutulmasıdır.³⁷⁴ Buradan da anlaşılacağı gibi kusursuz sorumluluk ta, kusur sorumluluğunun aksine hukuka aykırı bir işlem şart değildir. Ancak bir işlem veya bir olay olmuş, kişi veya kurumların bir kusuru olmamasına rağmen başka kişi, kişiler veya kurumlar zarar görmüştür. Yapılan iş veya işlemler tamamen hukuka uygun olsa da, yapılan iş veya işlemler ile oluşan zarar arasında bir ilişki vardır. Ancak bu durum, yani kusursuz sorumluluk azınlıkta ve ikincil olarak görülen bir durumdur. Çoğunlukla görülen

³⁷¹ Yavuz, s.30.

³⁷² Tahiroğlu, s.157.

³⁷³ Çağlayan, s.27.

³⁷⁴ Kayışoğlu, s.178.

kusur sorumluluğudur. Buradan da anlaşılacağı gibi kusursuz sorumluluk istisnaidir ve ikincildir, asıl olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluğun bu niteliği onun “tamamlayıcı nitelikte” olduğunu da gösterir. Bu durum Fransız idare hukukunda “kusurlu sorumluluk, kusursuz sorumluluktan önce gelir” özdeyişiyle ifade edilmiştir.³⁷⁵ Burada vurgulanması gereken nokta, idareden kaynaklanan zararlarda aynı anda hem kusur hem de kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanılarak tazmin sorumluluğunun olamayacağıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi öncelikle kusur sorumluluğuna (hizmet kusuru) bakılmalı, hizmet kusuru yok ise bu durumda kusursuz sorumluluk ilkesi göz önüne alınmalıdır.³⁷⁶

Danıştay 10.Dairesinin 10.04.1996 gün, 1995/53 esas ve 1996/1913 karar sayılı kararı ile bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; " *İdare mahkemesince, davalı İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur, hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir.*"³⁷⁷

İdarenin sorumluluğu, idarenin özel hukuktan kaynaklanan işlemlerinden veya kamu hukukundan kaynaklanabilir. Özel hukuktan kaynaklanan sorumlulukları özel hukuk hükümlerine göre ve özellikle haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilirken, kamu hukukundan kaynaklanan sorumlulukları ise idare hukuku kurallarına göre düzenlenir.

Kamuda verilen sağlık hizmetlerinde idareye yöneltilecek temel suçlama, hizmetin kusurlu olmasıdır. Şimdi kamuda verilen sağlık hizmetleriyle ilgili davalarda karşımıza çıkan hizmet kusuru kavramını inceleyeceğiz.

2.5.2.2. Hizmet kusuru

"Sorumluluk hukukunun temelinde “kusur” kavramı yatmaktadır. Kusur kavramı hem cezalandırmaya yönelik bir düşüncenin ürünü olup hem de kusuruyla

³⁷⁵ Yavuz, s.4.

³⁷⁶ Yavuz, s.3

³⁷⁷ kazanci.com, (22.02.2015).

zarara yol açanın zararını tazmin etmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Özel hukukta haksız fiil sorumluluğunun şartlarından olan kusur kavramı, idare hukukunda İdarenin kusurlu sorumluluğu boyutunda kendine has, tamamen İdare Hukukuna özgü bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır

Hizmet kusuru, idarenin yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenişinde, işleyişinde ve ilgili personel üzerindeki nezaret ve denetim görevinde söz konusu olan aksaklık, düzensizlik, sakatlık ve eksiklik şeklinde ortaya çıkan; belli bir ya da birkaç kamu görevlisine atıf ve izafe edilemeyen somut, anonim ve objektif karakterli; tamamen idare hukukuna has ve idarenin doğrudan doğruya ve asli sorumluluğunu gerektiren kusurdur."³⁷⁸

Hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusurundan bağımsızdır. İdarenin ajanı kusurlu da kusursuz da olsa, idarenin işleyişinde, kuruluşunda veya düzenlenmesinde bir aksaklık varsa hizmet kusuru vardır. Danıştay bir kararında, bireyin uğradığı zararın tazmini için kamu görevlisine izafe edilecek bir kusurun aranmamasının, idare hukukunda kusuru ayıran en önemli faktörlerden biri olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay ise hizmet kusurunu *“hizmetin olağan işleyişi içerisinde idarenin bir ya da daha çok görevlisine düşen (ve fakat salt kişisel kusur olarak tanımlanamayan) yanlışlıklar”* şeklinde tanımlamıştır. Oysa hizmet kusurunda kusurlu personeli tespit etmek her zaman mümkün olmadığı gibi bazı durumlarda tespit etme yoluna da gidilmemektedir. Bu durum bir Danıştay kararında şu şekilde belirtilmiştir: *“Hizmetin kusurlu işlemesi kamu ajanlarının kusurundan ileri gelebileceği gibi bu ajanlara izafe edilebilecek bir kusur bulunmaksızın da hizmet kusurlu işlemiş olabilir. Fertlerin uğradıkları zararın tazmini için mutlaka ajanlara yani görevlilere izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti aranmaz”*.³⁷⁹

Diğer bir deyişle; hizmet kusurunun özel hukuktaki gibi bireyin kusuru şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü zararın temeli bir idari işlem ise idari işlem bir sürecin sonucudur. Kararı veren kamu görevlisi sadece kendisine verilen belirli bir rolü üstlenmiş olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle hizmet kusuru kamu görevlilerinin kusurlarından bağımsız, nesnel ve objektif niteliktedir ve

³⁷⁸ Gökcan, (TİBBİ), s.1051.

³⁷⁹ Çınar Can Evren, "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", **TBB Dergisi**, Sayı:95, 2011, s.180-181.

kişiselleştirilmesi gerekmemektedir. Hizmet kusuru, hizmetin, hizmeti görmekle mükellef olan idare örgütünün yani kısaca idarenin kusurudur.³⁸⁰

İdare, anayasanın ve kanunların kendisine verdiği görev ve yetki kapsamında ve imkânları dâhilinde, topluma kamu hizmeti sunmak için gerekli örgütlenmeyi yapmak, gerekli araçları temin etmek, gerekli personeli istihdam etmek ve eğitmek, gerekli denetimleri yapmak ve kamu hizmetinin aksamadan devam etmesi için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. İşte idarenin anayasa ve kanunlarca kendisine verilmiş bu görevi hiç yapmaması, kötü yapması veya geç yapması durumunda idarenin kusurlu sorumluluğu doğacaktır. Doktrinde ve yargı kararlarında idarenin yürütmek zorunda olduğu veya yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumunda idarenin hizmet kusurunun doğacağı konusunda fikir birliği bulunmaktadır.³⁸¹

Danıştay, sorumluluğun nedeni olarak gördüğü hizmet kusuru kavramını müstakar (yerleşik) kararlarında şöyle açıklamaktadır; "*İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde, veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğününün doğmasına yol açmaktadır.*"³⁸²

2.5.2.2.1. Hizmetin Kötü İşlemesi

İdare, yürüttüğü kamu hizmetlerini imkânları dâhilinde çağın gereklerine uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. En genel anlamıyla hizmetin kötü işlemesi, idarenin yürüttüğü hizmetin çağın gereklerine uygun olmaması, idareden objektif olarak beklenen özen ve dikkatin gösterilmemesi, olması gereken standart ve kalitede yapılmamasıdır. Diğer bir deyişle idare, yürüttüğü kamu hizmetini imkânlar dâhilinde kendisinden beklenen objektif özen ve dikkati göstererek yapmak ve olağan şartlarda sunması gereken kalitede hizmet sunmak zorundadır.³⁸³

Danıştay 10. Daire E. 2003/3146 K. 2006/5850 T.20.10.2006 tarihli kararında "*davacılar yakınının doğumundan iki ay sonra kan örneğinin alınarak ilgili*

³⁸⁰ Çınarlı, (İDARE), s.182.

³⁸¹ Ahmet Bozdağ, "İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması", **Türk İdare Dergisi** , Sayı: 468 , 2010, s.40.

³⁸² Gökcan,(TİBBİ), s.1052.

³⁸³ Bozdağ, s40.

tanı merkezine gönderilmesine rağmen hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı, örneklerin öznel hale getirilmediği; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken "fenilketonüri" hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi...” söz konusu olduğu yönünde karar vermiştir.³⁸⁴

"Doktrinde, idarenin;

- Konuyla ilgili mevzuata, yerleşmiş içtihat ve uygulamalara uymaması,
- Meslek ilke ve kurallarına ve hizmet gereklerine uymaması,
- Gerekli teşkilatı tam olarak kurmamış olması,
- Yeterli sayıda ve kalitede personeli istihdam etmemiş olması,
- Personelin gerekli eğitime sahip olmaması,
- Gerekli denetimlerin yeterince yapılmamış olması,
- Hizmeti yürüten personelin, gerekli özen ve dikkati göstermemesinin,

hizmetin kötü işlediğine karine oluşturduğu kabul edilmektedir."³⁸⁵

Sonuç olarak, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülmemesi demektir. Türk Danıştay'ı kararlarından örnekler; gazetecinin fotoğraf makinasının polis tarafından elinden alınıp kırılması, sulama kanalına hacminden fazla su verilmesi sonucu kanalın patlaması, vitesleri dahi bilmeyen bir şoför tarafından kullanılan idarenin aracının bir kişiye çarpması, devlet hastanesinde hatalı enjeksiyon yaparak bir kişinin kolunun kangren olması, idarenin gerekli tedbirleri almaması sonucu hayvanların zift çukuruna düşüp ölmesi, zırhlı araçların bakımsızlık nedeniyle arızalı durumda olması, okulda bir öğrencinin gözüne diğer öğrenci tarafından zarar verilmesi, kaçak zannıyla el konulan derilerin uygun koşullarda muhafaza edilmemesi sonucu derilerin kullanılamaz hale gelmesi, Fransız Danıştay'ı kararlarından örnekler; havalenin yeterli kimlik kontrolü yapılmadan başkasına ödenmesi, silah ruhsatı alma şartları taşımayan birine idarenin yeterli incelemeyi yapmadan silah ruhsatı vermesi ve bu kişinin ruhsatlı silahla başkasını öldürmesi, hastanede yeterli koruma tedbirlerinin alınmaması sonucunda bir mahkumun

³⁸⁴ Çınarlı, (İDARE), ss.199-200.

³⁸⁵ Bozdağ, s.41.

öldürülmesi, bir ithalatçıya gümrük vergileri konusunda yanlış bilgi verilmesi, idarenin verdiği sözleri tutmaması gösterilebilir.³⁸⁶

2.5.2.2.2. Hizmetin Geç İşlemesi

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile gerçekleştirilmesi, hizmetin geç işlemesidir. İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri, hizmetin niteliğine uygun makul bir sürede süratle icra etmelidir. Mevzuatın hizmetin yerine getirilmesi için belli bir süre öngördüğü durumlarda, bu sürenin aşılmış olması hizmetin geç işlediğine bir karine olabilir. Ancak çoğu kez hizmetlerin işlemesiyle ilgili belli bir süre öngörülmediğinden hizmetin geç işleyip işlemediğinin tespiti olayın özelliklerine göre İdari yargı hakimi tarafından belirlenecektir.³⁸⁷

Danıştay 10. Dairesi, kalp krizi geçiren hastaya hekimin geç müdahale etmesi neticesinde hastanın ölümü olayında hizmetin geç işlediğini ve idarenin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. “ *Polis memuru olan davacılar murisinin saat 8.15 sularında acil servise getirildiği, görevli doktorlarca EKG grafisine ve klinik bulgulara göre Lateral Enfarktüs tanısı konularak o günün icapçı dahiliye uzmanının çağrıldığı, anılan doktorun gelmediği, hastanın ağırlaşması üzerine başka bir dahiliye uzmanının müdahale ettiği, ancak hastanın 09.00 sularında öldüğünün anlaşıldığı...bilirkişi heyetince verilen kararda sonuç ölümlü olsun olmasın, eğer uzman bir hekim mevcutsa, uzman hekimin ulaşabildiği en erken zamanda hastaya müdahale etmesi gerektiği, zira zamanında yapılan müdahale ile hayat kurtarılabilceğinin belirtildiği, bu durumda idarenin hizmet kusuru bulunduğu*” gerekçesiyle tazminat verilmesine ilişkin yerel mahkeme kararı onanmıştır.³⁸⁸

Türk Danıştay'ı kararlarında örnekler; hemen ameliyat edilmesi gereken apandisitli hastanın geç ameliyat edilmesi sonucunda ölmesi, bir memurun terfiindeki haksız gecikme , Fransız Danıştay'ı kararlarında örnekler; idarenin zamanında tamir etmemesi sonucu bir tarihi eserin yıkılması ve zarara yol açması,

³⁸⁶ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, "İdare Hukuku Dersleri", 14.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s.749.

³⁸⁷ Çınarlı, (İDARE), s.201.

³⁸⁸ Çınarlı, (İDARE), ss.201-202.

idarenin taşıma izni vermemesi sonucunda kestanelerin çürümesi, savcılığa suç duyurusunda bulunulmasında gecikme" gösterilebilir.³⁸⁹

Sonuç olarak idare yürüttüğü hizmetleri, varsa mevzuatta belirtilen süre de, mevzuatta belirli bir süre yoksa hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu imkânlar ve günün şartlarının verdiği elverişlilik ölçüsünde makul bir sürede başlamak ve bitirmek zorundadır. Bu nedenle, hizmetin geç işleyip işlemediği her somut olayın kendi şartları ve özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir.³⁹⁰

2.5.2.2.3. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetler konusunda hareketsiz kalması sonucunda da ortaya çıkmaktadır. Ancak idarenin hareketsiz kalmasının sorumluluğuna yol açabilmesi için öncelikle söz konusu alanda idarenin etkinlikte bulunması kanun gereği olmalıdır.³⁹¹

"Ancak idare, idare hukukunda idareye tanınan geniş takdir yetkisinin sonucu olarak kamu hizmetlerini sunma konusunda her zaman bağlı yetkiyle bağlı olmayabilir. Diğer bir ifadeyle belirli hizmetlerin görülmesi konusunda idareye takdir yetkisi verilmiş olabilir. İdareye takdir yetkisi verilmesi, kamu hizmetinin yapısından kaynaklanan bir zorunluluk ise de; bu yetki, mutlak, keyfi ve denetim dışı bir yetki olmayıp; yasal sınırlar, idarenin imkânları, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlıdır. Takdir yetkisinin, kamu yararının ve hizmet gereklerinin sübjektif kavramlar olması, idarenin takdir yetkisini kullanarak hizmet sunmadığı durumlarda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitini güçleştirmektedir. Bu nedenle idarenin, kamu hizmetini yürütmek konusunda bağlı yetkiyle bağlı olmadığı, hizmeti sunmak ya da sunmamak konusunda takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda hizmetin hiç işlememesinin hizmet kusuru oluşturup oluşturmayacağı konusunda kesin bir ölçüt ve görüş bulunmamaktadır. Ancak idari yargı, idarenin takdir yetkisini kullandığı durumlarda bu yetkiyi hukuka, hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun kullanıp kullanmadığını denetlemekle görevlidir. Bu denetim sonucunda, idarenin sahip olduğu takdir yetkisini hukuka, hizmet gereklerine veya kamu yararına aykırı kullanarak hizmetin hiç işlemediğinin tespit edilmesi

³⁸⁹ Gözler, s.749.

³⁹⁰ Bozdağ, s.44.

³⁹¹ Çınarlı, (İDARE), s.203.

durumunda, hizmet kusurunun varlığına karar verilecek ve bundan kaynaklanan zararlardan idare sorumlu tutulacaktır."³⁹²

Sonuç olarak, hizmetin hiç işlememesi, hizmetin işlemesi gerekirken hiç işlememesidir. Türk Danıştay'ı kararlarından örnekler; yol tamiri sırasında gerekli ışıklandırmanın yapılmaması, terör örgütlerinin açık hedefi haline gelmiş kişilerin korunması için gerekli önlemlerin alınmaması. Fransız Danıştay'ı kararlarından örnekler; valinin bir akıl hastasının gözetim altına alınmasına karar vermemesi, belediye başkanının kamping kurallarını uygulamaması, kanunla öngörülmüş düzenleyici veya bireysel tedbirleri almamış olmak gösterilebilir.³⁹³

2.5.2.3. Kamuda çalışan hekimlerin yargılanması ve yargı yeri

Anayasa'mızın 40/3 maddesinde " *Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*" hükmü bulunurken, 129/5. maddesinde ise ; " *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.*" hükmü getirilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1 maddesinde ise; " *Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*" hükmü bulunmaktadır.

Diğer yandan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesinde ise " *İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştay'a ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı*

³⁹² Bozdağ, s.46.

³⁹³ Gözler, s.749.

*icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler" hükmü konulmuştur.*³⁹⁴

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43. maddesinde ise; " *Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir*" .denilmektedir.

Anayasa ve yasaların bu açık hükümlerine rağmen yakın zamana kadar Yargıtay kararlarında kamu görevlileri için hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı yapılmaktaydı. Bu görüşe göre, hizmet kusuru söz konusu olduğunda kamu görevlisi hakkında değil, doğrudan idare aleyhine dava açılabilirken, eğer kamu görevlisinin kişisel kusuru var ise, bu durumda doğrudan bu kişi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılabilmekteydi. Yargıtay uzun bir süre "salt kişisel kusur" kavramı üzerinde durmuştur. Bu açıdan bakıldığında hekimlerin tıbbi hatalarının büyük kısmının kişisel kusurlarından kaynaklandığı ve bu durumda da hekim hakkında idari yargı yerine adli yargıda dava açılabilceği kabul edilmiştir. Oysa yukarıda belirttiğimiz anayasa ve yasa maddelerinde böyle bir ayırım bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında kişisel kusur kavramını daha da genişletmiş ve "*memur ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri, Anayasa'nın memur ve kamu görevlileri için öngördüğü teminat kapsamında kabul edilemez. Kişisel kusur ise; sadece kin, hınç, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleşen eylemler bakımından değil, görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olur*" hükmünü vermiştir.³⁹⁵

Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerde; bilgi, beceri veya dikkat eksikliğinden doğan zararlarda kişisel kusur ve görev kusuru ayrımı yapmak suretiyle tıbbi müdahalede bulunan hekimler aleyhine doğrudan dava açılabilceği sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda genel kurul kamu hastanesinde çalışan doktor ile hasta arasında iki çeşit ilişki bulunduğunu, birinci ilişkinin kamusal ilişki olduğunu tespit ettikten sonra ikinci ilişkiyi şu şekilde ortaya koymuştur; "*...İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin*

³⁹⁴ **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> , (18/12/2014).

³⁹⁵ Hakeri, (TIP), s.506.

yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekâlet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurallarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır...".³⁹⁶

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011/4-592 esas, 2012/25 karar sayılı ve 01.02.2012 tarihli kararında içtihat değişikliğine gitmiş ve tam tersi yönde aşağıdaki kararı ile kamuda görevli hekimler için önemli bir hüküm vermiştir; "Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kamu görevlisi doktorun eylemi nedeniyle açılan eldeki tazminat davasında husumetin adı geçen doktora yöneltip yöneltilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, devlet hastanesinde çalışan kamu görevlisi doktorun eyleminden sorumluluğa ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir.

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarda yer almaktadır.2709 sayılı T.C.Anayasası (Anayasa)'nın; "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40.maddesinde:

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra:

³⁹⁶ Canbolat, s.164.

03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen "Yargı Yolu" başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır,"; son fıkrasında da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür,"

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129. maddesinin; Birinci fıkrasında; "Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler." Beşinci fıkrasında ; "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." hükümleri yer almaktadır.

Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 gün 1980/4-1714 E. -1983/803 K. sayılı kararında da Anayasa'nın 129/5. maddesinin konuluş amacı tartışılmış; "T.C. Anayasasının zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla, buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırmadığı, aksine zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken devletin sorumluluğu ilkesini getirdiği..." ifade edilmiştir.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik 13. maddesinde yer almaktadır.

657 sayılı Kanunun "kişilerin uğradıkları zararlar" başlıklı 13. maddesinin, 06.06.1990 tarih ve 3657 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik birinci fıkrasında:

“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kâğıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmü öngörülmüştür.

Anayasanın 129/5. maddesinin uygulama yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinin meclis gerekçesinde; “Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemektedir.(...) Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir; Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde özellikle büyük zararlar bakımından davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Halbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir. İkinci teminat; memur, daha doğrusu Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılmayacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir...” ifadeleri yer almaktadır.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5 maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılabileceği" açıkça ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5 maddesinde yer alan "Yetkilerini kullanırken işledikleri kusur" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada "kusur" ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır: Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğretide ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmâl (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmâl ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindedir (Danıştay 10. Daire T. 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı). Yeri gelmişken "yetkilerini kullanırken" ve "bu görevleri yerine getiren personel" kavramlarıyla amaçlananın ne olduğu üzerinde durulmalıdır: Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından "görevini yerine getirirken" ve "görevle ilgili yetkilerini kullanırken" gerçekleştirilmiş olmasıdır. Şu halde görevin ifası "Yetkinin kullanılması" ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı zararı, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır.

Memur ve diğer resmi görevlilerin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü

kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur. (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Beta 10.Bası s. 590 vd.)

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava İdareye yöneltilmelidir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa orada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13 üncü maddesindeki "kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar" ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde "kusur" şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde yukarıda açıklanan anayasal ve yasal düzenlemeler ile kurum ve kavramlar değerlendirilmiş; Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için "hizmet kusuru" ve "kişisel kusur" ayırımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten işlediği

eylem in bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında **eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı**, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin **kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği**; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde: Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir. " ³⁹⁷ Görüldüğü gibi son karar gerek anayasamıza ve gerekse yasalarımıza daha uyan ve makul bir karardır. Ancak aynı genel kurulun, anayasa ve yasalar da aynı olduğu halde on yıl ara ile birbirine taban tabana zıt kararlar alması dikkat çekicidir. 2001 yılında alınan karardan sonra on yıl

³⁹⁷ <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=629> , (18/12/2014).

boyunca binlerce kişinin bu karar nedeni ile mağdur olduğu göz önüne alınırsa, burada yüksek yargının "hizmetin kötü işlemesi" anlamında bir hizmet kusuru işlediği ve bunu da kendisinin açıkladığını düşünmek yanlış olmayacaktır.

Benzer şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de 2012/283 E. , 2012/294 K. ve 24.12.2012 tarihli kararında, benzer bir olayda, görevli yargı yolunun idari yargı olduğuna karar vermiştir;

"Dava, trafik kazası geçiren davacı M.A. Döner'in teşhis ve tedavisinin yanlış yapıldığı nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar gördüğünden bahisle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b. maddesinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı hükmüne, geçici 1. maddesinde ise, bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümlerinin, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiş, bu Kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali amacıyla açılan davada, Anayasa Mahkemesi, 16.2.2012 tarih ve E:2011/35, K:2012/23 sayılı kararıyla; dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusunun kapsama alındığı ve bu tazminat davalarına bakma görevinin asliye hukuk mahkemelerine verildiği; buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararların kapsama alınmadığı; sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davalarının idari yargıda görülmeye devam edeceği; bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesinin yargılamanın bütünlüğünü bozacağı; ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin

sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşabileceği; esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramlarının, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlar olduğu; idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakarlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesinin mümkün olduğu; özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk hallerinin ise belirli konular için düzenlendiği ve sınırlı olduğu; idarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği; bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi, aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğunun söylenemeyeceği gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.

Davacılar zararının, kamu idaresi olan üniversite hastanelerinde görev yapan sağlık çalışanlarının sağlık hizmetini gereği gibi yürütmediğinden kaynaklandığını; dolayısıyla, idarelerin doğan zarardan hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürmüşlerdir.

Bu duruma göre, devlet hastanelerinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişiye verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.

Açıklanan nedenlerle davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerinin görevine girdiği, idare mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir. ³⁹⁸

Bu kararla beraber artık kişisel kusur kavramı net olarak açıklanmış ve kamu görevlisinin görevi ile ilgili meydana gelen tüm zararlarda idarenin sorumlu

³⁹⁸ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/3a767fe2-d857-4cec-8835-d87786914574?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (18/12/2014).

olduğunu; memurun kasıtlı ya da ihmali bir davranışının öneminin olmadığını belirtmiştir. Bu durumda artık memur görevi ile ilgili kusurlu bir davranışla zarara neden olmuşsa; dava idari yargıda görülecek, idare mevcut duruma göre memura rücu davası açabilecektir (...) Kamuya ait sağlık meslek mensuplarının tıbbi uygulamaları nedeniyle zarara uğradığını iddia edenler, sağlık personeli aleyhine Asliye Hukuk Mahkemesi'nde değil, idare aleyhine, İdare Mahkemesi nezdinde dava açabileceklerdir.³⁹⁹

Bu kapsamda Askeri hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı oluşan zararlar dolayısıyla görevli yargı yeri, esasen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'dir. Ancak, bunun için dava konusu tıbbi müdahalenin asker kişiyi ilgilendirmesi ve askeri hizmete ilişkin bulunması gerekir. Buna karşılık tıbbi müdahalenin, asker kişinin çocuğuna yönelik olması halinde görev Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne değil, genel idari yargı yerine aittir.⁴⁰⁰

2.5.2.4. Rücu davaları

Rücu, kelime anlamı olarak; geri dönme, sözünü geri alma, cayma, tersinme anlamına gelmektedir. Rücu etmek; geri dönmek anlamında kullanılmaktadır. Rücu hakkı ise; bir kimsenin alacaklısına ödediği şeyi diğer birinden istemeye hakkı olması durumu olarak tanımlanmaktadır. Mali sistemde rücu, memurun yetki kullanırken veya görev yaparken, bir zarara sebep olması ve bu zararın devlet tarafından giderilmesine müteakip, devlet tarafından, zarara neden olan memura bu zararın ödettirilmesidir.⁴⁰¹

Anayasa'nın 40/3. maddesinde ; "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmü konulmuştur. Anayasa'nın 129/5. maddesinde ise; "*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.*" hükmü mevcuttur.

³⁹⁹ Çınarlı, (İDARE), ss.209-210.

⁴⁰⁰ Hakeri, (TIP), s.507.

⁴⁰¹ Enver Genç, "Rücu Kavramı ve Sayıştay Denetimi Kapsamında Rücu Müessesesi", **Mali Hukuk Dergisi**, Yıl:26, Sayı:151, 2011, s.28.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde şu hüküm getirilmiştir; "*Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.*

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettirilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir. "

Aynı kanununun 13/1. maddesinde ise; "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır"*⁴⁰²

"Bu maddelerde davanın idareye karşı açılmasının vurgulanmasındaki amaç; gerek memuru ve gerekse zarar gördüğünü ve tazmin edilmesini isteyen bireyi korumaktır. Memur, kişilerce sürekli dava açılması tehdidi altında çalışmayacak, dolayısıyla işine yoğunlaşabilecek, diğer yandan zarar gördüğünü iddia eden ise, ödeme gücü bulunan idareden tazminat talep edebilecektir. Zira doğrudan memurdan tazminat talep etse ve kazansa bile belki de olanaksızlık nedeniyle uzun süre tazminatını alma şansı olmayacaktır. Bu maddeler de aynı zaman da idare de korunmuş, zarar görene tazminatın ödenmesinden sonra , idarenin ödendiği zararın da rücu davaları ile memurdan alınması yolu açılmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71'inci maddesinde kamu zararı, "*kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması*" olarak tanımlanmıştır. O halde bir hukuki

⁴⁰² **Devlet Memurları Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (14.12.2014).

kavram olarak kamu zararı, idari faaliyet sırasında ortaya çıkan herhangi bir zarardan farklı olarak, kamu görevlilerinin idari faaliyet çerçevesinde kusurları ile neden oldukları zararlardır."⁴⁰³

Kamu görevlisinin, kişilere verdiği zararlar nedeniyle İdare'nin tazminat ödemeye mahkum edilmesi durumunda, İdare'nin ödemediği tazminatı cebri icra yetkisine dayanarak memurun aylığından kesmesi mümkün değildir. İdare ancak kamu görevlisine rücu davası açarak zararını hükmen tahsil edebilir.⁴⁰⁴

"Memurların, idareye karşı mali sorumlulukları Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesine göre şöyle özetlenebilir;

1) Devlet memurları kasıt, kusur, ihmal ve tedbirsizlikleri sonucu yönetime karşı verdikleri zararlardan kişisel olarak sorumludurlar.

2) Memurun verdiği zarar "rayiç bedel" üzerinden hesap edilir.

3) Zararın ödettirilmesi için genel kurallara göre memura karşı dava açılır.

4) En alt derecedeki memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zarar, memurun kabul etmesi halinde, disiplin amiri ve disiplin kurulunun kararına göre ilgili memurca ödenebilir."⁴⁰⁵

Yargıtay'a göre; "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (olay tarihinde yürürlükte bulunan) 12. ve 13. maddeleri; memurun Devlet'e karşı sorumluluğunu düzenlerken 12. maddede; (Görevleri ile ilgili olarak idareye verdikleri zararlardan ötürü Borçlar Kanununun haksız fiil esaslarına tabidirler). 13. maddede ise: (Kurumun, genel hükümlere göre rücu hakkı saklıdır) hükümleri getirilmiştir. Maddenin sırf düzenleniş şekli ele alındığında; Borçlar Kanununa yapılan yollamanın yalnız doğrudan doğruya zarar için söz konusu olduğu, keza umumi hükümlerden amacın özel hukuk olmadığı söylenebilir. Ne var ki, maddelerle ilgili gerekçeler gözden geçirildiğinde, bu yargının güçlü olmadığı anlaşılır. Bu yasal kuralların gerekçesinde: Borçlar Kanununa yapılan yollamanın yalnız doğrudan doğruya zararı içine almadığı; umumi hükümlerden amacın da, özel hukuk kuralları olduğu açıkça vurgulanmıştır. Danıştay da benzer görüşleri ifade etmektedir:

⁴⁰³ Bahtiyar Akyılmaz, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011, (RÜCU), s.62.

⁴⁰⁴ Çınarlı, (İDARE), s.324.

⁴⁰⁵ Oğuz Sancakdar, "Memurların Mali Sorumluluğu", **Memur Hukuku**, (Ed. Recai Dönmez), T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:2222, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1222, Anadolu Üniversitesi Web-Ofset Tesisleri, 6. Baskı, Eskişehir, 2014, s.185.

"Memurun idareye vermiş olduğu zararlarda ise, zarara uğrayanla arasında doğmuş bir borç ilişkisi söz konusu olur. Burada zarar veren ferdin (memurun) kusurunun saptanması gerekir. Kişinin kusuru sonucundaki sorumluluğu ise, Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri ile düzenlenmiştir. Memurun idareye karşı sorumluluğu da Borçlar Kanununun ilgili hükümleri gereğince nazara alınacaktır." Kararlardan da anlaşılacağı üzere yargı kararları ile şekillenen uygulamada rücu hakkının kullanımında adli yargının görevli olduğu kabul edilmekte ve rücu ile ilgili olarak 657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinde yer alan "genel hükümler" ifadesinden Borçlar Kanununun haksız fiillere müteallik hükümleri anlaşılmaktadır.⁴⁰⁶

Acaba bir idare bir kamu görevlisinin kişisel kusurundan dolayı zarar gören kişiye tazminat ödemiş ise, kusur sahibi olan kamu görevlisine rücu etmek zorunda mıdır; yoksa idarenin bu konuda takdir yetkisi var mıdır? Bu konu tartışmalıdır. Kanımızca, idarenin kamu görevlisine rücu etmesi zorunludur. (...) Türkiye'de idarenin memura rücusu, Fransız hukukundan farklı olarak kamu hukukuna göre değil, özel hukuk hükümlerine göre olur. Zira Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde açıkça, "kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" denmektedir. Buradaki "genel hükümler" den kastedilen şey, özel hukuktur. Dolayısıyla, idare ödediği tazminatı cebri icra yetkisine dayanarak kamu görevlisinden tahsil etmeye (örneğin kamu görevlisinin maaşından kesinti yapmaya) kalkışamaz. İdarenin, kamu görevlisine karşı özel hukuk hükümlerine göre adliye mahkemelerinde rücu davası açması gerekir.⁴⁰⁷

İdarenin kamu görevlisine açacağı rücu davası konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2000/14 E, 2000/20 K ve 12.06.2000 tarihli kararında şu hüküm verilmiştir; "...657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişisel sorumluluk ve zarar" başlıklı 12. maddesinde, "Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar.

Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

⁴⁰⁶ Akyılmaz, s.72.

⁴⁰⁷ Gözler, s.760.

Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. (...)" hükmüne yer verilmiştir.

Bu duruma göre, Devlet memurunun sebebiyet verdiği Kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan davanın, özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerince çözümlenmesi gerekeceği açıktır.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1/b. bendinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmış olup; olayda hakları ihlal edilen kişi tarafından idare aleyhine açılmış bir tam yargı davası bulunmadığı gibi, idari yargı yerinde gerçek kişiler aleyhine dava açılmayacağından, ortada idari yargı yerince çözümü gereken bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır. " ⁴⁰⁸

İdarenin memura karşı tazminat isteklerini, yönetimin kendiliğinden yerine getirmesine yargı kararlarıyla izin verilmemektedir. (...) İdarenin memurdan elde edemediği tazminat istekleri için adliye mahkemesine başvurması ve memura karşı tazminat davası açması gerekir. Adliye mahkemeleri bu durumda haksız fiil esaslarını uygulamaktadır. (...) İdare, bu tür alacağı kendiliğinden alamaz, başka bir deyişle memurun aylığından resen kesemez. ⁴⁰⁹

Vakıf Üniversite Hastanelerinde çalışan hekimler açısından rücu davası sürecinin nasıl ilerleyeceği sorusunun yanıtı Yargıtay kararlarında şu şekilde vurgulanmıştır; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2012/4-729 E, 2013/163 K ve 30.1.2013 tarihli kararında;

" Öncelikle, 4282 sayılı Kanunla kurulmuş olan bir Vakıf Üniversitesi olan ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde çalışan davalı doktorun eyleminden sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiş olup, bu yasa kapsamında dava dışı ... Üniversitesi 4282 sayılı kanun ile kurulmuştur. Üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi halka sunduğu sağlık

⁴⁰⁸ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/9f725568-2841-4d82-95af-229a16f5c524?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (10.02.2015).

⁴⁰⁹ Sancakdar, s.185.

hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğindedir davalı çalışanı da kamu görevlisidir.

*Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında yer almaktadır. T.C Anayasasının başlıklı 40.maddesinin Ek fıkrası (03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) uyarınca; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye **rücu hakkı** saklıdır." Hükümünü içermektedir.*

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."; son fıkrasında da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." şeklindedir.

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129.maddesinin birinci fıkrasında: Beşinci fıkrasındaki düzenleme ile de; hükümleri yer almaktadır.

Anayasanın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır."⁴¹⁰ Görüldüğü gibi Yargıtay, rücu davaları açısından Vakıf Üniversitesi personeli olan hekimleri, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden farklı yorumlamamıştır.

Adli yargıda rücu davalarının görüldüğü mahkemeler Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Rücu davalarının adli yargıda görülmesi esnasında, zarara neden olan kusurun ne kadarının idari bir kusur, ne kadarının ise kamu görevlisinin kişisel kusuru olduğu önem taşır. Diğer bir deyişle, ancak kamu görevlisinin bir kişisel kusuru varsa kendisine rücu edilmesi mümkündür. Eğer görevlinin kişisel kusuru yoksa, zararın tamamı hizmet kusuru kaynaklı ise, kamu görevlisine rücu mümkün olmayacaktır. Eğer kamu görevlisinin kişisel kusuru söz konusu ise, ödenen tazminat kusuru oranında rücu edilecektir.⁴¹¹

⁴¹⁰ kazanci.com, (22.02.2015).

⁴¹¹ Gökcan, (TİBBİ), s.1137.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kusur oranını şu şekilde yorumlamıştır; "*belirlenen bu toplam miktardan her bir davalının kusur oranlarına göre sorumlu olacakları miktarlar belirlenmeli, davalıların icra dosyalarına yapmış oldukları ödemeler ile bu ödemelerin, davacının icra dosyasına yaptığı ödeme tarihine kadar yasal faiz üzerinden işlemiş faizleri hesaplanarak sorumlu oldukları tutardan indirilmeli ve gerekli indirimler yapıldıktan sonra belirlenen miktardan davalıların kusurları oranında sorumluluklarına karar verilmelidir.*"⁴¹²

Yine Yargıtay 4. Hukuku Dairesinin verdiği bir kararda hekimin kusur oranının hesaplanarak buna göre rücu edilmesi gerektiğine şu şekilde dikkat çekmiştir; "*Dosyadaki belgelerden, davalılardan Doktor Hasan'ın kusurlu eylemiyle hasta Yunus'un ölümüne neden olduğu; ceza yargılamasında diğer davalı Doktor Bekir'in kusursuz bulunarak hakkında beraat kararı verildiği; daha önce yapılan bilirkişi incelemesinde doktor Hasan'ın 4/8, diğer davalı Bekir'in 2/8 oranlarda kusurlu buldukları belirlenmiş ve ölenin yakınlarıncı davacı idare hakkında açılan davada idarenin 6/8 oranındaki kusuruna göre tazminat ödetilmesine karar verildiği anlaşılmıştır.*

Davacı idarenin ödediği ...TL tazminat, 6/8 kusurun karşılığı olup tüm (8/8) zararın 4/8'inden davalı Hasan.D.'in sorumlu tutulması gerekirken, ödenen bedelin 8/8 kusurun karşılığı olduğu kabul edilerek adı geçen davalınınTL tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden..."⁴¹³

2.5.3. Vakıf Üniversitelerinde çalışan hekimlerin hukuki sorumlulukları

Vakıf Üniversitelerinde çalışan hekimlerin hukuki sorumluluklarına değinirken önce, kısaca Türkiye'de vakıfların ve vakıf üniversitelerinin hukuki statüsünü inceleyeceğiz.

2.5.3.1. Türkiye'de Vakıfların Hukuki Statüsü

Türk toplumunda İslamiyet öncesi dönemden itibaren var olan vakıf kavramı, Türklerin Müslüman oluşu ile birlikte giderek yaygınlaşmıştır. Sosyal devlet kavramının olmadığı dönemlerde vakıflar, bir yandan sağlık, eğitim gibi bazı temel işlevleri görürken, diğer yandan toplumun dayanışma duygusunu

⁴¹² Gökcan, (TİBBİ), s.1137.

⁴¹³ Gökcan, (TİBBİ), s.1141.

güçlendirmektedirler. 1926 yılında Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu tarihten sonra kurulan vakıflar, "vakıf" olarak adlandırılarak bu kanuna tabi oldular. Bu tarihten önce kurulmuş olan vakıflar ise, "eski vakıf" olarak adlandırıldılar. Bu dönemde ayrıca Vakıflar Kanunu adıyla bir kanun daha bulunmaktaydı. 2008 yılında yapılan değişikliklerle eski ve yeni vakıf kavramları kaldırılmış, tüm vakıflar Vakıflar Kanunu ve Medeni Kanun hükümlerine tabi kılınmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101/1. maddesine göre ; "*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır*". şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre vakıf; mal, sürekli ve belli amaca özgüleme ve tüzel kişilik unsurlarından oluşmaktadır. Vakfeden kişi gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Vakıf kuran gerçek kişi ise fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetliler vakıf kurabilir. Sınırlı ehliyetsizler ise ancak vasiyetname ile vakıf kurabilirler. Ancak bunun için ayırt etme gücüne sahip olmaları ve 15 yaşını bitirmiş olmaları gerekir. Vakıf kurma iradesi, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarruf türlerinden vasiyet ile açıklanır. Vakıf kurma iradesinin açıklanması tek taraflı hukuki işlem niteliğini taşır. Vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır (TMK m.102/1). Vakıf kurma iradesini gösteren belgeye vakıf senedi denir. Vakıf senedinde vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir.⁴¹⁴

Yerleşim yeri mahkemesince hem mahkeme nezdinde bulunan sicile, hem de Vakıflar Genel Müdürlüğüne gönderilerek burada bulunan merkezi sicile işlenen vakıf, kararın resmi gazetede ilanını takiben tüzel kişilik kazanır. Tüzel kişiliğin kazanılması ile birlikte özgülenen mal ve hakların mülkiyeti vakfa geçecektir. Vakıflarda bulunması zorunlu olan tek organ yönetim organı veya yaygın deyişle yönetim kuruludur (TMK m.109). Vakıfların, vakıf senedine uygun hizmet edip etmedikleri, vakfın gelirlerini uygun kullanıp kullanmadıkları, vakıf mallarının amaca uygun yönetilip yönetilmediğini denetleme görevi Vakıflar Genel Müdürlüğü ve diğer üst kuruluşların görevidir (TMK m.111). Bu nedenle vakıfta ayrı bir

⁴¹⁴ Öcal, s.63.

denetleme kurulu zorunlu tutulmamıştır. Vakıf Yönetim Kurulu bir kişiden dahi oluşabilir. Vakfı kuran kendi iradesine uygun olarak vakfın yönetilmesini istediği için ayrıca genel kurulun vakıfta olması zorunlu değildir (...) Vakfın tüm işlerini görmek ve vakfı dışı karşı temsil etmek yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir. Yönetim kurulu aynı zamanda vakfın mallarının yönetimini de yapar.⁴¹⁵

Vakıfların tabi olduğu bir diğer yasa ise 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'dur (VK). Bu kanunun 1. maddesine göre; " *Bu Kanun; vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimine, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılmasına, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usûl ve esasların belirlenmesi; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kuruluşu ile Genel Müdürlüğün teşkilât, görev, yetki ve sorumluluklarının düzenlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.*"⁴¹⁶ Kanunun 2. maddesinde , eski ve yeni tüm vakıfların bu kanuna tabi olduğu belirtilmektedir. 4. maddede ise, "*vakıflar özel hukuk tüzel kişilikleridir*" hükmü konularak, vakıfların hukuki statüsü belirlenmiştir. Kanunun 10. maddesinde ise, vakıf yöneticilerinin görev ve sorumlulukları ile, görevden alınma koşulları;

" *Vakıf yöneticileri; vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadır.*

Birinci fıkrada belirtilen zorunluluğa uymayanlar ile;

a) Vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan,

b) Vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmayan,

c) Ağır ihmal ve kasıtlı fiilleriyle vakfı zarara uğratan,

d) Denetim Makamınca tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamayan, düzeltmeyen veya aykırı işlemlere devam eden,

e) Medeni hakları kullanma ehliyetini kaybeden veya görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanan," hükümleri ile belirlenmiş ve görevden almaların mahkeme kararı ile olacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun 33. maddesinde, vakfın denetim mekanizmaları belirlenmiş ve; "*Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflarda iç denetim esastır. Vakıf; organları tarafından denetlenebileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırabilir. Vakıf yöneticileri, en az yılda bir defa yapılacak iç denetim*

⁴¹⁵ Öcal, s.64.

⁴¹⁶ **Vakıflar Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5737.pdf> , (19.12.2014).

raporları ile sonuçlarını, rapor tarihini takip eden iki ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirir.

Vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadî işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Genel Müdürlükçe yapılır." hükmü getirilmiştir.

Sonuç olarak; hukukumuzda vakıflar, belirli kişilerce ve belli amaçlara hizmet etmek için özgülenmiş mal topluluklarıyla oluşan, özel hukuk tüzel kişilikleridir.

2.5.3.2.Vakıf Üniversitelerinin Hukuki Statüsü

Önceki bölümlerde tarihçe ve gelişimini incelediğimiz Vakıf Üniversiteleri, 1982 Anayasa'sının kabul edilmesinden sonra ilk kez 1984 yılında Bilkent Üniversitesi ile eğitim hayatımıza girmiştir. Anayasa'mızın 130. maddesinde *"kanunda gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir....Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabidir"* hükmü, bu üniversitelerin kuruluşunun anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bu maddeye göre vakıf üniversiteleri kanunla kurulacak, kazanç amacına yönelik olmayacak, devletin gözetim ve denetimi altında olacak ve Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarının tabi olduğu hükümlere tabi olacaklardır.

7.8.1983 tarihli ve 2880 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen Ek.2 maddesi ile bu konu şöyle düzenlenmiştir; *"Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel*

kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır". Bu madde ile, özel hukuk tüzel kişisi olan vakıfların kazanç amaçlı olmamak şartı ve bu kanunda yazılı esas ve usullere göre üniversite ve meslek yüksek okulları kurabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca bu yüksekokulların da "*kamu tüzel kişiliğini haiz*" olacağı hüküm altına alınmıştır. Kamu tüzel kişiliği konusu aynı kanunun Ek-6. maddesinde de "*Kurulacak yükseköğretim kurumu, vakıf tüzelkişiliği dışında ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olur*" bu durum vurgulanmıştır.

Yine 2547 sayılı kanunda ister devlet ister vakıf üniversitesi olsun genel üniversite tanımını "Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim - öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur." şeklinde yapmaktadır.⁴¹⁷

31.12.2005 tarihinde yayınlanan "Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği"nin 5. maddesine göre ise Vakıf Üniversiteleri, "*vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan kamu tüzel kişiliğine sahip,*" ibaresi bulunurken, aynı yönetmeliğin 15. maddesinde; "*Kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf yükseköğretim kurumları,*" denilerek, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği oldukları vurgulanmıştır.

Vakıf Üniversitelerinde çalışan akademik ve idari personelin durumu ise aynı yönetmeliğin 23. maddesinde ; "*Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır.*" şeklinde belirlenmiştir. Buna göre bu personelin çalışma esasları 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na göre olacak, ancak aylık ve özlük hakları açısından İş Kanunu uygulanacaktır.

⁴¹⁷ Serkan Çınarlı, Refik Kiraz, " Vakıf Üniversiteleri ve Personelinin Hukuki Statüsü ile Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", **Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar (UYK-2011)**, 27-29 Mayıs 2011, İstanbul, (VAKIF), s.1783.

Vakıf Üniversitelerinin hukuki statüsünün belirlenmesinde ilk yargı kararlarından biri Anayasa Mahkemesi'nin 30.05.1990 tarih ve 1990/2E ve 1990/10 sayılı kararıdır. Bu kararda; *"Anayasa'nın 130. Maddesi Yönünden İnceleme: a) Anayasa'nın 130. Maddesinin Anlamı: Türk Dil Kurumu'nun Türkçe Sözlüğü'nde üniversite, "Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip, yüksek düzeyde eğitim, öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapan fakülte, enstitü, yüksek okul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan öğretim kurumu"; Yükseköğretim, "Orta öğretimin üstünde, üniversite, akademi ve yüksek okullar ile bu eğitim kurumlarını yönetmek görevini ve sorumluluğunu taşıyan birimlerden oluşan kuruluş; orta öğretimden geçenlere, üniversite, akademi, teknik ve yüksek meslek okulları gibi türlü eğitim kurumlarınca planlanıp uygulanan öğretim." olarak tanımlanmıştır.*

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nda da, üniversite, "Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur."; Yükseköğretim ise, "Millî Eğitim sistemi içinde, ortaöğretime dayalı, en az dört yarı yılı kapsayan her kademedeki eğitim-öğretimin tümüdür." biçiminde tanımlanmıştır.

1982 Anayasası'nın 130., 131. ve 132. maddeleri yükseköğretim kurum ve kuruluşlarını düzenlemektedir. Anayasakoyucu, Anayasa'nın 130. maddesiyle üniversiteleri bir Anayasa kuruluşu olarak kabul etmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında, üniversitelerle ilgili başlıca kuralları belirtmiş, üniversitelerin, "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip" olmaları ve "Devlet tarafından yasa ile kurulmaları" öngörülmüştür. Anayasa gerçek kişilere ve bir ayrık durum dışında Devletten başka tüzelkişilere yükseköğretim kurumu kurma olanağı tanımamıştır. Bu ayrıklık, Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci ve onuncu fıkralarında belirtilen "vakıflar"a ilişkindir. Bu fıkralar "Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları" kurulabilmesi ve bu yükseköğretim kurumlarının "... malî ve idarî konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere" bağlı olmayı gerektirmektedir. Bu bağlılık, malvarlığının kurucu vakfın ya da kurduğu bağımsız

tüzel kişiliği bulunan üniversitenin sahipliğini ve bunlar üzerindeki tasarruf hakkını ortadan kaldırmaz. 130. maddenin son fıkrasında, "malî ve idarî konular" dışındaki akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarını bağlayan Anayasa hükümlerinin vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını da bağlayacağı açıkça belirtilmektedir.

Anayasa'nın 130. maddesinde açıklanan bu hükümler; maddenin birinci fıkrasında sayılan amaçlar ile yasayla kurulma, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olma, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasının gözetilmesi kuralları ve üniversite elemanlarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmeleri ve bunun sınırı, üniversite yönetim ve denetim organlarının ve öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulu'nun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmayacaklarına ilişkin güvence ile yükseköğretim kurumlarının örgütlenmeleri ve işleyişleriyle ilgili olarak maddenin dokuzuncu fıkrasında sayılan konuların da yasayla düzenlenmesi zorunluluğu olarak gösterilebilir. Bu ilkeler, ister Devlet, isterse vakıflar tarafından kurulsun, tüm yükseköğretim kurumlarına yönelik kurallardır.

Anayasa'nın 130. maddesi, üniversite çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortam içinde yapılmasını sağlayacak biçimde düzenlenmiştir. Anayasa'da, üniversiteler konusunda yasama organını bağlayan ilkeler ve hükümler 130. maddede özel olarak belirtilmiştir. Bu ilkelere dayanarak kurulan ve Devlet yapısıyla bilim kuruluşları içinde yer alan üniversiteye, Devletin herhangi bir yönetim kademesinin, bu kurullarla bağdaşmayacak müdahaleler yapmasına ve böyle bir karışmaya olanak verecek yasal düzenlemelerde bulunulmasına yer yoktur.

130. maddede belirtilen ilkelere aykırı düşmemek koşuluyla belli bir üniversitenin kuruluş ve işleyişi, o üniversitenin kurulmasını gerektiren neden ve koşulların özelliklerine göre kimi yönlerde ayrı hükümlere bağlı tutulabilir. Bir üniversiteyi kurarken veya üniversiteyle ilgili bir düzenleme yaparken Yasakoyucuyu bağlayan hükümler ve ilkeler Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilmiştir. Dava konusu Yasa'nın Anayasa'ya uygunluğu yönünden yapılacak

incelemede, başka bir yasanın ölçü olarak kullanılması uygun bir yöntem değilse de, yasada yapılan tanımların ve getirilen düzenlemelerin Anayasa'nın ilgili maddesinin Yasakoyucu tarafından nasıl anlaşıldığı konusuna açıklık getirmesi bakımından yararlıdır. Yasa'yla "üniversite" adı altında ve Anayasa'nın 130. maddesindeki ilkeler doğrultusunda oluşturulan kurumlardan Devlet tarafından ve yasayla kurulma, kamu tüzelkişiliğini taşıma, bilimsel yönden özerk olmanın amaçlandığı ve bu tür yapıların bilimsel gerekler dışındaki etkilerden uzak tutulmuş bir çalışmayı, öğretimi ve eğitimi sağlamak ereği ile benimsendiği anlaşılmaktadır. (...)

Anayasakoyucu, 130. maddede öngördüğü ilkelerle, üniversite kurulurken Yasakoyucuya kimi kesin buyruklar vermekte, aynı zamanda özel kişilerin ve yasadan başka bir işlemlerle Devletin üniversite kurmasını yasaklamaktadır. Yasayla kurulma ilkesi hem devlet üniversiteleri, hem de vakıf üniversiteleri için geçerlidir. Çünkü, vakıfların yükseköğretim kurumları kurmasına olanak tanıyan Ek 2. Madde ve sonraki maddelerde, bu Yasa'da gösterilen yöntem ve ilkelere uymak koşuluyla, vakıfların, yükseköğretim kurumları ya da bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını kurabilecekleri öngörüldüğünden vakıf yükseköğretim kurumlarının da bu Yasa'da gösterilen biçimde kurulması gerekmektedir. Böylece, vakıf yükseköğretim kurumlarının da yasayla kurulması zorunluluğu, kesin bir sonuç olarak belirginleşmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın ek 2. maddesine 7.6.1989 günlü, 369 sayılı KHK. nin 3. maddesiyle eklenip, 23.11.1989 günlü, 3589 sayılı Onama Yasası'nın 3. maddesiyle aynen kabul edilen fıkranın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir. Dava konusu bu fıkra, Yükseköğretim Kurulu'na üniversite açmak değil sadece öneride bulunmak ve görüş bildirmek yetkisini tanımıştır. 2547 sayılı Yasa'nın "Yükseköğretim Kurulu'nun Görevleri"ni sayan 7. maddesinin "o" bendinde yazılı vakıf yükseköğretim kurumunun açılması hususunda görüş ve öneri bildirme durumuyla diğer bentlerde yazılı kurallar arasında birlik sağlanmıştır. Bu kurallara göre yükseköğretim kurulu, vakıf yükseköğretim kurumları için gerekli düzenlemeyi yapabilecek, fakat kurulması, ek 2. madde yoluyla ana ilkeleri saptayan 5. maddenin "f" bendi uyarınca yasayla olacaktır.

Anılan Yasa'nın ek 13. maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumunun kapatılması ve başka bir vakıf üniversitesi veya yükseköğretim kurumu ile

birleştirilmesi konularına yer verilmiş, uygulamanın, Yükseköğretim Kurumu'nun önerisi alınarak, işlemlerin Yasa'daki ilkelerine uyularak yürütüleceğine değinilmiştir. Böylece yine Yasa'nın 7. maddesinin "d-2" bendi ile bütünlük sağlanmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nun getirdiği kuralların bir bütünlük taşıdığı, hukuksal dayanak, yasayla kurulma yönünden vakıfların yükseköğretim kurumları ile Devletin yükseköğretim kurumları açması arasında bir farklılık gözetilmediği, görülmektedir. Farklılık, yalnızca, vakıfların malî ve idarî yönden kendilerine özgü bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanmakta ve kurucusunun farklılığı nedeniyle ayrıcalıklı hükümlere bağlı kılınmış bulunmaktadır. Devlet yükseköğretim kurumlarında kurucu, "Devlet", vakıf yükseköğretim kurumlarından kurucu ise "Vakıftır". (...) **Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan "kamu tüzelkişiliği" niteliği, üniversitelerin yapısına uygun bir özelliktir. Devlet ya da vakıflar tarafından kurulması bu konuda bir ayırım gerektirmemektedir.** Vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine sahip olmaları, Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrasında öngörülen malî ve idarî konulardaki serbestlikle çatışmaz. Vakıf üniversitesi olmak yasa temeliyle kamu tüzelkişisi sayılmayı engellemediği gibi, kamu tüzelkişisi olmak da malî ve idarî konularda istediği kuralları ve düzeni seçip uygulamayı engellemez. Her düzeyde yöneticilerle öbür personelini görevlendirmeyi kendi organları gerçekleştirir. Vakıf üniversiteleri, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Anayasa'nın Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için öngördüğü kurallara bağlı olup bunların dışındaki konularda kurucu vakıflar, kuruluş yasasının ve üniversite organlarının belirlediği ilkeler ve ayrıntılara göre çalışacaktır. Üniversitenin önemi ve özelliği gereği kamusal ayrıcalıklardan da yararlanabilecektir. Kazanç amacı gütmeyen, kamu yararına çalışan bir üniversite için bu yaklaşım, doğal bir beklentidir.

Bu nedenlerle, vakıflarca "üniversite" adıyla kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzelkişiliği niteliğini taşımaları Anayasa'nın 130. maddesinin gereği bulunmakla, bu kuruluşların genel yönetim yapısı içinde yer almadığı ileri sürülerek Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu savı yerinde görülmemiştir.⁴¹⁸

⁴¹⁸ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ea17cf20-e4c4-4755-ae5b->

Anayasa Mahkemesinin 29.06.1992 tarih ve 1991/21E, 1992/42K numaralı kararında ise vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği şöyle vurgulanmaktadır; *"Anayasa'nın 130. maddesi gereğince üniversiteler, devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmalarına bakılmaksızın, kamu tüzelkişiliğine sahip olacaklardır. Kamu tüzelkişiliği, üniversitelerin zorunlu niteliklerinden, hukuksal yapılarının öğelerinden biridir. Bu ise, Anayasa'nın 130. maddesinin aradığı temel koşullardandır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası ise üniversiteler dışındaki kamu tüzelkişileri ancak yasayla ya da yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. İptali istenen yasa fıkrası, belli nitelikleri taşıyan yükseköğretim kurumlarına yasayla üniversite adının verilebileceğini, böylece ad koymakla üniversite oluşumunun gerçekleşip tamamlanacağını öngörmektedir. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasının zorunlu kıldığı "kamu tüzelkişiliği", yine bu maddenin son fıkrası gereğince vakıfların kuracağı üniversiteler için de zorunlu niteliklerdir."*⁴¹⁹

Bu kararın yansıması akabinde çıkarılan kuruluş kanunlarında, vakıflarca kurulacak üniversitelerin kamu tüzel kişisi olacakları, açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu durum; özel üniversitelerin kurulmasını olanaksız kılarak, mevcut sistemimizdeki tüm üniversiteleri aynı statüye dahil etmesi ve aradaki tek farkınsa sadece vakıf üniversitesinin kuruluşunu bir vakfın yapmış olması sonucunu doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında (Anayasa Mahkemesi, Esas: 1991/21, Karar: 1992/42, Tarih: 29.6.1992) devlet üniversitelerinin bazılarında özel statü vererek yönetimlerine üst yönetim kurulu bünyesinde Cumhurbaşkanınca atanan kimselerin katılmasını aykırı bulmuştur. Bu halde; özel hukuk tüzel kişisi olan vakfın ve yöneticilerinin, kamu tüzel kişisi kabul edilen vakıf üniversitesinin işleyişinde yetki sahibi olması durumuna nasıl bir çözüm getirdiği önemli bir hal almaktadır. Bu karara bakıldığında, vakıf üniversitelerinin yönetiminde mütevellî heyetinin bulunması da anayasaya aykırı sayılmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişileri olarak nitelendirdiği vakıf üniversitelerinin idari yapılarındaki farklı hükümlerin Anayasa ihlali olmadığına, gerekçe göstermeden karara varmıştır.⁴²⁰

160614a41969?excludeGerekce=False&wordsOnly=False,(20/12/2014).

⁴¹⁹ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7dc9ad01-fd99-4233-ad53-861f40735ad9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (20.12.2014).

⁴²⁰ Çınarlı, (VAKIF), s.1784.

Vakıf Üniversitelerinin hukuki statüsü konusunda verilmiş Danıştay kararlarında da benzer değerlendirmelerde bulunulmuştur. Danıştay 6.Dairesinin 1998/2072E ,1999/6209K ve 07.12.1999 tarihli kararında vakıf üniversiteleri için verilen hüküm şu şekildedir; "(...)Diğer taraftan T.C.Anayasa'sının "Yükseköğretim Kurumları" başlıklı 130. maddesinde Üniversitelerin tanımı yapıldıktan sonra devlet tarafından yasayla kurulacakları belirtilmiş, yasada gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak koşuluyla vakıflar tarafından da devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabileceği açıklanmış, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi bulunduğu kuralları yer almıştır.

Yukarıda yer alan Anayasal düzenleme ile akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden herhangi bir ayırım gözetilmeksizin vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarının devlet tarafından kurulan yüksek öğretim kurumları ile eşit statüde olduğu belirlenmiştir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kamu hizmeti yaptığı tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin bu hizmeti yerine getirmekte kullandığı yapılarının resmi bina olduğu açıktır.

Bu durumda, uyumsuzluk konusu yönetmelik değişiklikleri ile getirilen vakıf üniversitelerine ait bina ve tesislerin resmi bina olarak nitelendirilmesi yönündeki düzenlemede kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır."⁴²¹

Yine Danıştay 6. Dairesinin 2002/946 E, 2003/4410 sayı ve 22.09.2003 tarihli başka bir kararında da benzer şekilde hüküm verilmiş olup şu vurgu yapılmıştır; "...Bir kamu hizmetinin görülmesi maksadı ile resmi bina ve tesisler için imar planlarında yer ayrılması veya bu amaçla değişiklik yapılması gerektiği takdirde, Bakanlık, valilik kanalı ile ilgili belediyeye talimat verebilir veya gerekirse imar planının resmi bina ve tesislerle ilgili kısmını re'sen yapar ve onaylar." hükümlerine yer verilmiştir.

Diğer taraftan TC. Anayasa'sının "Yükseköğretim Kurumları" başlıklı 130. maddesinde Üniversitelerin tanımı yapıldıktan sonra Devlet tarafından yasayla

⁴²¹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (20.12.2014).

kurulacakları belirtilmiş, Yasada gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak koşuluyla Vakıflar tarafından da Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabileceği açıklanmış, Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi bulunduğu kuralları yer almıştır.

Yukarıda yer alan Anayasal düzenleme ile Akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden herhangi bir ayırım gözetilmeksizin vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarının devlet tarafından kurulan yüksek öğretim kurumları ile eşit statüde olduğu belirlenmiştir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kamu hizmeti yaptığı tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin bu hizmeti yerine getirmekte kullandığı yapılarının resmi bina olduğu açıktır." ⁴²²

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 2009/704 E. , 2013/997 K. ve 20.03.2013 tarihli bir başka kararında ise; "... Anayasanın "Yükseköğretim Kurumları" başlıklı 130. maddesinde; çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı, Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumlarının kurulabileceği, üniversiteler ve bunlara bağlı birimlerin, Devletin gözetimi ve denetimi altında olduğu, yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile

⁴²²<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelistirilmisDokumanAraServlet> , (20.12.2014).

ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması hususlarının kanunla düzenleneceği ve vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. (...)vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organların, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenleneceği ve onların görevlerini yerine getireceği, öğretim elemanlarının niteliklerinin Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri ile aynı olduğu hükme bağlanmıştır.

.... Bu durumda, Anayasal ve Yasal düzenlemeler uyarınca devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personelden farklı bir hukuki statüye tabi kılınmamış olan vakıf üniversitesi akademik personelinin lisansüstü eğitime ilişkin cari hizmet maliyetine katılım noktasında devlet üniversitesinde görev yapan akademik personelden farklı bir uygulamaya tabi tutulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden temyize konu kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır." hükmü verilmiştir.⁴²³

Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2003/329 E, 2005/2153 K ve 16.6.2005 tarihli ve bir başka kararında şu yorum yapılmıştır; " Yukarıda yer alan Anayasal düzenleme ile akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden herhangi bir ayırım gözetilmeksizin vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarının devlet tarafından kurulan yüksek öğretim kurumları ile eşit statüde olduğu belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 30.5.1990 günlü, E:1990/2, K:1990/10 sayılı kararında da, Anayasa'nın 130.maddesi gereğince üniversitelerin Devlet ya da vakıflar tarafından kurulmuş olmalarına bakılmaksızın kamu tüzel kişiliğine sahip

⁴²³ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (20.12.2014).

olacakları ve kamu tüzel kişiliğinin üniversitelerin zorunlu niteliklerinden, hukuksal yapılarının öğelerinden biri olduğu belirtilmiştir. (...)

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kamu hizmeti yaptığı tartışmasız olan, Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararında da belirtildiği üzere yasayla kurulan ve kamu tüzel kişiliğine sahip bulunan vakıf üniversitelerinin..."⁴²⁴

Bazı yazarlar gerek Anayasa'nın 130. maddesi ve gerek 2547 sayılı yasanın Ek 2. maddesi ve gerekse yargı kararları ile Türkiye'de gerçekte "vakıf üniversitesi" veya "özel üniversite" diye bir şeyin kalmadığını düşünmektedir. "Vakıf Üniversitesi" denen kurumlar, gerçekte devlet tarafından kanunla kurulmuş ve kamu tüzel kişiliğine sahip devlet üniversitesidir.⁴²⁵

Sonuç olarak gerek Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın bu kararları ve gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay'ın ileride vereceğimiz kararlarında görüleceği gibi hukukumuzda Vakıf Üniversiteleri, kanun ile kurulan ve kamu tüzel kişiliğine sahip kurumlar olarak görülmektedir. Anayasa'ya göre üniversiteleri sadece devlet kurabilmekte, özel üniversite kurulmasına izin verilmemektedir. Yine Anayasa buna sadece bir istisna getirmiştir, bu da vakıf üniversiteleridir.

2.5.3.3. Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Hekimlerin Yargılanmaları ve Yargı Yeri

Anayasa'nın 130. maddesinde vakıf üniversitelerinin kurulabileceği belirtilirken gerek vakıf üniversitelerinin ve gerekse bu üniversitelerde çalışanların yasal statüleri ayrıntılı tanımlanmamıştır. Bu nedenle bu görevlilerin özlük hakları, iş sözleşmeleri, yargılanmaları ve yargı yerleri gibi bir çok konu da yargı kararları ile belirlenmiştir. Konumuz olan vakıf üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin hukuki statüsü ve yargı yolları da bu şekilde netleşmiştir.

Yukarıda söz ettiğimiz yargı kararları ile vakıf üniversitelerinin kanun ile kurulan birer kamu tüzel kişiliği oldukları netleşmiştir. Ancak vakıfların açtıkları özel hastanelerin zamanla üniversiteye dönüşmesi konusunda başlangıçta yargı yolu açısından ciddi bir karmaşa yaşandığı bilinmektedir.

⁴²⁴ kazanci.com, (22.02.2015).

⁴²⁵ Gözler, s.242.

Tartışmanın özü, kamu tüzel kişiliği taşıyan ve devlet üniversiteleri ile eşit düzeyde olan vakıf üniversitelerinde çalışanların kamu görevlisi olup olmadığında odaklanmıştır. Zira bu kişiler iş sözleşmesi ile çalışmakta olup, bu konuda iş kanununa tabidirler. Diğer yandan kamuda çalışan memurlar için söz konusu olan bazı güvenceler bu grup çalışanlar için geçerli bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu konu ancak yargı kararları ile hukuki zeminine oturtulabilmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 26.07.2010 tarih ve 2010/5 sayılı kararında; "...Görüldüğü üzere, Anayasa'nın 130. maddesi üniversite öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanımıştır. Bilimsel özgürlük, serbestçe araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Bu durumda, öğretim üyesinin sözleşmesinin herhangi bir neden gösterilmeden yenilenmeyeceğini öngören bir işlemin ve böyle bir işleme dayanak olabilecek düzenlemenin, öğretim üyelerinin bilimsel özgürlüğünü, mesleki güvencesini zedeleyeceği, dolayısıyla akademik faaliyeti aksatacağı açık olup, böyle bir durum Anayasa'nın 130. maddesine uygun görülemez.

Diğer yandan, Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarından farklı olması, vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen akademik personelin mesleki güvenceden yoksun kılınması sonucuna yol açamaz. Anayasa koyucunun böyle bir amacının bulunduğu kabul edilemeyeceği gibi, bilimsel özerklik ilkesinin gereği hiçbir ayırım yapılmadan bütün yükseköğretim kurumlarında bilimsel özgürlük, serbestçe araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bütün üniversitelerdeki akademik personele tanınmıştır. Gerek devlet, gerekse vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personelin, mesleki güvenceleri yönünden idare hukukuna tabi olduklarının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla, vakıf yükseköğretim kurumlarındaki akademik personelin mesleki güvenceleri yönünden özel hukuk hükümlerine tabi olmaları Anayasa'ya uygun görülemez. Aynı kamu hizmetini yerine getiren akademik personelin, mesleki güvenceleri yönünden, bir kısmının üniversite ile ilişkilerinde kamu hukukuna, bir kısmının özel hukuka tabi

olmalarına olanak sağlayan bir hüküm gerek Anayasa'da, gerekse 2547 sayılı Yasa'da bulunmamaktadır.

Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulan sürekli ve düzenli hizmetler olarak tanımlanabilir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik isteyen yükseköğretim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmetidir.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında niteliği belirtilen kamu hizmetinin yürütülmesi için istihdam edilen akademik personel ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilecek sözleşmenin "idari hizmet sözleşmesi" niteliğinde bulunduğu kabulü zorunludur.

*...Olayda, davalı Üniversite ile davacı öğretim üyesi arasındaki istihdam ilişkisi, Üniversite'nin Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu hizmetini yürüten bir kamu tüzelkişisi olması ve davacının da **kamu hizmetinin yerine getirilmesinde görev alması** nedeniyle idare hukuku alanında bulunmaktadır." hükmünü vermiştir.⁴²⁶*

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 2012/68 E. , 2012/145 K. sayı ve 02.07.2012 tarihli bir kararında vakıf üniversitesi hastanesi aleyhine açılan bir davada; "....Bu duruma göre, Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.

Açıklanan nedenlerle davanın görüm ve çözümü idari yargı yerinin görevine girdiğinden idare mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir. " şeklinde karar vermiştir.⁴²⁷

⁴²⁶ <http://www.idarehukuku.net/haber/Akademik-personel-ile-vakif-yuksekogretim-kurumu-arasinda-akdedilecek-sozlesmenin-.html> , (19.12.2014).

⁴²⁷ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/4b92ee76-c425-4f0f-bf08-e6401610e915?highlightText=vak%C4%B1f%20%C3%BCniversitesi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (19.12.2014).

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 2012/57 E. , 2013/213 K. sayı ve 05.11.2012 tarihli bir başka kararında vakıf üniversite hastanelerindeki tıbbi uygulama hataları ile ilgili;

"... Davalı Başkent Üniversitesi de mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilat Kanununun Ek 33. maddesi ile Vakıf Yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur.

İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de kamu hukukuna tabidirler.

Dosyanın incelenmesinden davacının, 11.08.2007 tarihinde davalı Üniversite hastanesinde Ampiyem teşhisi ile yapılan yanlış, yersiz ve gereksiz tedavisi sonucunda idarenin hizmet kusuru nedeni ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünde zarar meydana geldiğini öne sürerek, oluşan zararlara karşılık 20,500 TL maddi ve 100,000.00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte müteselsilen davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

Bu duruma göre, Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.

Açıklanan nedenlerle davanın görüm ve çözümü idari yargı yerinin görevine girdiğinden idare mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir. "⁴²⁸

⁴²⁸<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf->

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012/4-729 E , 2013/163 K sayılı ve 30.01.2013 tarihli kararında vakıf üniversitesi hastanesi ile ilgili bir davada şu kararı vermiştir;

".....Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurları sonucu kişilere zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin kamu görevlileri aleyhine açtıkları tazminat davasıdır.

Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisinin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibariyle davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa, hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, **kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur.** Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan

kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelememiz gerekir.

Anayasanın 129/5.maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine dava açılabilir.

657 sayılı Devlet Memurları Yasasının (kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı) 13.maddesinde; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açarlar.

Borçlar Yasasının (haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1 maddesinde; gerek kasten gerek ihmal ve tesyüüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

*Anayasanın 129/5.maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 13.maddesinin Borçlar Yasasının 41/1.maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargıda dava açılabileceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasasının 41/1.maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir. **Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o takdirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiplerindedir.***

Yukarıda açıklanan Anayasanın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 13.maddesi karşısında Borçlar Yasasının 41/1.maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabileceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir.

Anayasa'nın 129/5.maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 13.maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlükte ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni

ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir ve Yasal düzenleme yapma yetki ve görevi T.B.M.M.ne aittir.

Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ancak kamu idaresi aleyhine dava açılabileceğinin kabulü gerekir.

... Öncelikle, 4282 sayılı Kanunla kurulmuş olan bir Vakıf Üniversitesi olan ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde çalışan davalı doktorun eyleminden sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiş olup, bu yasa kapsamında dava dışı ... Üniversitesi 4282 sayılı kanun ile kurulmuştur. Üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi halka sunduğu sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğindedir **davalı çalışanı da kamu görevlisidir.**

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında yer almaktadır. T.C.Anayasasının başlıklı 40.maddesinin Ek fıkrası (03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) uyarınca; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." Hükmünü içermektedir.

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."; son fıkrasında da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." şeklindedir.

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129.maddesinin birinci fıkrasında: Beşinci fıkrasındaki düzenleme ile de; hükümleri yer almaktadır.

Anayasanın bu hükümleri ile amaçlanan, **memur ve diğer kamu görevlilerinin** yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye

uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, 12.05.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik, 13. maddesinde yer almaktadır. Anılan kanunun değişik, birinci fıkrasında; hükmü öngörülmüştür.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5 maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; açıkça ifade edilmiştir.

Diğer taraftan uyuşmazlığın çözümünde Anayasanın 129/5 maddesinde yer alan ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır:

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretilerde kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğretisi ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

*İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, **bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindedir (Danıştay 10.Daire 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı).***

...Devletin sorumluluğunun diğeri bir şartı da, zararın, memur ve **diğeri bir kamu görevlisi tarafından** ve gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Şu halde , görevin ifası "Yetkinin kullanılması" ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, **kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş** olmalıdır.

Memur ve diğeri resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Beta, 10. Bası, s. 590 vd.).

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13üncü maddesindeki ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğeri taraftan, Anayasanın 129/5 maddesinde şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğinin ölümüne neden olduğu iddiasıyla doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır.

Davacının bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır.

*Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, **eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir.** Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir.*

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davalı doktor hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerekirken esasının incelenmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.⁴²⁹

Gözler, bu konuda "...Keza bunlar, kamu tüzel kişiliğine sahip olduğuna ve bir kamu hizmeti yaptıklarına göre, mallarının kamu malı, daimi nitelikteki eğitim hizmetlerini yönetmek için istihdam ettikleri personelin de kamu personeli statüsünde olması gerekir. Keza bunların öğretim elemanlarıyla akdettikleri hizmet sözleşmeleri de, sözleşmenin taraflarından birisi kamu tüzel kişisi ve sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesi olduğuna göre idari hizmet sözleşmesidir, bunlardan doğan uyuşmazlıklara idare hukukunun uygulanması ve uyuşmazlıkların idari yargıda karara bağlanması gerekir. Kısacası bu üniversitelerin gerek malları, gerek personeli, kamu hukukuna tabidir ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklar idari yargıda görülür" görüşündedir⁴³⁰

Gerek Danıştay, gerek Uyuşmazlık Mahkemesi ve gerekse Yargıtay'ın kararlarında görüldüğü gibi vakıf üniversitelerinin, kurucu vakıf tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu, bu üniversitelerde çalışan öğretim üyesi ve hekimlerin de kamu görevlisi olduğuna hükme bağlanmıştır. Bu görevlilerden kaynaklanan zararların ise hizmet kusuru kapsamında değerlendirilerek, görevli yargı yerinin idari yargı olacağı belirtilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLERİN CEZAI SORUMLULUKLARI

Hekimlik mesleği uygulamasında hekimler başlıca dört alanda sorumluluk taşırlar. Bir tıbbi hatanın varlığı durumunda ortaya çıkacak sorumluluklar; hukuki

⁴²⁹ <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=45&t=13305> , (21.12.2014).

⁴³⁰ Gözler, s.242.

sorumluluk, cezai sorumluluk, disiplin sorumluluğu ve mesleki ve etik sorumluluktur.

Önceki bölümde ayrıntıları ile tartıştığımız hukuki sorumluluk, hekimin tıbbi uygulamalarından kaynaklanan bir zarar söz konusu ise, bu zararın tazmini sorumluluğudur. Ülkemizde, hekimlerin uygulamaları ile ilgili özel kanunlar bulunmadığından bu sorumluluk Borçlar Kanunu çerçevesinde sonuca bağlanır.

Cezai sorumluluk ise, yapılan tıbbi uygulama ve oluşan zararın konusu eğer Ceza Kanununa göre bir suç oluşturuyorsa ortaya çıkar. Disiplin ve etik sorumlulukları ilerideki bölümde inceleneceğinden, bu bölümde hekimlerin cezai sorumluluklarını inceleyeceğiz.

1 Haziran 2005 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesine göre bu kanunun amacı şöyle ifade edilmiştir;

"Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir."

Buna göre bu kanunun amacı sadece suç işlenmesini önlemek değil, aynı zamanda özgürlükleri, kamu düzeni, güvenliği, barışı, sağlığı ve çevreyi de korumaktır. Dar anlamıyla suç ve ceza üzerinde duruyor gibi görünse de, yasa koyucu bu kanunu çok daha geniş kapsamda düşünmüştür. Burada temel amaçlardan biri, özgürlük ve güvenlik dengesinin kurulabilmesidir. Her ikisi de toplum ve birey için vazgeçilmez olan bu kavramları dengede tutabilen ülkelerin özgürlükçü ceza hukuku anlayışına sahip ülkeler olduğu açıktır.

Kanunun 2. maddesi ise, Suç ve Cezada Kanunilik başlığı altındadır, buna göre; *"(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz."*

Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) *Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*"

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralına bugün doktrinde verilen anlam şudur: Ceza Hukukunun esası yalnız kanundur. Bu nedenle "kıyaslama", hukukun genel ilkeleri, gelenek ve görenek'e ceza hukukunda yer verilemez. Hem Anayasa ile belirlenmiş ve hem de ceza kanunu ile yasalaşmış olan kanunilik ilkesi ceza hukukunun hukuk devletine uygunluğunun bir garantisidir. Ceza Hukukunda Kanunilik ilkesi, diğer bütün hukuk dallarından daha güçlüdür ve bu dalın temelini oluşturmaktadır. Ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi, hangi davranışların suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi ve bu suçu işleyenlerin görecekları yaptırımların kanun tarafından önceden belirlenmesidir. Bu şekilde yasak davranışın önceden gösterilmesi suretiyle, kişi özgürlüğünün sınırları önceden belirlenmiş olmaktadır. Görüldüğü gibi kanunilik ilkesinin iki önemli anlamı bulunmaktadır. Birincisi, hangi davranışın suç olarak düzenlendiğinin önceden kanun tarafından gösterilmesi "suçta kanunilik" veya "kanunsuz suç olmaz" (nullum crimen sine lege) ve ikincisi, kanunun suç saydığı bir fiilin yaptırımın önceden kanun tarafında gösterilmesi "cezada kanunilik" (nulla poena sine lege)'dir. Başka bir deyişle kanunun açıkça yasaklamadığı her fiil meşrudur. Fiilin suç olarak gösterilmesi yetmez bunun karşılığında bir cezanın da gösterilmesi gerekir. Kanunda gösterilenden başka bir ceza tayin edilemez.⁴³¹

Kanunun 3. maddesinde ise "Adalet ve kanun önünde eşitlik" başlığı altında;

"(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz." hükmü getirilmiştir.

Söz konusu madde hükmünün varlık nedeni, hukuk devleti ve demokrasilerdeki "adalet" ve "eşitlik" ilkelerinin yasal olarak düzenlenmesi,

⁴³¹ Ümit Sade, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7.Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.8-9.

insanların "eşit" bireyler olarak değerlendirilmesi, bu ilkelerin Ceza Hukuku bağlamında "yaşama geçirilmesi" ve "ayrımcılığın ve ayrıcalıklı davranmanın" önlenmesidir.⁴³²

Kanunun bağlayıcılığı başlığını taşıyan 4. madde de ise; "(1) Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." hükmü konulmuştur.

Bu hüküm ile ülkede yaşayan herkesin kanunları bilme zorunluluğu olduğu vurgulanmış ve yasa koyucu tarafından da böyle kabul edilmiştir. Eşitlik ilkesi gereği kanunları bilsin ya da bilmesin kimseye ayırım yapılmamıştır. Ayrıca, kişinin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi yeterli kabul edilmiş, ayrıca suç olduğunu bilmesinin gerekmediği vurgulanmıştır.

Kanunun 20. maddesi ise "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesi ile evrensel bir ilkeyi vurgulamaktadır. Buna göre; "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." hükmü getirilmiştir.

Bir suç dolayısıyla failin çocuğuna, ana-babasına, eşine, ailesine, sülale veya kabilesine ceza verildiği tarihte görülmüş bir uygulamadır. Toplumların gösterdikleri gelişmeler bugün bu tür bir uygulamayı olanaksız hale getirmiştir. Günümüz Ceza Hukuklarına göre "ceza sadece suçun failine verilir"; bir başka deyişle ceza kişiseldir. (...) Benimsenen bu ilkeler dolayısıyla da, cezai sorumluluğun sözleşme yolu ile bir başkasına devredilmesi hukuken olanaklı değildir.⁴³³

3.1. SUÇUN UNSURLARI

Suç, kişilerin ve toplumun her türlü güvenliğini sağlamak için, devlet tarafından yapılması yasaklanan ve yapılması durumunda bir yaptırıma tabi tutulan yasa hükümlerinin ihlali durumudur. Bir eylemin suç sayılması için gerekli unsurlara "suçun unsurları" adı verilir. Bu unsurları başlıca şunlardır;

3.1.1. Tipiklik (Kanunilik)

Bu ilke Türk Ceza Kanununda ise 2.maddenin, 1 ve 2.fikrasında şöyle ifade edilmiştir:

"(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.

⁴³² Er, s.350.

⁴³³ Er, s.354.

Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz".

Bu maddelerle anlatılmak istenen, evrensel bir ilke olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" cümlesiyle ifade edilebilir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, birey hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencesini teşkil etmektedir. Bu ilke sayesinde suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak yaptırımlar önceden belirlenerek kişi hürriyetlerinin sınırları çizilmekte, söz konusu sınırların içinde kalan davranışlarsa serbest kalmaktadır. Burada önemli nokta, "kanun" sözcüğünün gerçek anlamında kullanılmasıdır. Yani yönetmelik, tüzük ve benzeri işlemler ile suç ve ceza oluşturulamaz. TCK'nın 2. Maddesinin 2. Fıkrası idari işlemlerle suç ve ceza konulamamasını hükme bağlamıştır.

"Ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi için, suçta ve cezada kanunilik ilkesi tek başına yeterli değildir. Bir başka ifadeyle, suç ve ceza içeren hükümlerin kanunla düzenlenmiş olması yetmez; aynı zamanda ilgili suç tanımının suçun unsurları itibarı ile açık ve seçik olması; hangi davranışın suç oluşturduğunun ve bunlar için öngörülen yaptırımların nelerden ibaret olduğunun herkesin anlayabileceği açıklıkta olması gerekir.

Doktrinde suçun "yasal unsuru" , "tipik unsuru" da denilen bu koşulla belirtilmek istenen; eylemin yasada yer alan bir suç tanımına uygun düşmesi ve yasada o eylem için bir cezanın öngörülmüş olması, o eylemi suç olarak tanımlayıp karşılığında ceza öngören bir yasal düzenlemenin bulunmasıdır. Yasadaki tanıma uymayan bir eylem, diğer koşullar var olsa bile, suç sayılmaz; böyle bir eylem için faile ceza verilemez."⁴³⁴

3.1.2. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsurunu oluşturan unsurlar; fail, fiil, mağdur, zarar ve nedensellik bağıdır. Şimdi bu unsurları kısaca inceleyeceğiz.

3.1.2.1. Fail

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37/1 maddesinde fail, " *Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu*

⁴³⁴ Er, ss.355-356.

olur." şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddede failin "kişiler" olabileceği, daha açık bir anlatımla ancak bir insanın suçun faili olabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda serbest hareket yeteneği olmayan şeyler (eşyalar, ceset, tüzel kişiler vb) suçun faili olamazlar. Ceza kanununun kişi veya kimse olarak tanımladığı insandır. Fail için "suçun aktif süjesi" deyimini de kullanılabilir. Bazı suçların kanuni tanımında, bu suçların ancak özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli bir özelliğe sahip olan kişiler tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu tür suçlara "özgü suçlar" adı verilir. Örneğin, görevi kötüye kullanma (m. 257), irtikâp (m. 250) suçlarının faili ancak bir kamu görevlisi olabilir.⁴³⁵

3.1.2.2. Hareket (davranış, fiil)

"Fiil, bir kişinin iradesiyle yaptığı ve hukuki alanında değişiklikler yaratan hareketleri ve davranışları olarak tanımlanabilir. Hareket, insan bedeninden yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan, dış dünyada bir önemi bulunan, iradi olan, en azından irade ile dizginlenebilen maddi bir işittir.

Hareket, özünde insan bedeninin bir işittir. İnsan iradesinin sinir sistemi aracılığı ile kas ve organlarına yaptırdığı işlerin tamamıdır. Ceza hukuku alanında önem taşıyan hareket, kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olan harekettir. Hareket müspet şekilde, yani bir icra olarak ortaya çıkabilip belirli bir neticeyi gerçekleştirebileceği gibi, menfi şekilde yani bir ihmali olarak da neticeyi doğurabilir.

Hukukî terim olarak hareket, insanın doğal ortamdaki davranış tarzıdır. Müspet (olumlu, icrai) veya menfi (olumsuz, ihmali) şekilleri olmakla beraber yasalarda belirlenmiş sonuca yol açan , yani hareketle sonuç arasında nedensellik bağı bulunan her hareket, suçun eylem unsurunun alt unsuru olan hareket unsurunu oluşturur."⁴³⁶

İcrai hareket, hukuk kurallarınca yasaklanan ve hukuka aykırı hareketleri tanımlamaktadır. Buradaki hareketler aktif hareketlerdir. İhmali hareketler ise hukuk kurallarının yapılmasını emrettiği yükümlülüğün yapılmamasıdır. Burada hukuk

⁴³⁵ İzzet Özgenç, "Suçun Yapısal Unsurları", **Ceza Hukukuna Giriş**, (Eds.İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz), T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını: No:2476, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1447, AÖF Yayınları, 1.Baskı, Eskişehir, 2012, s.24,

⁴³⁶ Emre Akbulut, "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:66, 2006, ss.183-224.

kuralları kişilere belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü emretmiş ancak bu kurallara aykırı ve pasif davranış ile bu yükümlülük yerine getirilmemiştir.⁴³⁷

Buna göre hukuki yararlar saldırı iki temel şekilde görülebilmektedir. Birincisi hukuki yararlar tecavüz eden bir hareketin yapılması (icrai hareket); ikincisi ise, hukuki yararı koruyan hareketin yapılmamasıdır (ihmali hareket). Bu iki temel ayrımın yanı sıra, hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen suçlar da söz konusu olabilir. Bu suçlar da "*garantörsel ihmali suçlar*" olarak tanımlanmaktadır.⁴³⁸

Kişilere yüklenmiş olan icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün soyut olarak yerine getirilmemesi, bir haksızlık teşkil eder. Bu yükümlülüklerden bir kısmının sadece yerine getirilmemesi, TCK'da suç olarak tanımlanmıştır. Bu tür suçlara "*gerçek ihmali suç*" adı verilir. Gerçek ihmali suçun oluşumu için herhangi bir neticenin meydana gelmesi gerekli değildir. Örneğin, kendini idare edemeyecek durumda olan kişilere karşı yardım etme yükümlülüğünün sırf yerine getirilmemesi, TCK'nın 98. Maddesindeki suçun oluşumu için yeterlidir. Kanunda serbest hareketli olarak tanımlanmış suçlar, icrai davranışla işlenebileceği gibi; ihmali davranışla da işlenebilirler. Örneğin, kasten öldürme suçu, bir kişiye ateş etmek suretiyle, yani icrai bir hareketle işlenebileceği gibi; bakmakla yükümlü olduğu bebeğini aç bırakarak, onun ölümüne sebebiyet veren anne örneğinde olduğu gibi, ihmali bir davranışla da işlenebilir. İşte icrai davranışla işlenen suçların ihmali davranışla da işlenebildiği durumlarda "*görünüşte ihmali suç*"tan söz edilir. Bu bağlamda ihmal, olumsuz, menfi, negatif hareket; icra ise olumlu, müspet, pozitif hareket olarak ifade edilmektedir.⁴³⁹

Hareket dış dünyada hukuki sonuçlar doğuran bir eylem olduğundan kişinin iç dünyasında veya düşüncesinde olan dış dünyaya yansımazsa ya da hareket irade dışı olmuşsa suç oluşturmaz.

3.1.2.3. Mağdur

Her suçun bir mağduru vardır ve bu mağdur insandır. Tüzel kişiler mağdur değil, suçtan zarar gören olabilirlerken, bir insanın aynı suçun hem faili hem de

⁴³⁷ Özlem Koçak Süren, "Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu 83. Madde", **TBB Dergisi**, Sayı:90, 2010, ss.248-294.

⁴³⁸ Ş. Cankat Taşkın, Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme, **TBB Dergisi**, Sayı:79, 2008, s.142.

⁴³⁹ Özgenç, s.24.

mağduru olması mümkün değildir. Mağdur için "suçun pasif süjesi" deyimini de kullanılabilir. Her suç bireysel, sosyal ve kamusal nitelikteki belirli varlık veya menfaatleri ihlal etmek suretiyle, dolaylı olarak, bu varlık veya menfaatlerin sentezi olan ve cezai korumanın konusunu oluşturan genel menfaati de ihlal eder. Toplumun varlığı ve gelişmesine ilişkin bu genel menfaat devlete ait olduğundan her suçun biri devamlı ve genel (yani her suç için ortak) diğeri özel (yani suçtan suça değişebilen) olmak üzere iki pasif süjesi vardır. Nitekim her suç dolaylı da olsa, devlete ait genel menfaati ihlal olduğuna göre, devlet her suçun pasif süjesidir. Ancak suçun mağduru ve pasif süjesi denilince suçun hukuki konusunu oluşturan ve suçtan doğrudan saldırıya uğrayan münferit varlık veya menfaatlerin sahibi olan birey, aile, toplum veya devlet anlaşılır.⁴⁴⁰

3.1.2.4. Hukuka Aykırılık

Cezai sorumluluğun doğması için gerekli koşullardan biri de hukuka aykırılık unsurunun olmasıdır. Diğer bir deyişle, hukuka uygunluk şartlarının olmaması gereklidir.

Hukuka aykırılık denilince; hakkın ihlali kastedilir. Kanun koyucu, insanların toplum halinde birlikte yaşamalarını sağlamak amacıyla emirler ve yasaklardan oluşan bazı davranış tarzlarını suç olarak belirlemiştir. Eylemin hukuka aykırılığı ise, bu tür emir ve yasağı içeren hukuk normunun ihlalidir. Hukuka uygunluk ise, fail tarafından gerçekleştirilen hareketin yapılmasına hukuk düzeninin izin vermiş olmasını ifade eder. Bir ceza kuralının suç saydığı fiile başka bir kural (Ceza kanununda veya başka özel kanunlarda) izin veriyorsa artık o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığından yani hukuka aykırı olmadığından artık suç olmadığı görülür. Bu şekilde bir ceza kuralının yasakladığı fiilin artık işlenmesine izin vererek onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala "Hukuka Uygunluk Nedeni" denilir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp fiili, hukukun meşru saydığı bir hareket, bir davranış biçimi haline getirir.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Nevzat TOROSLU, "Suçun Manevi Unsuru", **Ceza Hukuku**, (Ed. Ozan Ercan TAŞKIN), T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2283, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1280, 3.Baskı, Eskişehir, 2013, s.27.

⁴⁴¹ Ali Şafak, "**Ana Hatlarıyla Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**", 4. Baskı, Ankara, 2015, http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_news/2015/1/09/h1/CEZA%20HUKUKU.pdf, s.22.

Kanuni tanıma uygun bir fiilin varlığı hukuka aykırılığa karine teşkil eder. Diğer bir ifadeyle, kanuni tanıma uygun bir fiilin bulunduğu hallerde kural olarak hukuka aykırılığın da gerçekleştiği kabul edilir. Bu aşamada sadece fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılır. Eğer fiili hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmaktaysa karinenin geçerliliğini koruduğundan, yani kanuni tanıma uygun fiilin suç olduğundan söz edilir. Buna karşılık, fiili hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmaktaysa, suç teşkil eden bir haksızlığın varlığından söz edilemez. Buna göre, suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denir.⁴⁴²

Bir hareketin varlığı ve bunun tipikliği ihlal etmiş olması veya tipikliğe uygunluğu, fiilin suç olarak kabulü ve hukuka aykırılığın tespiti bakımından kural olarak yeterlidir. Bununla birlikte üç husus üzerinde durulmalıdır: 1. Bir suç tipi ihlal edildiği ve aykırılık ortaya çıktığı halde hukukun çeşitli kaynakları bu suç tipinin ihlal edilebilmesine izin vermiş, olanak tanımış veya bir kişiye bir görev olarak yüklemiş olabilir. Örneğin adam öldürme kanun tarafından suç olarak kabul edilmiştir. İdam hükmünü icra eden infaz memuru da şekil olarak adam öldürmüştür. Fakat suç sayılan bu fiil, hukuka uygun olduğunu belirten bir başka kanun maddesi bulunduğu için infaz memurunun fiili suç olarak kabul edilmez. 2. Bazı suç tipleri içinde “haksız olarak” ve “hukuka aykırı” olarak şeklinde deyimler yer alır. Bu suç tiplerinde hareket, suç tipini ihlal etse dahi, bu hareketin haksız veya hukuka aykırı olduğu tespit edilmeden bir sonuca varılamaz. 3. Nihayet ihmal suretiyle icra suçlarında, ihmâlin bir netice meydana getirip failin cezalandırılabilmesi için ortaya çıkan neticeye engel olma yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğün tespiti gerekir. Anlaşılan o ki; suç tipinin ihlal edilmesi hukuka aykırılığın bir karinesi ise de, yukarıda zikredilen bu üç durum karineyi ortadan kaldırabilmekte, zikredilen bu hallerin bulunmaması durumunda suç tipinin ihlali hukuka aykırılığın kesin karinesini oluşturmaktadır.⁴⁴³

⁴⁴² İlhan Üzülmöz, Özgenç, İzzet, Neslihan Göktürk, (Eds) İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz. "Hukuka Uygunluk Sorunu", **Ceza Hukukuna Giriş**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No:2476, Açıköğretim Fakültesi Yayını, No: 1447, AÖF Yayınları, 1.Baskı, Eskişehir, 2012, s.37.

⁴⁴³ Haluk Songur, " **İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi-Mukayeseli Bir İnceleme**", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2001, s.XXXIII.

Genel olarak hukuka uygunluk şartları;

- Görevin kanundan kaynaklanması,
- Görevin emirden kaynaklanması,
- Meşru savunma,
- Zorunluluk durumu,
- Hakkın kullanılması,
- Hak sahibinin rızası olarak sıralanabilir;

Suçun diğer maddi unsurlarından olan zarar (netice, sonuç), nedensellik (illiyet) bağı ve kusur kavramlarını daha önce ilgili bölümde incelediğimizden tekrar değinmeyeceğiz.

3.1.3. Suçun Manevi Unsuru

Suçun diğer bir unsuru, manevi unsurdur. Manevi unsur, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağı ifade eder. Bu bağ kurulmadan suçun oluştuğundan söz edilemez. Belirtmek gerekir ki, manevi unsur ile kusurluluk birbirinden farklı kavramlardır. Kusurluluk, suçun oluştuğunun tespitinden sonra işlediği fiil ile bağlantılı olarak fail hakkında bulunulan bir değer yargısıdır (kusur yargısı). Kusurluluk suçun bir unsuru değildir. Örneğin, kusur yeteneğine sahip olmayan bir akıl hastasının bir başkasını öldürmesinde veya yaralamasında ortada haksızlık oluşturan, dolayısıyla suç teşkil eden bir fiil vardır. Fakat kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle fail hakkında cezaya hükmedilmez (kusursuz ceza olmaz/kusur prensibi). Buna karşılık, manevi unsur gerçekleşmediği takdirde, suçun varlığından söz edilemez. Bu itibarla, TCK'ya hâkim olan suç teorisinde, suçun manevi unsuru ile kusurluluk, birbiriyle bağlantılı; fakat içerik ve fonksiyonları bakımından birbirinden farklı kavramlardır. Suçun manevi unsuru denildiği zaman, fiilin kasten veya taksirle işlenmiş olması anlaşılır. Kast ve taksir haksızlık teşkil eden fiilin işleniş şeklidir.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ İzzet Özgenç, "Suçun Yapısal Unsurları", Ceza Hukukuna Giriş, (Eds. İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz), Anadolu Üniversitesi Web-Ofset Tesisleri, Eskişehir, 2012, s.26.

3.1.3.1. Kast

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde kast şu şekilde tanımlanmıştır;

"(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.

Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir"

"Kanun maddesinin 1. fıkrasında kast tanımlanırken özellikle vurgulanan "bilme (öngörme)" ve "isteme" unsurlarıdır. Kast olabilmesi için sadece davranış değil, aynı zamanda sonucun da istenmesi gereklidir. Sonucu olmayan suçlarda ise bilerek ve isteyerek yapılan hareket veya ihmal yeterli olmaktadır.

Kast, özeliğini asıl olarak isteme unsurundan almakta ise de, sadece bundan ibaret değildir. Suçu oluşturan fiilin tasavvur edilmesi, yani failin bu fiilin daha önceden bir görünümüne sahip olması da gerekir. İşte kastın bilme unsuru genel manada budur ve isteme unsurundan önce gelir. Bilinmesi gereken unsurların neler olduğu, suçun yapısına bağlı olarak değişmektedir. Bu konudaki kesin ölçüt, suçun kanuni tanımıdır. Çünkü suça özeliğini kazandıran ve fail tarafından bilinmesi gereken unsurlar bu tanımda belirlenmektedir. Böylelikle örneğin, adam öldürme suçunda, öldürme kastının varlığı için, failin hareketini yönelttiği şeyin insan olduğunu bilmesi gerekir. Çünkü TCK 81. maddeye göre, bu suçun esas özeliği bir insanın öldürülmesidir. (...) Diğer taraftan kanunda suç olarak tarif edilmiş fiilin haksızlık teşkil ettiğine dair tüm unsurların bilinmesi gerekir. Kanuni tarifte yer almakla birlikte, fiilin haksızlık içeriğine etkisi olmayan unsurların bilinip bilinmediğinin kast açısından önemi yoktur. Suçun haksızlık içeriğini belirleyen unsurlar fail tarafından bilinmeli ki kastın varlığından söz edilebilsin. Bu bilginin üst düzeyde bir bilgi olması gerekmez. Ortalama, vasat bir bilgi yeterlidir."⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Mahmut Gökpınar, "Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast" ", **TBB Dergisi**, Sayı 79, 2008, ss:201-202.

Bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez. Yani, öngörme, aynı zamanda isteme anlamına gelmez. Bu nedenle, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, başta kanunda tanımlanan sonuç alt unsuru olmak üzere, öngördüğü tüm hususları aynı zamanda istemiş olması gerekir. Failin öngördüğü ile istediği arasında bir uygunluk varsa, yani öngördüğü sonuca ulaşmak için iradesini harekete geçirmişse, kastı oluşmuş sayılır ve bundan dolayı sorumlu tutulur. Ancak, failin iradi eyleminden yine iradi olan asıl sonucun dışında ikinci derece sonuçlar da gerçekleşebilir. Böyle bir durumda, bu ikinci derecedeki sonuçların da failin iradesi kapsamına girip girmedikleri sorununun çözülmesi gerekir. Bu konuda varılacak sonuç, ikinci derecedeki sonuçlardan dolayı failin kasten mi, yoksa taksirle mi sorumlu tutulacağına belirlenmesinde büyük önem taşır.⁴⁴⁶

Kast kavramının, "doğrudan kast", "dolaylı (olası) kast"; "ani kast", "düşünce kastı"; "genel kast", "özel kast" gibi çeşitli sınıflandırmaları mevcuttur. Konumuzla ilgili olması nedeniyle biz doğrudan ve dolaylı (olası) kast kavramlarını inceleyeceğiz.

3.1.3.1.1 Doğrudan Kast

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21/1. maddesinde tanımlanan suç doğrudan kast suçudur. Yani failin bilerek (öngörerek) ve isteyerek gerçekleştirdiği suçlar bu anlamda doğrudan kast suçunu oluşturur.

Fail, düşündüğü, öngördüğü ve dolayısıyla bildiği sonucu aynı zamanda isteyerek gerçekleştirmişse, gerçekleşen bu sonuç bakımından "doğrudan kast" söz konusu olur. Buna karşın, failin gerçekleştirmek istediği sonuç gerçekleşmemişse, suçun teşebbüs durumunda kaldığından söz edilir. Örneğin, bir kimseyi öldürmek için silahını o kişiyi hedef alarak ateşleyen fail, öngördüğü ve istediği sonucu gerçekleştirdiği içindir ki, doğrudan kastla işlenen bir adam öldürme suçu vardır. Failin iradesi dışındaki bir engel ile bu sonuç gerçekleştirilmemişse, o takdirde kasten adam öldürme suçu teşebbüs durumunda kalmıştır ve bu olasılıkta dahi sonuç alt unsuruna yönelik doğrudan kast söz konusudur.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶Kayihan İçel, "Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast" ", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, 2007, s:64.

⁴⁴⁷İçel, s.64.

Sonuç olarak fail, işlediği suçun maddi unsurlarını tümüyle düşünmüş, öngörmüş ve dolayısıyla, bütün bunlar hakkında bilgiye sahip olmuş ise, doğrudan kast vardır. Bunun dışında, icra edilen fiilin olağan hayat tecrübelerine göre muhakkak surette sebebiyet vereceği neticeler bakımından da failin doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilir. Kasten işlenebilen suçlar, hem doğrudan kastla hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, bir suçun kanuni tanımında “bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer verilmiş ise, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu nedenle doğrudan kast suçlarında, sonucu "öngörme (bilme) ve isteme hali söz konusudur.⁴⁴⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Yeni Türk Ceza Kanunu'ndan önce verdiği 2004/1-163 E, 2004/194 K ve 12.10.2004 tarihli kararında kast unsuru ile ilgili şu yorum yapılmıştır; "*Kast, Türk Ceza Yasası'nda tanımlanmamıştır. Ancak, 45. maddenin 1. fıkrasında "Cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır" demek suretiyle kast kuralı ve bütün cürümlerde kastın aranması zorunluluğu belirtildikten sonra, "Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile tertip ettiği ahval müstesnadır" hükmü getirilerek, sözü geçen kuralın istisnası gösterilmiştir. Bu istisna, bazı cürümlerin taksirle işlenmesi halinde failin cezalandırılmasına olanak sağladığı gibi, kastedilen neticeden daha ağır bir neticenin gerçekleşmesi halinde failin aşırı sonuçtan dolayı cezalandırılmasını da olanaklı kılmıştır.*

Kısaca, "öngörülen ve suç oluşturan bir eylemi gerçekleştirmeye yönelik irade" biçiminde tanımlanan kastın iki unsuru bulunmaktadır.

Bunlardan ilki; düşünme ve öngörme (bilme) unsurudur. Buna göre, failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, tipe uygun hareketi, önceden düşünüp öngörmüş, zihninde canlandırmış olması gerektiği gibi, sonucu da düşünmüş ve öngörmüş olmalıdır. Bu sonuç, icra suçlarında ve ihmâl suretiyle icra suçlarında yasanın yasakladığı, ihmâl suçlarında ise failin gerçekleştirmek istemediği, ancak yasa tarafından gerçekleştirilmesi emredilen neticedir.

Kastın ikinci unsuru ise; irade (isteme) unsurudur. Kastın varlığı için, hareketten doğacak sonucun sadece düşünülmesi ve öngörülmesi, kısaca bilinmesi

⁴⁴⁸ Özgenç, s.26.

*yeterli değildir. Ayrıca sonucun da istenmesi gerekir. Buna kastın irade (isteme) unsuru denir.*⁴⁴⁹

Görüldüğü gibi Yargıtay'da kastın ilk unsurunun bilme, ikinci unsurunun ise isteme unsuru olduğunu vurgulamıştır.

3.1.3.1.2. Dolaylı (Olası) Kast

Dolaylı (olası) kast, 5237 sayılı ceza kanununun 21/2. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddenin son fıkrası doğrudan kasta göre cezada yapılacak indirimleri göstermektedir.

"Kişinin gerçekleşmesini istediği bir netice ile ilgili olarak doğrudan kastının bulunduğu kabul edilir. Kast, suçun kanuni tanımındaki, objektif nitelikteki unsurların bilinmesi ve istenmesi olarak tanımlanınca, bazı hallerde kişi, neticeyi istemediğini, bundan dolayı da kastının olmadığını, olsa olsa taksirinin söz konusu olabileceğini iddia edebilir. (...) Önceleri bu husus, gayri muayyen kast, dolayısıyla kast, ikinci dereceden kast adı altında doktrinde ele alınmaktaydı. Son zamanlarda daha çok muhtemel kast ve olası kast adı altında ele alınan bu kast türü, TCK'da olası kast adı altında tanımlanarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 21/2). 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, bu tür durumlarda da failin kastının bulunduğunu kabul etmek gerekeceği aksi takdirde kastın olası olması ile doğrudan olması arasında herhangi bir fark kalmayacağı ifade edilerek bu konu üzerinde durulmuştur. Her şeyden önce belirtmelidir ki olası kast, netice ile oluşur. Bu netice/neticeler gerçekleşmesi muhtemel olandır. Fail, bunların, tecrübeler göre beklenen bir sonuç olduğunu öngörmesine veya tahmin etmesine rağmen yine de hareketini gerçekleştiriyorsa, bu sonucu/sonuçları önceden kabul etmiş demektir. Gerçekleşmesi sadece mümkün olan, yani gerçekleşmesi ihtimali az olan sonuçlar bakımından, bir ayırım yapmak gerekir. Fail, sonucun gerçekleşme imkânını öngörmekle birlikte, bu sonucun gerçekleşmeyeceğine inandığı için hareket etmiş olabilir."⁴⁵⁰

Dolaylı (olası) kastın söz konusu olduğu durumlarda doğrudan kasttan farklı olarak, olası kast halinde suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel (olası) addedilir. Olası kastta, tipik neticenin

⁴⁴⁹ kazanci.com, (27.12.2014).

⁴⁵⁰ Gökpınar, s.219.

gerçekleşmesi olayın seyrine bırakılmakta; neticenin gerçekleşmemesi için özel bir çaba sarf edilmemekte; “olursa olsun” düşüncesi ile hareket edilmektedir. (...) Olası kast halinde failin, işlediği suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisi, doğrudan kasttaki kadar kesin değildir. Olası kastın haksızlık içeriği doğrudan kasta nazaran daha azdır. Bu yüzden TCK, bir suçun olası kast halinde işlenmesi durumunda, faile verilecek cezada indirim öngörmüştür.⁴⁵¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2010/1-171 E, 2010/232 K ve 23.11.2010 tarihli kararında, doğrudan kast ve olası kast ayrımını şu şekilde açıklamaktadır; *"Olası kast ise Yasanın 21. maddesinin 2. fıkrasında; "öngörmesine rağmen, fiili işlemesi" şeklinde tanımlanmış, bu kast türü ile ilgili başkaca ayırıcı bir unsura yer verilmemiş, 5237 Sayılı Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrasında bilinçli taksirin; "Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır" şeklinde tanımlanması nedeniyle, bu kast türünün bilinçli taksirle karıştırılacağı hususu öğretide dile getirilmiş, yasa koyucu da, madde metninde yer vermediği "kabullenme" ölçüsüne, madde gerekçesinde; "olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir" şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak ölçüyü ortaya koymuştur. Olası kast ile doğrudan kast arasındaki ayırıcı ölçüye gelince, buradaki en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme unsurudur. Fail hareketinin yasal tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kasıtlı hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerimize göre diğer bazı sonuçları da doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da, doğrudan hareket ettiği kabul edilmelidir.*

*Olası kastı doğrudan kasttan ayıran ölçüt, suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp, muhtemel olmasıdır."*⁴⁵²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/3-259 E, 2013/273 K ve 28.05.2013 tarihli bir başka kararında ise olası kast ile ilgili; " ... Dolayısıyla, eylemin olası

⁴⁵¹ Özgenç, s.27.

⁴⁵² kazanci.com, (27.12.2014).

kastla işlenmesi halinde verilecek ceza, doğrudan kastla işlenmesi halinde verilecek cezayla aynı olmayıp, daha az cezaya hükmolunması gerekmektedir. Olası kastın haksızlık payı, doğrudan kasta kıyasla daha az olduğundan, bu şekilde uygulama yapılması ceza adaletine ve kanun koyucunun amacına da uygun olacaktır.

Öğretide bu hususu destekler mahiyette; "Olası kast, kastın en zayıf türüdür. Olası kastta da ceza hukuku manasında bir kast söz konusudur ve bu kast failin suçu direkt kast ile işlemiş gibi cezalandırılması için yeterlidir. Bununla beraber, bu nevi kastın haksızlık içeriğinin diğer kast çeşitlerine göre az olduğuna dikkat çekmek gerekir. Zira fail her ne kadar neticenin meydana geleceğini öngörmüş ise de, ne neticenin meydana gelmesi için gayret göstermiştir, ne de neticenin meydana geleceğinden emindir, sadece neticeye karşı bir umursamazlık içindedir. Bu itibarla faile cezanın asgari haddi verilebileceği gibi, takdiri indirim sebepleri de uygulanabilir." hükmü verilmiştir.⁴⁵³

Sonuç olarak dolaylı (olası) kastta, sonucu öngörme (bilme), istememe, ama umursamama, aldırmama, olursa olsun tavrı söz konusudur. Tablo 2'de bu ayrıma dair özellikler özetlenmiştir.

3.1.3.2. Taksir

"Taksir, Arapça bir sözcük olup, bir işi eksik yapma bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama gibi anlamlara gelmektedir. Kast ve taksir arasındaki ayrım Roma Hukuku'na (dolus-culpa) kadar uzanmaktadır, ortaçağ İtalyan hukukçuları aracılığıyla Carolina'ya, oradan da müşterek hukuka geçmiştir. Ancak; taksir kasta göre uzun süre gölgede kalan bir kavram olmuştur. Bu durum son yüzyılda kişilerin yaşamı ve sağlığı bakımından zararlı sonuçlara yol açabilecek tehlikeli faaliyet alanlarının artması ve teknolojik gelişmelerin ilerlemesiyle değişmiştir. Failin öngörülebilir bir sonucu öngörmemesi biçiminde tanımlanabilen taksir, 765 sayılı TCK'da tanımlanmamakla birlikte yeni TCK m. 22/2'de "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen sonucu öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir." biçiminde tanımlanmıştır. Buna göre

⁴⁵³ kazanci.com, (27.12.2014).

KAST	→ sonucu öngörme	→ isteme
OLASI KAST	→ sonucu öngörme	→ istememe ancak <u>aldırmama</u>
TAKSİR	→ sonucu öngörmeme	→ istememe ancak <u>dikkat ve özen eksikliği</u>
BİLİNÇLİ TAKSİR	→ sonucu öngörme	→ istememe fakat <u>bilgi ve becerisine güvenme</u>

Tablo-2. Kast ve Taksir ayrımı

taksir, genel olarak, istenen bir davranışın istenmeyen sonucundan sorumluluktur."⁴⁵⁴

Mahiyetinin gereği olarak toplumsal hayat tehlikelerle doludur. Bu durum bireylerin davranışlarında özenli olmalarını zorunlu kılmıştır. Davranışında özenli olmak demek, tedbirli, dikkatli olmak, meslek ve sanatta acemi olmamak, emirlere ve nizamla uymak, demektir. Özensiz davranarak başkalarının çıkarlarına istemeden zarar veren kimse, özensizliğinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bununla birlikte kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, taksirli bir davranıştan ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, yalnızca taksirli bir davranışta bulunmuş olması yetmez, o davranışın ayrıca bir suç sayılmış olması da gerekmektedir.⁴⁵⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde taksir tanımlanmaktadır. Bu maddeye göre;

"(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.

⁴⁵⁴ Cengiz Topel Çiftçioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 2013, s.321.

⁴⁵⁵ Aydın, ss.25-26.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir."

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir."

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesi ile taksir derecesinde kusurluluk hali düzenlenmektedir. Taksir, ikinci fıkrada dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısı ile bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir. Bu tanımla, daha önceki yasa döneminde tanımlanmamış olan taksirin, doktrin ve uygulamada yapılan tanımındaki esaslı unsurlar yasada yer almıştır. "Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak" taksirin esası olarak belirlenmiştir. Bu durumda kanun, bir yandan "dikkatli olmak yükümlülüğüne aykırı davranmayı" taksirin esası sayarak taksirin esasını ödeve aykırılıkta bulan düşüncüyü izlerken, öte yandan "özen yükümlülüğüne aykırı davranmayı" taksirin esası sayarak, taksirin esasını zorunlu tedbir kurallarına aykırı davranmakta bulan düşüncüyü, izlemiş olmaktadır. Bununla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak yeterli görülmemiş, ayrıca failin fiili ile "suçun kanuni tanımında belirlenen neticeyi öngörmeyerek gerçekleştirmiş olmasını" da aramıştır.⁴⁵⁶

Suçlar kural olarak kasten işlenir. Ancak istisnaen taksirle işlenen belli fiiller de kanunlarda suç olarak tanımlanmaktadır. Taksirli suçların belirgin özelliği, icrai ve ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığı ve kanuni tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasıdır.

Yargıtay 12.Ceza Dairesinin 2011/21661 E, 2012/19216 K ve 20.09.2012 tarihli kararında taksir ile ilgili şu yorumu getirmiştir; "*Taksir, istisnai bir kusurluluk*

⁴⁵⁶ Çağrı Kan Aydın, "**Taksirler Yaralama**", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s.28-29.

şeklidir. Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir takım önlemler alma ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, Devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir. Fail, tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme olanak ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmak olup Türk Ceza Kanununun 22/2.maddesi "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi" olarak tanımlamaktadır.⁴⁵⁷

Taksir sorumluluğunun kaynağı, topluma karşı bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Toplum içinde yaşayan birey başkalarının canına ve yaşam güvenliğine zarar vermemek zorundadır. Taksirli olarak gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılmasında temel amaç, kişinin başkalarına zarar vermemesi için kişiden gerekli dikkat ve özeni göstermesini, pasif kalmamasını, ihmalkâr davranmamasını istemektir. Toplumdaki her bir birey hak ve hürriyetlerini kullanırken dilediği gibi davranma ve dikkatsiz, özensiz, başkalarına zarar verecek şekilde davranma hakkına sahip olamaz. Dolayısıyla taksirin hukuki esası bir anlamda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmekten kaynaklanmaktadır.⁴⁵⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004/1-163 E, 2004/194 K ve 12.10.2004 tarihli kararında taksirin unsurları ile ilgili şu yorum yapılmıştır;

"...taksirin "tedbirsizlik", "dikkatsizlik" , "meslek ve sanatta acemilik" ve "nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik" gibi bir kusurluluğu belirttiğini görürüz. Taksirin unsurlarını beşe ayırmak mümkündür:

- a) eylemin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- b) hareketin iradiliği,
- c) neticenin iradi olmaması,
- d) hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,
- e) neticenin öngörülebilmemesidir.

⁴⁵⁷ kazanci.com, (27.12.2014).

⁴⁵⁸ Bahar Demirci, "**Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk**", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s.44.

Neticenin istenmemiş olması (iradi olmaması), taksirin önemli bir özelliğini oluşturmakta ve onu kasıttan ayırmaktadır. Yine, neticenin öngörülebilir olması, taksirin başlıca şartını hatta sınırını oluşturur. Netice öngörülebilir değilse, bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerde bulunmaktan çekinmesi kimseden doğal olarak istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmaz ve artık bir kaza veya tesadüfün bulunduğu söz edilir."⁴⁵⁹

"Taksir her suçta kanıtlanmak zorundadır. Taksir karinesi yoktur. Taksirin her somut olayda kanıtlanması zorunlu olmazsa, taksirden sorumluluk için yalnızca maddi nedensellik yeterli olur ve faille eylemi arasında psikolojik bağı varlığını aramaya gerek kalmaz. Bu da kusurlu sorumluluğun sonu anlamına gelir. Taksirin varlığı için, istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmesi gerekir. Bu kurallar yazılı davranış kuralları ve yazılı olmayan davranış kuralları olmak üzere ikiye ayrılır. Yazılı davranış kuralları yetkili makamlar tarafından konulan nizam, emir ve talimatlar şeklinde karşımıza çıkar. Ancak bu kuralların mutlaka resmi otorite tarafından konulması gerekmez. Yazılı olmayan davranış kuralları ise dikkatli ve özenli olmaya ilişkin sosyal kurallardır. Bunlar genel ve bilimsel-teknik deneyimden kaynaklanır. Taksirli sorumluluğa neden olan yazılı olmayan davranış kurallarının, objektif bir niteliğe sahip olması gerekir. Ayrıca; failin sorumluluğunun öngörülebilirlik ve önenebilirlik kriterleri kapsamında belirlenmesi gerekir. Ancak emirlere, nizamlara uymamak şeklinde özel özensizlik halleri söz konusu olduğunda önemli olan husus failin eyleminin sonuçlarını öngörmüş olup olmadığı değildir, sadece failin davranışında zorunlu tedbir kurallarına yani; bir tehlikeyi ortaya çıkmadan önce gidermek için konulmuş olan yazılı davranış kurallarına uyup uymadığına bakılır. Burada da yani emirlere ve nizamlara uymamaktan doğan taksirli sorumlulukta, ihlalin tespiti yeterli olmakla birlikte, sorumluluğun ihlalden doğan bütün sonuçları kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerekir. Burada ölçüt, "normun konuluş amacı" dır. Başka bir ifade ile taksirli sorumluluğun sınırını, ihlalin olası tüm sonuçları değil, bizzat ihlal edilen normun gerçekleşmesini önlemek amacıyla olduğu belli sonuçları çizmektedir."⁴⁶⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004/2-97 E, 2004/115 K ve 11.05.2004 tarihli kararında bu konuda şu yorumu yapmıştır; " *Neticenin öngörülebilmesi*

⁴⁵⁹ kazanci.com, (27.12.2014).

⁴⁶⁰ Çiftçioğlu, ss.335-336.

(tahmin edilebilmesi) ise failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar. Zira öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüflerden söz edilebilir.

Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran subjektif görüş eğilim kazanmıştır. Bu görüşe göre failin görgüsü, sosyal seviyesi, yaşam tecrübesi, bedeni ve akli hali, zeka düzeyi gibi hususlar öngörme olanağının belirlenmesinde nazara alınacaktır.

Somut olayda, sanık 21 yaşında, dört yıldır gayriresmi evli, okuma yazma dahi bilmeyen ve kırsal kesimde yaşayan bir ev kadınıdır. Sanığın ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyi, yaşı, öğrenim görmemiş olması ve yaşadığı çevrenin koşulları dikkate alındığında, çocuğunu sevip onunla oynayıp şakalaşırken havaya atıp tuttuğu sırada ve hareketli oldukları bir anda meydana gelen olayda açıklanan kıstaslar gereği neticenin öngörülebilir olmaması nedeniyle sanığa atfı mümkün bir kusur bulunmadığından, atılı suçun manevi unsuru oluşmamıştır.⁴⁶¹

"Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak normatif değerlendirmeye hakim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belirli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin; ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında, hastaya yapılan tıbbi müdahalenin, tekniğine uygun olarak yapılmış olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Hakim bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.

⁴⁶¹ kazanci.com, (27.12.2014).

Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur. Taksirli suçun kanuni tanımında belirlenen netice birden fazla kişinin taksirli olarak işledikleri fiiller sonrasında gerçekleşmiş olabilir. Her birinin kusurluluğu diğerinden bağımsız olarak belirlenir. Aynı şekilde birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen bir ameliyatın ölüm veya sakatlıkla sonuçlanması durumunda, ameliyata katılan kişiler müştereken hareket etmektedirler. Ancak tıbbın gereklerine aykırılık dolayısıyla ölüm veya sakatlıkla sonuçlanan bu ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanamaz. Her kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz."⁴⁶²

Taksirin Unsurları;

"a) Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

Kural olarak suçlar kasten işlenirler. Taksirle işlenebilen suçlar ise kasten işlenen suçlar yanında istisnai nitelik taşımaktadır. Bu sebeple bir suçun taksirle de işlenebileceği ve böylece cezalandırılabilmesinin kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenlemeye gereksinim vardır. Buna ilişkin hüküm ise 5237 sayılı TCK m. 22/1 de açıkça gösterilmiştir.

Örneğin mala zarar verme suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve kanunda bu suçun taksirle işlenmesi hususu suç olarak düzenlenmediğinden, bir kimse diğerinin malına taksirle zarar verirse suç işlemiş olmaz ancak haksız fiilden sorumlu olur.

b) Hareketin İradi Olması

Hareketin iradi olması, hem bilinmesi hem de istenmesi demektir. Fail neticeyi meydana getiren icrai veya ihmali davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir.

Kusurluluğun ortak temelini oluşturan kusurlu irade, taksirde hareketin iradiliği şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hareket iradi değilse taksirin varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Failin hareketi iradi olmakla birlikte sonuçlarını da görüp istemiş ise artık taksirli fiilden değil kasıtlı fiilden söz edilir. Taksirle işlenen haksızlıklarda hareketin iradiliğinden söz edilmektedir. Ancak işaret

⁴⁶² Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, "Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları", Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, (TAKSİR), s.117.

etmek gerekir ki; bu hareket icrai bir davranışta bulunmak suretiyle olabileceği gibi, ihmali bir davranış şeklinde de tezahür edebilir.

c) Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmalıdır. Meydana gelen neticeden sorumluluk için, buna dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla sebebiyet verilmiş olmalıdır. Bu aykırılığın olmadığı hallerde, meydana gelen neticeden dolayı ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan bahsedebilmek için, kişinin dikkat ve özeni gösterebileceği bir durumun varlığı gereklidir. Eğer böyle bir durum yoksa aykırılıktan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Örneğin kişinin uykulu iken yapmış olduğu davranışlar sonucu bir zarar ortaya çıkmış olsa dahi burada failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketinden bahsetmek olanaklı değildir. Dikkat ve özen yükümlülüğü objektif ölçülere göre belirlenir ve bu konuda ortalama bir insanın, failin yerinde olsaydı, tehlikeden kaçınmak için nasıl hareket edeceğine bakılır.

d) Neticenin İradi Olmaması (İstenmemiş Olması)

Netice, hareketin dış dünyada oluşturduğu, suç tanımına uyan değişikliğe denir. Taksirli suçlar bakımından netice özel bir öneme sahiptir. Taksirli suçlarda teşebbüs mümkün olmadığı için, eğer netice gerçekleşmemiş ise taksirli hareketin failine ceza verilmez.

Taksirli suçlarda netice cezalandırılabilirlik şartı değil taksirin kurucu unsurudur. Bu sebeple taksirli insan öldürme suçu hareketin yapıldığı zaman değil, sonucun gerçekleştiği zaman tamamlanmış sayılır.

Taksiri kasttan ayıran ölçüt neticenin istenmemiş olması olduğu için, ister netice öngörülmüş olsun, isterse öngörülmemiş olsun neticenin iradi olmaması yani istenmemiş olması şarttır.

e) Neticenin Öngörülebilir Olması

Failin taksire dayalı bir sorumluluğunun bulunduğu bahsedebilmek için meydana gelen neticenin öngörülebilir nitelikte olması şarttır. Eğer netice öngörülebilir nitelikte değil ise burada taksirden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Burada önemli olan neticenin öngörülebilir olmasıdır. Fail tarafından öngörülmemiş olması taksirli sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Kişinin dikkatli davranması ile zararlı neticeyi önlemek mümkündür. Eğer somut olayda dikkatli davranmak mümkün değilse kanun kişiyi esasen sorumlu tutmamaktadır. Burada ölçü olarak kabul edilen kişi normal bir insandır. Neticenin öngörülmesi açısından, taksir ile bilinçli taksir arasındaki yegane fark; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.

Yargıtay sorumluluğu tespit etmede neticenin öngörülmesi açısından bazı kriterleri esas almaktadır. Bunlar; failin yaşı, eğitim ve öğretim durumu, kültür düzeyi, mesleği, ekonomik ve sosyal durumu, kişisel gelişim düzeyidir.

f) Hareket ile Netice Arasında Uygun Nedensellik Bağının Bulunması

Nedensellik bağı, icra edilen fiil ile meydana gelen netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eder. Nedensellik bağı, doğal bir olgudur.

Meydana gelen netice ile işlenen fiil arasında uygun illiyet bağı olmadığı müddetçe failin meydana gelen neticeden dolayı sorumluluğundan söz edilemez. Yargıtay, sanığın potayı tamir etmek için üniversite ile bir sözleşme yapmadığı, yardım amacıyla işi üstlenerek, olaydan önce potayı kontrol ettiği ve kaynak işi yapılıncaya kadar önlem amacıyla potayı demir ile desteklediği ve basketbol sahasının tadilat nedeniyle de kapatıldığı dikkate alındığında, sanık tarafından alınabilecek başkaca bir önlem olmadığı, bu nedenle ölüm ile sanığın eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Nedensellik ilişkisinin belirlenmesi konusunda genel kurallar uygulanır. Bu konuda özellikle mağdurun hareketi ile failin hareketinin birleştiği hallerde nedensellik bağlantısı ve kusurun ne suretle saptanacağı hususu önem arz eder. Taksirli hareket olmasaydı, bu sonuç meydana gelmeyecekti ve bu sonuç yapılan hareketin doğal sonucudur denilebiliyorsa nedensellik bağı mevcuttur. Fail tüm dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirirse bile, yine de istenmeyen netice gerçekleşecek ise, bu durumda failin taksirli suçtan sorumlu tutulabilmesi mümkün olamayacaktır."⁴⁶³

⁴⁶³ **Taksirle Öldürme**, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1085.htm , (12.02.2015).

Sonuç olarak taksirin unsurları; tipik maddi fiilin istenmemiş olması, istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmiş olması, ve bu ihlalden dolayı failin kınanabilir olmasıdır. Genel taksir, yani dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanan taksir yönünden sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olması vazgeçilmez bir ölçüttür.⁴⁶⁴

"Basit taksir, failin hukuka aykırı sonucu öngörmesi gerekirken öngörmemesi, onu hiç düşünmemesi, aklına dahi getirmemesidir. Basit taksir, taksirin olağan, en sık karşılaşılan şekli, bir anlamda taksirin kendisidir. Taksire ilişkin yapılan tüm açıklamalar, özünde basit taksire ilişkindir. Sonucun fail tarafından öngörülebilir olduğu halde öngörülmemiş olması, basit taksirin kusurluluk şekli bakımından normatif kusur teorisi ile açıklanmasının bir sonucudur. Fail, sonucu istememekle birlikte öngörmesinin gerekli olması sebebiyle, hukuk düzeni tarafından kınanmaktadır ve bu normatif bir kusurdur.(...) Basit taksir açısından önemli olan, en başından beri belirttiğimiz gibi, öngörme ve beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesidir. Beklenen dikkat ve özen ise objektif ölçülere göre değil; somut olayın niteliğine göre failin kişiliği, tecrübesi, bilgisi doğrultusunda kendisinden yerine getirmesi beklenen dikkat ve özendir. Engel olunmasına imkân olmayan bir sonuç açısından failin dikkat ve özen yükümlülüğüne yerine getirip getirmediğinden artık söz edilmesine gerek yoktur. Çünkü öngörmenin imkânsızlığı karşısında failin taksirinden söz etmeye imkân olmayacaktır. Burada öngörmenin sınırı da kuşkusuz failin az önce belirttiğimiz kişiliği, tecrübesi, yaşı, bilgisi gibi belli ölçütlere göre belirlenecektir. "Şayet fail davranışının öngördüğü sonucu meydana getirebileceği inancında olsaydı bu hareketi yapmayacaktı" denebiliyorsa bu gibi durumlarda taksir, bilinçlidir. Ancak belirli gereklere aldırmayan, davranışlarında dikkatli ve özenli olmayan fail, öngörmediği bir ölüm veya yaralama olayına sebebiyet vermişse basit taksirle hareket etmiştir. Görülüyor ki, burada gerçekleşen sonuç, failin istemediği ve düşüncesinden sapan bir sonuçtur."⁴⁶⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/12-11 E, 2014/139 K ve 25.03.2014 tarihli kararında basit taksir ve bilinçli taksir ayrımı şu şekilde yorumlanmıştır;

⁴⁶⁴ Nevzat Toroslu, "Suçun Manevi Unsuru", **Ceza Hukuku**, (Ed. Ozan Ercan Taşkın), Anadolu Üniversitesi Web-Ofset Tesisleri, 3.Baskı, Eskişehir, 2013, s.51.

⁴⁶⁵ Demirci, ss.156-158.

"Taksirli suçlarda da, gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Sonucun gerçekleşmesinde, mağdurun taksirli davranışının da etkisinin bulunması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağınu kesmediği sürece bu durum failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmeyecektir. 5237 sayılı TCK'nda kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hal ancak temel cezanın tayininde dikkate alınabilecektir.

5237 sayılı TCK'nda taksir; basit taksir ve bilinçli taksir şeklinde ayrıma tabi tutulmuş, kanunun 22. maddesinin 3. fıkrasında bilinçli taksir; "kişinin **öngördüğü** neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" şeklinde tanımlanmış, bu halde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür.

Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, **bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.**

Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacaktır. Zira neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun, bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.⁴⁶⁶

TCK sisteminde, taksir "bilinçsiz taksir" ve "bilinçli taksir" şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur. (...) Bilinçli taksir, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" dir (m.22, f. 3). Bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayıran temel ölçüt, bilinçli taksirde istenmeyen netice fail tarafından öngörülürken; bilinçsiz taksirde öngörülmemektedir. Başka bir deyişle, suç teşkil eden belli bir fiilin gerçekleşebileceği öngörülmekle beraber, fail neticenin meydana

⁴⁶⁶ kazanci.com, (27.12.2014).

gelmeyeceğine yükümlülüklerine aykırı bir şekilde güven beslemektedir. Neticenin öngörülmesi, bilinçli taksir ve olası kast bakımından ortak unsurdur. Fakat olası kastta, fail, öngördüğü neticenin ortaya çıkmasını olayın seyrine bırakmakta, “olursa olsun” düşüncesi ile hareket etmektedir. Bilinçli taksirde ise, fail, öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istememekte, yükümlülüklerine aykırı olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine güven beslemektedir.⁴⁶⁷ Görüldüğü üzere burada failin neticeye bilinç olarak daha fazla yaklaşması vardır ve bu neticenin meydana gelmesi tehlikesinin daha çok farkındadır. Bu neticeyi fail kesinlikle istememesine rağmen gerçekleşmemesi yolunda da çok ciddi bir çaba sarf etmemektedir. Bu durum normal taksire göre faile daha fazla cezai sorumluluk olarak kanun tarafından yüklenmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanunu m.22/3'e göre; kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.⁴⁶⁸

“Hekimlerin cezai mesuliyetini doğuran durumların tamamında kusurluluk tipi taksir şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu tespit tabii olarak hekimlerin kasti yani bir hareketi ve bunun ortaya çıkartacağı neticeyi bilerek ve isteyerek gerçekleştirdikleri eylemlerinden ayrıca sorumlu tutulacakları ihtimalinin dışındaki halleri kapsamaktadır. (...) Hekimlik mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmekle kanunda taksirli şekli öngörülen insan ölümü yahut yaralanması gibi bir netice meydana gelmiş ise hekim artık bu olayın faili durumunda olacaktır. Taksirden doğan cezai mesuliyette ayırıcı kriter, neticenin öngörülebilir olup olmadığıdır. Objektif olarak öngörülemeyen bir neticeden dolayı hiç kimseye ceza verilemez. Tıbbi komplikasyonların pek çoğunda bu türden kaza ve tesadüf mesabesinde bir hal ile karşı karşıya kalınmaktadır ki, bunu mesuliyet dışı bir durum olarak vasıflandırmak yanlış olmayacaktır. Taksirli mesuliyetin söz konusu olabilmesi için öngörülebilir bir neticenin failin subjektif özellikleri nedeniyle öngörülememiş olması gerekir. Uyum yasaları kapsamında 765 Sayılı Türk Ceza Yasasına dahil edilen ve daha sonra 5237 Sayılı Yasanın 22. maddesinde 3. bend olarak kendisine yer bulan bilinçli taksirde ise artık, netice fail tarafından

⁴⁶⁷ Özgenç, s.28.

⁴⁶⁸ Mehmet Nihat Kanbur, "Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme", **Türkiye Acil Tıp Dergisi**, Cilt:9, Sayı:1, 2009, (HUKUKİ), s.43.

öngörülmekte ve fakat gerçekleşmemesi noktasında şahsi bir beceriye güvenilmekte yahut yüksek gayret gösterilmektedir. Tıbbi uygulamalarda günümüzde sıklıkla karşı karşıya kalınan yüksek riskli operasyonlara girişilmesi yahut yeteri kadar tecrübe edilmemiş tıbbi metotların tatbiki gibi hallerde çoğunlukla zararlı netice hekim tarafından öngörülebildiği cihetle bilinçli taksirden bahis edilebilecektir."⁴⁶⁹

3.2. HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLECEK SUÇLAR

3.2.1. Kasten Öldürme ve Yaralama Suçları

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde; "*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmü getirilmiştir. Hekimlerin mesleklerini uygularken kasten öldürme suçunu işlemeleri nadir de olsa mümkün olmakla beraber bu duruma sık rastlanmamaktadır. Bu maddede düzenlenen suç icrai bir suç olup, kasıtlı, yani bilerek ve isteyerek işlenmesi gereklidir. Bu durum özellikle hekimin tedavi amacıyla yapmadığı fiillerde söz konusu olabilir. Kişi üzerinde yasalara aykırı deneyler yaparak ölümüne sebep olmak durumunda kasten öldürme suçu söz konusu olabilecektir. Ötenaziye yardım etmek de bu kapsamda kabul edilmektedir. Tıbbın gelişimi karşısında ötenazi eleştirilmiştir. Buna göre tıbbın her gün yeni gelişmelere, buluşlara ulaşması ile evvelce tedavisi mümkün olmayan hastalıklar, artık tedaviye elverişli bir duruma gelmektedir. Tıbbın sürekli gelişmesi karşısında, bir hastalığın tedavisinin imkansız olduğunun, mutlak olarak kabul edilmesine imkan yoktur. Ayrıca tıbbın özelliği dolayısıyla, teşhis ve tedavinin kesinlikle doğru olduğunu savunmaya imkan olmamakta, yanlışlık ihtimali daima bulunabilmektedir. Bu durumda bir hastanın iyileşmesi imkansızdır, mutlaka ölecektir diye öldürülmesi, hiçbir surette kabul edilemez. Tedavisi o an için mümkün olmayan hastaların ortadan kaldırılması ile aynı zamanda tıbbi araştırmalar, tıbbi gelişim büyük ölçüde engellenmiş olacaktır.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹Tamıl Baskan, "Hekimlerin Ceza Hukuku Karşısındaki Durumları", İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48, Şubat,2006, s.10.

⁴⁷⁰Köksal Bayraktar, "Kasten Adam Öldürme", e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/.../5000000594 , (26.12.2014), s:64.

İstek üzerine öldürme denilen olaylarda ötenaziye ilişkin koşullar oluşmamasına karşın, hastanın isteği üzerine ölüm için tıbbi yardımda bulunmaktadır. İstek üzerine öldürme şeklen, icrai bir davranışla işlenmesi nedeniyle aktif ötenaziye benzemektedir. Buna karşın istek üzerine ölüm şeklindeki eylemlerde, ötenaziye özgü "ölümüne kadar süren ve dayanılmaz acılar içinde olacak derecede hasta olma" gibi bir durum yoktur. Hatta mağdurun hasta olması da gerekli değildir. Hukuk sistemlerinde bu tür eylemlere izin verilmemektedir. Hukukumuz bakımından da, hastanın yaşlı olması, tedavisi güç veya imkansız olması nedeniyle istek üzerine öldürme şeklindeki eylemler, kasten öldürme suçunu oluşturur ve eylemin niteliğine göre TCK'nın 81 veya 82. maddeleriyle ceza verilir.⁴⁷¹

Hekim, yapacağı tıbbi müdahalelerde, tedavi amacı ile hareket etmelidir. Hekimin başka bir amaçla hareket etmesi durumunda kasıtlı sorumluluğundan bahsedilecektir. Hasta üzerinde tedavi amacını taşımadan, öldürmek ya da sağlık durumunu daha kötüleştirmek için hareket eden hekim, kasten adam öldürme ya da müessir fiil suçundan sorumlu olacaktır. Hekim kasten işlediği suçlarda, diğer kimselerden farklı bir durumda bulunmamaktadır, onun kastından dolayı sorumluluğu tıbbi uygulama hataları bakımından bir özellik taşımaz.⁴⁷²

Kasten yaralama suçu için ise kanunun 86. maddesinde;

"(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek fıkra: 31/3/2005 – 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur." hükümleri getirilmiştir.

Hekimler ve sağlık çalışanları bu madde nedeniyle sık yargılanmamakla beraber, bazı durumlarda bu durumun söz konusu olabileceği bilinmelidir. Hekimlik uygulamalarında hasta onamının alınmadığı veya geçersiz olduğu hallerde tedavi

⁴⁷¹ Gökcan, (TİBBİ), s.524.

⁴⁷² Merve Duysak, "Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu", **Hukuk Gündemi**, Sayı:3, 2009, s.31.

amacının dışında şahsın vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik eylemler, "yaralama" suçu olarak değerlendirilebilir.⁴⁷³

Ayrıca endikasyonsuz yapılan müdahalelerde de hekimin, kasten yaralama neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir. Hekimin ahlaka ve hukuka aykırı müdahalesi hekim olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan kimselerin sorumluluğu da kasten yaralama/öldürme suçuna göre belirlenebilecektir.⁴⁷⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesi ile hukukumuza yeni bir kavram girmiştir. İhmal suretiyle icra suçunu düzenleyen bu madde ile, "*Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi*" suçu hekimleri yakından ilgilendirmektedir. Bu maddeye göre;

"(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

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

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

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir"

Maddenin 1. fıkrasında "yükümlülük" ten söz edilmekte, ve bu yükümlülük gereği yapılmayan bir icrai hareketin, yani ihmalin icrai davranışa eşdeğer olması gerektiği yazılmış, ikinci maddede ise icrai davranışa eşdeğer ihmalde bulunmanın şartları belirtilmiştir. Eğer kişinin bir başka kişiye karşı kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan veya önceden yaptığı tehlikeli eylemlerden dolayı bir yükümlülüğü varsa, o kişi aynı zamanda garantör olmaktadır. Bu kişinin yükümlülüğünü ihmal

⁴⁷³ Demirel, S.103.

⁴⁷⁴ Hakeri, (TIP), ss.641-643.

etmesi ve ölüm gerçekleşmesi durumunda sorumluluk herhangi bir bireyin sorumluluğundan farklı ve daha ağır olacaktır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3.maddesinde “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.*” denilmektedir. Diğer yandan 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanununun 32 maddesi “*Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir.*”denilmektedir. Bu hükümlerle hekimler kanundan kaynaklanan garantörlükle yükümlü kılınmışlardır.

Hekimler kural olarak hastaya bakıp bakmama konusunda serbest olmakla beraber, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 18.maddesine göre “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir.*” denmektedir. Yani bu serbestlik acil yardım, resmi ve insani vazife söz konusu olduğu hallerde söz konusu değildir. Bu durumlarda hekimin garantörlüğü hastadan haberdar olduğu veya hastanın hastaneye alındığı andan itibaren başlamaktadır. Yine hastayı muayene eden hekim, diğer hekimlere vekalet eden nöbetçi hekim, icap nöbeti tutan hekim, hastayı yatıran klinik hekimi de garantör olmaktadır. Hekimden sadece kısmen faydalanılması halinde ise garantörlük te kısmi olur.⁴⁷⁵

Askeri Yargıtay'ın 27.04.1962 tarihli bir kararında “*Ancak kollarına girilerek hastaneden içeriye sokulacak kadar ağır hasta olan ve bir gün sonra da komaya girerek ölen askeri şahsı, beraberindeki vazifeli astsubayın da hastaneye yatırılması ikazına rağmen -başkalarının sorumlu bulunduğu- hasta kabul teskeresinin hatalı tanzim edildiğinden bahisle askeri hastaneye kabul etmeyen tabibin fiili, görevini ihmal vasfındadır.*” Halbuki olayda hekim garantördür ve ihmal suretiyle (kasten veya taksirle) öldürmeden ötürü sorumlu tutulmak gerekir.⁴⁷⁶

Yine açlık grevi yapan birine kendi isteği dışında ancak yaşamsal tehlike oluştuğunda hekim müdahale edecektir. Zira yaşamsal tehlike oluşmuş bu anda çoğunlukla bilinç kapanmıştır ve hekimin müdahale zorunluluğu doğmuştur.

⁴⁷⁵ Hakeri, (TIP), s.660-664.

⁴⁷⁶ Hakan Hakeri, “**Kasten Öldürme Suçları**”, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2007, (KASTEN), s.115.

Hekimin müdahale etmemesi TCK 83.maddesi kapsamında sorumlu olmasını getirebilecektir.⁴⁷⁷

Ülkemizde açıkça söylenmemekle birlikte, özellikle kanser, kronik hastalıklar veya benzeri hastalıklarda, özellikle hasta yakınları veya ailelerce pasif ötenaziye yönelim görülebilmektedir. Pasif ötenazi, ıstıraplı olan veya kurtulma şansı olmayan hastalarda tedavinin kesilerek, yani ihmali davranılarak hastanın ölüme terk edilmesi olarak tanımlanabilir. Eski TCK da ötenazi 137.madde ile düzenlemiş olmakla beraber, bu hüküm yeni yasada kaldırılmıştır. Dolayısıyla pasif ötenazi yapan bir hekim kolaylıkla TCK 83 kapsamında değerlendirilebilecek ve kasten adam öldürme suçunu ihmali davranışla işlemiş sayılabilecektir.⁴⁷⁸

Yine kalp ve solunum durması olan hastada resusitasyon yapılması bir tıbbi karar olmakla beraber, olanaklar olduğu halde bilerek hastanın resusitasyonunun yapılmaması TCK 83 kapsamında sorumluluk doğurabilecektir. Eğer bu işlem bilerek yapılmamışsa TCK 83 kapsamında ihmal suretiyle adam öldürmek, gözden kaçmış ta yapılmamışsa TCK 85 kapsamında taksirle adam öldürmek kapsamında değerlendirilebilecektir.⁴⁷⁹

İcapçı hekimlerin de kanundan kaynaklanan garantör kapsamında olduklarını yukarıda belirtmiştik. İcapçı hekimin çağırıldığı acil hastaya gitmemesi, çoğunlukla olduğu gibi telefonla ve hastayı görmeden talimatlar vermesi ve bu nedenle hastanın ölümü durumunda da hekimin sorumluluğu yine TCK 83 kapsamında olabilecektir.⁴⁸⁰

Yüksek Sağlık Şurası'nın 25.02.1970 tarihinde verdiği 6324 sayılı kararında, *"tersi bir doğum yaptığı, çocuğun makattan geldiği, mükerrer müracaatlara rağmen, doktorun durumu evden telefonla izlemekle yetindiği, doğumu sonuçlandırmak için çaba harcayan ebenin, dahiliye mütehassısı olan nöbetçi tabip ile yalnız kaldığı, doğumu sonuçlandırdığı, ancak asfiksi halinde doğan çocuğu bütün ihtimamlara rağmen canlandıramadığı, doğumun ters olmakla beraber normal bir seyir takip ettiği, ebe tarafından yapılan işlemlerde tıbbi ve cerrahi teknik bir hata bulunmadığı, hekimin vefiyatı yüksek olan böyle bir doğumu bizzat yapmamasının ihmali olarak"*

⁴⁷⁷ Koçak Süren, s.275.

⁴⁷⁸ Koçak Süren, s.275.

⁴⁷⁹ Hakeri, (TIP), s.661.

⁴⁸⁰ Hakeri, (TIP), s.663.

kabul edileceği..." yönünde görüş açıklamıştır.⁴⁸¹ O yıllarda ihmal olarak yorumlanan bu durum, yeni TCK'nın 83. maddesi ile kasten ihmali davranışla öldürme suçu kapsamına girebilecektir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 08.11.2013 tarihli bir kararında şu yorum yapılmıştır; " *sağlık meslek lisesi mezunu olup bir hastanede hemşire olarak görev yapan sanık Bahar'ın, Ahmet isimli kişi ile yaşadığı cinsel ilişki sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 27.10.2008 günü sabah saatlerinde ailesiyle birlikte oturduğu evin banyosunda doğum yaptığı, bir süre dinlendikten sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plasenta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sardığı, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına sabah saat 06.30 civarında bırakıp ikametine döndüğü, balkona çıkıp baktığında bebeğin hala kıpırdadığını gördüğü, ailesinin durumu farketmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği, gece saat 24.00 civarında temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce durumu kolluk kuvvetlerine bildirdikleri, Adli Tıp Genel Kurulu 21.10.2010 gün ve 431 sayılı raporuna göre, canlı doğan bebeğin ölümünün, intrauterin anoksiye bağlı amnion ve mekonyum aspirasyonu ile terk edilme sonucu bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşulların ortak etkisi sonucu meydana geldiği olayda, sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirmemesi nedeniyle, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmakla...."⁴⁸²*

3.2.2. Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçları..

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85/1 maddesinde taksirle ölüme sebebiyet gün ve verme suçu için;

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

Taksirle yaralama suçu için ise aynı kanununun 89. maddesinde;

" (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır." hükmü getirilmiştir.

⁴⁸¹ Hakeri, (KASTEN), ss.115-116.

⁴⁸² Gökcan, (TIBBİ), s.549.

5237 sayılı Yeni TCK 'da taksirin tanımı ise 22. maddede yapılmıştır. Buna göre taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleşmesidir. Kanunun 22/4 fıkrasında "*(4)Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.*" hükmü ile kusur unsuru düzenlenmiştir.

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla hastanın ölümüne veya yaralanmasına yol açması durumunda taksirden bahsedilir ve hastanın ölmesine veya yaralanmasına göre hekim hakkında TCK 85 veya 89 hükümleri uygulanır. Ancak özel bazı kanunlarda da bu konuya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 43. maddesine göre, aynı kanunun 29. maddesinde yazılı cerrahi ameliyeleri aynı maddede yazılı tetkik ve tedavileri yapmadan icra eden hekim hakkında, hastanın ölümü halinde TCK 85 hükmü uygulanır. Bu kanunun 44. maddesine göre de tedavisini üstüne aldığı hastaları, yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak kendi arzularıyla terk ederek bu hastaların tedavisiz kalmalarına sebep olan hekim hakkında, bu suretle hasta ölürse yine TCK 85 uygulanır.⁴⁸³

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. (...) Hâkim, bu teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir. Failin kusurlu bulunması durumunda, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir".⁴⁸⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinin 5. Fıkrasına göre; "*Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.*

⁴⁸³ Hakeri, (TIP), s.673.

⁴⁸⁴ Kaymaz, s.187.

Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikayet aranmaz.” denilerek suçun kovuşturulmasının şikayet koşuluna bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

"Yaralama suçunun, bilinçli taksirle işlenen hali ise şikayet durumundan ayrıktır. Bu durumda, soruşturma ve kovuşturma işlemleri, doğrudan Cumhuriyet Savcılığınca yapılarak yürütülür. Somut olayda, taksir ya da bilinçli taksir bulunduğu yönündeki değerlendirme, bir yargılamayı gerektirdiğinden, kovuşturmanın şikayete bağlı olup olmadığını saptama görevi, mahkemeye düşmektedir. Bu durumda, olayda bilinçli taksirin söz konusu olduğu düşüncesine varılacak olursa, kamu davasına şikayet aranmaksızın devam edilecek, aksi halde, taksirle işlenmiş eyleme ilişkin şikayet bulunmadığından, kamu davasının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, düşmesine, karar verilecektir. Soruşturma yapılabilmesi, şikayete bağlı olan suçlarda, suçtan zarar görenin vazgeçmesi, kamu davasının düşmesi sonucunu doğurmaktadır. Suçtan zarar gören, şikayet hakkı doğduktan sonra, bu hakkını kullanmak istemediğini, açık veya örtülü biçimde ifade edebilir. Yapılmış olan şikayetin geri alınması, kural olarak mahkumiyet kararı verilinceye kadar mümkündür.

Ceza hukukunun asıl yaptırımı cezadır. Ancak çağdaş ceza hukukunda güvenlik tedbirlerinin de ceza olarak kabul edildiği de bilinmektedir. TCK 89/1. maddesindeki taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına (hayati tehlike oluşturmaksızın basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralamaya) neden olma suçu karşılığı olarak 3 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür.

Taksirli eylem dolayısıyla, TCK m. 89/2'de gösterilen duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması, vücutta kemik kırılması, konuşmada sürekli zorluk, yüzde sabit iz, yaşamı tehlikeye sokan bir durumun oluşması, gebe kadının çocuğunu vaktinden önce doğurması hallerinde, fail hakkında hükmedilecek ceza, aynı maddenin ilk fıkrasında gösterilen (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para) cezanın yarı oranında artırılması suretiyle tespit edilecektir.

Taksirli eylem dolayısıyla, TCK m.89/3'de gösterilen mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi, konuşma ya da çocuk yapma yeteneğinin

kaybolması, yüzde sürekli değişiklik, gebe kadının çocuğunun düşmesi hallerinde ise fail hakkında hükmedilecek ceza, ilk fıkraya göre belirlenmiş bulunan (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para) cezanın bir kat artırılması suretiyle tespit edilecektir.

Taksirli eylem dolayısıyla, TCK m.89/3’de gösterilen mağdurun iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesi, duyu veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi, konuşma ya da çocuk yapma yeteneğinin kaybolması, yüzde sürekli değişiklik, gebe kadının çocuğunun düşmesi hallerinde ise fail hakkında hükmedilecek ceza, ilk fıkraya göre belirlenmiş bulunan (üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para) cezanın bir kat artırılması suretiyle tespit edilecektir.

Mahkemece TCK 89/1. maddesindeki suç karşılığı olarak 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasından önce temel ceza alt ve üst sınırlar içerisinde belirlenerek, 89/2. maddesinde bu cezanın yarı oranında, 89/3. maddesinde ise bu cezanın bir kat artırılacağı belirtilmektedir. Buna göre, 89. maddenin 2 ve 3. fıkralarına göre 89/1. maddesinde öngörülen cezaların alt ve üst sınırları artırılma tabi tutulmayacaktır. Hâkimin somut olayda belirlediği ceza 89/2. maddesi uyarınca yarı oranında, 89/3. maddesi uyarınca da bir kat artırılacaktır.

Taksirle öldürme suçunun takibi şikâyete bağlı değildir; yani ölen kimsenin yakınları hekimin yargılanmasını talep etmeseler dahi, hekim savcının re’sen yürüteceği soruşturma sonrasında, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe varsa açılan bir kamu davasında yargılanabilecektir. Bu nedenle, dava açıldıktan sonra hastanın yakınlarının şikayetçi olmamaları da hekimin yargılanmasını önlemeyecektir. Hekim hastasının ölümüne yol açmışsa ve hâkim 2 yıldan başlayan cezanın asgari haddinden ceza tayin etmişse (TCK 85/1), bu takdirde bu cezanın ertelenmesi mümkündür: Bunun için, Türk Ceza Kanunu’nun 51/1. maddesine göre hekimin “daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması” ve “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” gerekir. Cezanın ertelenmesi mağdurun uğradığı zararın giderilmesi koşuluna bağlanabilir (TCK 51/2). Cezası ertelenen hekim hakkında hâkim, “bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirler”. Hekim bu süre zarfında kasıtlı bir suç işlemediği takdirde, cezası infaz edilmiş sayılır ve bu suçtan dolayı artık cezaevine girmesi söz konusu olamaz (TCK 51/8). Ancak hekim bu süre

içinde kasıtlı bir suç işlerse, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen cezaevinde çektirilmesine karar verilir (TCK 51/7) (Ayrıca yeni suçtan dolayı verilecek ceza da bu cezaya eklenecektir). Görüldüğü gibi, taksirle bir kimsenin ölümüne neden olan hekim, olağanüstü bazı durumlar söz konusu olmadığı müddetçe, cezanın asgari haddinden cezalandırılır ve bu ceza ertelenir. Taksirle ölüme neden olmak suçunda görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir.

Taksirle öldürme suçundan farklı olarak taksirle yaralama suçunun takibi şikâyete bağlıdır; yani savcı taksirle yaralama eylemini gerçekleştiren sağlık personeli hakkında doğrudan soruşturma yürütemez ve dava açamaz. Hastanın bu yönde bir talebinin olması gerekir. Ayrıca hasta, hekimin (sağlık personelinin) cezalandırılması yönünde talepte bulunsa bile, bu talebini geri alabilir ve böylece hekim hakkında açılan dava düşer. Bununla beraber, fiil bilinçli taksirle işlenmişse ve TCK md. 89/5 kapsamına giren yaralama söz konusu değilse suçun kovuşturması savcılık tarafından re'sen, doğrudan yapılır, soruşturma ve dava açılması için şikâyet aranmaz (TCK 89/5). Kanun, 2006 değişikliği ile artık birinci fıkra kapsamına giren yaralamalarda, bilinçli taksir basit taksir ayırımına gitmeden şikayet aramaktadır. Taksirle yaralama suçu, kanunda sayılan uzlaşma yoluna gidilebilecek suçlardandır. Uzlaşma sağlanırsa uyuşmazlık dava yoluna gidilmeksizin çözülecektir. (CMK md. 253, 254). Türk Ceza Kanunu'nda yeniden düzenlenen taksirle adam öldürme ve taksirle adam yaralama hükümlerinde eski Türk Ceza Kanunu'na oranla daha ağır yaptırımlar getirilerek kemik kırılması ve bitkisel hayata girme gibi yeni ağırlaştırıcı nedenler yer almış ve sekize bölünmüş kusur oranı kavramı bırakılmıştır. Hekimlerin cezai sorumluluğu anlamında diğer bir önemli düzenleme ise Türk Ceza Kanunu md.53/6'da yer alan belirli bir meslek veya sanatın icrası sırasında hasıl olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın, taksirli suça vücut vereceği hükmüdür."⁴⁸⁵

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 12.03.2012 tarihli bir kararında taksir konusundaki yaklaşımı şu şekilde olmuştur; "*cinsel organında mantar rahatsızlığı için sanık hekimin görev yaptığı sağlık ocağına gittiği, mağdurun odaya alınarak muayene masasına uzandığı, sanığın elinde "spekulum" denilen alet olduğu halde mağdur hastanın muayenesine başladığı, ancak mağdurun canı çok yandığı ve duyduğu acının arkadaşı tanık H. tarafından anlaşıldığı, bu esnada mağdurun cinsel*

⁴⁸⁵ Duysak, ss.32-33.

organından kan geldiği, bunu göre hekimin mağdurum muayenesine son vererek kadın doğuma sevk için reçete yazdığı, mağdurun kızkık zararının bozulduğunu düşündüğü, Ege Üniversitesinden alınan raporda, mağdurun kızkık zararının bozulduğu, cinsel organının yırtılması vajene spekulum veya buna benzer cismin duhulü ile meydana gelebileceği belirlendiği olayda, sanığın bir hekim olarak -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak- yaptığı muayene sonucunda, öngöremediği halde mağdurun kızkık zararının bozulmasına neden olup taksirle yaralama suçundan cezalandırılması gerekirken, beraat verilmesi kanuna aykırıdır." ⁴⁸⁶

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin taksirle ölüme dair verdiği bir kararda ise şu yorum getirilmiştir; "...10 ameliyathane ve 8 yoğun bakım ünitesi olan hastanede birden fazla anestezi uzmanı bulunması gerektiği, sanık İsmet O.'un tek anestezi uzmanı olarak görev yaptığı hastanede başhekimlik görevini de yapıyor olmasının, anestezi uzmanı eksikliğini daha da belirginleştirdiği, bu idari eksikliğin anestezi uzmanı olarak denetim ve uygulamalarda aksaklık yaratacağı, bu denetim eksikliğinin de cihazın hatalı montajına katkısı bulunduğunun belirtilmesi karşısında, hastanedeki teknik araç ve gereçlerin standartlara uygun şekilde hazır bulundurulması, personel üzerinde denetimin sağlanması, konusunda ihmal gösteren sanık İsmet'in söz konusu organizasyon eksikliğinden kaynaklanan kusuru ile ölüm arasında illiyet bağı bulunduğundan sanığın taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken..." ⁴⁸⁷

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 02.05.2006 tarihli bir kararında ise şu kararı vermiştir; "Sağlık Ocağında görevli hemşire ve ebe olan sanıkların vücuda enjeksiyon biçimi farklı olan kızamık aşısı yerine, gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kızamık suyu ile sulandırılmış verem aşısı yapmaları nedeniyle, bebeklerden Gamze'nin bir yıl süreyle gözlem altında tutulmalarına yol açma ve kolunda iltihaplı, ceviz büyüklüğünde şişlik oluşturma eylemlerinin özel hüküm niteliğindeki taksirle yaralama suçuna uyması.." ⁴⁸⁸

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, bilinçli taksir ile ilgili bir kararında şu yorumu yapmıştır; "Sanığın dişe geçici dolgu yapıldığını ve dişin abseli olduğunu görmesine

⁴⁸⁶ Tuba Özalp, Faruk Özalp, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, (CEZA), s.75.

⁴⁸⁷ Gökcan, (TIBBİ), s.616.

⁴⁸⁸ Deryal, s.55.

rağmen, ölenin dişini çektiği, çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede 9 gün sonra "diş absesi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan" dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın, abseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu gözetilmeksizin, TCK 22/3 maddesi gereğince cezada artırım yapılmaması, kanuna aykırıdır."⁴⁸⁹

3.2.3. Hekimlerin İşleyebileceği Diğer Suçlar

Hekimin işleyebileceği diğer bazı suçları kanun maddeleri ve ana başlıklarla inceleyeceğiz.

3.2.3.1. İnsan üzerinde deney suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde bu suç ve cezaları şu şekilde tanımlanmıştır;

"(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,

⁴⁸⁹ Gökcan, (TIBBİ), s.605.

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) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada 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 fıkrada 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."

Bu suç ile korunan yarar, insanın yaşam ve vücut bütünlüğü hakkıdır. Bu maddede bahsedilen suç tehlike suçu olup, kasten işlenebilir ve bu nedenle de teşebbüs mümkündür. Herkesin işleyebileceği bir suç olmakla beraber, hekimler başta olmak üzere bilimsel çalışma yapan kişileri de yakından ilgilendirmektedir. Maddenin gerekçesi incelenirse, özellikle hekimleri ilgilendirdiği görülecektir, gerekçeye göre;

" Tıp biliminin en önemli amacı insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmaktır. Bu amaç doğrultusunda tıp, sürekli olarak kendini yenilemektedir. Nihai uygulama alanı insan olan bir disiplindeki gelişmelerin önü kesilemeyeceği gibi, bu konudaki çalışmalar tamamen kontrol dışı da bırakılamaz. Bu düşünceyle madde, sağlıklı ve hasta insanlar üzerinde yapılacak biyotıbbi deney ve denemeleri kural olarak cezalandırmakta; ancak belirli şartların bir arada gerçekleşmesi hâlinde ise, açıklanan rızaya hukukî geçerlilik tanımaktadır.

Düzenlemede "deney" terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. "Deneme" ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir.

Her ne kadar yeni bir tedavi metodunun geliştirilmesine veya hastanın iyileştirilmesine hizmet etse de deney ve denemelerin gerçekleştirilmesinde, tıbbi olarak kabul görmüş yöntemlere nazaran daha katı şartların yerine getirilmesi gerekecektir. Bunun sebebi yöntemin henüz tanınmaması ve tedavi için en doğru metot olduğunun henüz ispatlanmış olmamasıdır.

Maddenin birinci fıkrasında, insan üzerinde bilimsel deney yapılması, prensip itibarıyla suç olarak tanımlanmıştır. İnsanı obje durumuna irca eden hiçbir davranış, hukukî himaye göremez. Ancak, bilimsel deneyin belli koşullar altında yapılması, fîli hukuka uygun hâle getirecektir. Bu koşullar, maddenin ikinci fıkrasında bentler hâlinde belirlenmiştir.

Bu koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir denetimi gerekli kıldığı ortadadır. Bu konunun ayrı bir mevzuat çerçevesinde düzenlenmesi gerekmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, çocuklar üzerinde bilimsel deneyin koşulları belirlenmiştir.

Dördüncü fıkrafta, rıza olmaksızın hasta insanlar üzerinde yapılan tedavi amaçlı denemeler, suç olarak tanımlanmıştır. Bu fıkra hükmüne göre, bilimsel deneyin aksine, tedavi amaçlı denemeler ancak hasta insan üzerinde gerçekleştirilebilir. Ancak, bunun da hukuka uygun sayılabilmesi için, belirli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu bakımdan aranan birinci koşul, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin hasta üzerinde uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin

anlaşılmiş olmasidir. Tedaviye yönelik bir denemenin gerçekteştirilmesi için bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tamamının hasta üzerinde uygulanmas/ şart koşulmamaktadır. Bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağıının anlaşılması, deneme yapılabilmesi için yeterlidir. Keza, tedavi amaçlı denemelerin bilimsel yöntemlere uygun olarak gerçekteştirilmesi gerekir. Bu koşulların yanı sıra, denemenin hukuken geçerli rızaya dayanması gerekir. Ancak, hukuken geçerli olabilmesi için, açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

Maddenin beşinci fıkrasına göre, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâllerinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak, hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi hâlinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekir.

Son fıkraya göre, bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. " ⁴⁹⁰

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin bir kararında şu yorum yapılmıştır; "Trafik kazası sonucu omurilik kırılması nedeni ile yaşamını tekerlekli sandalyede sürdürdüğü anlaşılan katılanın, kök hücre enjeksiyonu tedavisi yaptırmak üzere 09/04/2005 tarihinde nöroşirürji uzmanı doktor Haluk'un muayenehanesine başvurması üzerine sanık Haluk tarafından muayene edildiği, aynı gün katılanın rıza gösterdiğine dair kök hücre enjeksiyon kabul taahütnameşi imzaladığı, yine 09/04/2005 tarihinde kemik iliği aspirasyon ek kök hücre ayrıştırma işlemi için katılan ve sanık Haluk imzalı laboratuvar istem formu düzenlenerek katılanın doktor Erkan' a gönderildiği; sanık doktor Erkan'ın insiyatifinde katılandan kemik iliği alındığı, katılanın babası tarafından 7250 Euro'nun sanık Hasan'ın hesabına yatırıldığı ve ambalajlanan kemik iliğinin sanıklar Erkan ve Hasan'ın Türkiye temsilcisi oldukları, yetişkin kemik iliğinde kök hücre ayrıştırması üzerine çalışan bir

⁴⁹⁰ **Türk Ceza Kanunu Madde Gereççeleri**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegercekce.doc (12.02.2015).

firmanın İngiltere'deki şubesine gönderildiği olayda; yapılan yargılama sonucunda, sanıklara yüklenen fiilin suç tarihi (09/04/2005) itibariyle, kanunda suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle, atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan..."⁴⁹¹

Görüldüğü gibi bu maddede insan üzerinde deney yapma sıkı kurallara bağlanmış, aydınlatılmış rıza'nın önemi vurgulanmış ve cezai yaptırımlar getirilmiştir. Özellikle 5. fıkra göz önüne alındığında, kanunun öngördüğü koşullara uymadan yapılacak deneylerin kasten öldürme ve kasten yaralama kapsamında değerlendirilerek cezalandırılacak olması hekimler açısından önemlidir.

3.2.3.2. Organ ve doku ticareti

Kanun'un 91. maddesi, organ ve doku ticaretini, 92. madde zorunluluk halini, 93. madde ise etkin pişmanlık halini hükme bağlamıştır. 91. maddede;

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

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

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada 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 adlî para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılaman 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.

⁴⁹¹ Gökcan, (TIBBİ), s.685.

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır." hükümleri getirilmiştir.

Ülkemizin de tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesi de "*insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olamaz.*" hükmü getirmiştir. Bu madde, adı geçen sözleşme ile uyumludur.

"Genel olarak TCK 91. madde hükmü ele alınacak olursa anılan suçların kasten işlenmesi mümkündür. Bunun için kişiden organ veya dokuları alma, ölüden organ veya dokuları alma, organ ve doku satın alma, satma, satımına aracılık etme, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ ve dokuyu saklama, nakletme, aşılama, çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam verme veya yayınlama gibi fiillerin kasten işlenmesi gerekir. TCK'nın 22. maddesi uyarınca taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilirdiğinden suçun TCK'nın 91. maddedeki düzenlemesinde taksirli hal de öngörülmemiş olduğundan taksirle işlenmesi mümkün değildir. TCK'nın 91. maddesinde tanımlanan suçların manevi unsuru bakımından failde doğrudan kast bulunması gerekir. Bu suçların olası kast veya taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak birinci fıkradaki "hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ alma" suçunun işlenmesi ve mağdurun ölmesi durumunda kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından bu durumda failin olası kastından dolayı sorumluluğu bulunabilir. Bunun için organ veya doku alma sonucunda kişinin ölebileceği öngörülmesine karşın failin bu sonucu kabullenerek gerçekleştirmiş olması gerekir. (...) Hareketin icrai olarak gerçekleştirilebileceği gibi ihmali olarak da gerçekleştirilebileceği savunulmaktadır. Buna örnek olarak bir hekimin hastanın rızasını almadan organ veya doku alması halinde icrai suretle gerçekleştirilen hareketin, hukuka aykırı organ veya dokunun alınmasına göz yumma şeklinde ihmali olarak da gerçekleştirilebileceği gösterilmektedir. Ancak, icra ve ihmali suçları sınıflandırılmasında esas alınması gereken o suçun gerçekleştirilmesi için gerekli olan tipik davranışın niteliğidir. TCK 91 ve devamında tipik davranışın tarifinde organ veya dokunun alınmasını geçerli rızanın bulunmamasına bağlamıştır."⁴⁹²

Hekimler tarafından bu suçun işlenmesi durumunda, suç işleyen 1 yıldan başlayan ve kasten adam öldürme suçu cezasına kadar gidebilen cezalara

⁴⁹² Aydın, s.148.

çarpıtılabileceği görünmektedir. Son yıllarda ülkemizde de özellikle Kosova ve Hindistan bağlantılı ve örgütlü organ ticaretinin söz konusu olması, bu maddenin önemini daha da artırmıştır.

3.2.3.3. Çocuk düşürtme

Kanun'un 99. maddesinde hekim veya sağlık personelinin çocuk düşürtme suçu şu şekilde tanımlanmış ve cezai yaptırıma bağlanmıştır;

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

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

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

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

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

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

Bu maddede çocuk düşürtme için öncelikle hasta rızasının olması gerektiği, rıza olsa bile hangi sınırlarda bu işlemin yapılabileceği ve yaptırımları net bir şekilde

anlatılmıştır. Buna göre çocuk düşürtme suçunu işleyen hekim veya sağlık personeli, duruma göre 2-20 yıl hapis cezası ile cezalandırılabilir.

Türk Hukuku'nda isteğe bağlı olarak onuncu haftasını dolduruncaya kadar gebeliğin sona erdirilmesi hukuka uygun bir eylemdir. Rızasız çocuk düşürtme suçunda ise yukarıda da belirtildiği gibi gebeliğin kaç haftalık olduğunun önemi yoktur; önemli olan tıbbi zorunluluk yoksa gebe kadının rızasının yokluğudur. Bu nedenle gebe kadının rızasının yokluğu bir hukuka uygunluk nedeni değil, bu suçun maddi unsurudur. Failinin rahim tahliyesine yetkisi bulunmayan bir kişi olması suçta cezayı artıran nitelikli haldir. TCK.'nun 99.maddesinin aşağıda açıklayacağımız (2). fıkrasından farklı olarak, on haftayı doldurmamış gebeliklerde rızanın yokluğunda gebe kadının yaşama hakkı açısından tıbbi zorunluluk nedeniyle rahmin tahliyesi durumunda fiil hukuka aykırı olmaz.⁴⁹³

Bu suçla birden fazla hukuksal yarar gözetilmektedir. Bir taraftan gelecekte hayat bulacak olan ceninin yaşam hakkı ve müdahalenin annenin sağlığını tehlikeye düşürmesi nedeniyle annenin sağlık hakkı korunurken , bir başka açıdan genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da korunan hukuksal yararlar içinde değerlendirmesi gerekir.⁴⁹⁴

Bir insan ile bir ceninin öldürülmesi bakımından kanunun öngördüğü ceza miktarı açısından büyük bir fark vardır. Hayatta olan bir insanın korunmasını öngören normlarda öngörülen ceza ile çocuk düşürme ve düşürtme suçları için öngörülen ceza arasındaki bu farkın nedeni, ceninin daha az değerde görülmesi değil, objektif yararlar çatışmasıdır. Bir kere, cenin ve anne bir bütün olarak görülebilir. İkinci olarak, annenin yararlarının çatışması ile ceninin yararlarının çatışması durumu söz konusu olabilir. Dolayısıyla burada yapılan ayırım doğmuş ve yaşamakta olan hamile kadın ile henüz doğmamış bulunan cenin arasında yapılmaktadır.⁴⁹⁵

TCK, suçun oluşması bakımından gebeliğin kaçınıcı haftasında bulunulduğu ile kural olarak ilgilenmez ancak bununla birlikte 10 haftadan az olan gebeliklerde annenin rızası ile gebeliği son verme imkanı tanınmıştır . Rızayı açıklamaya yetkili

⁴⁹³ Serap Keskin Kiziroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları" , <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000600> , (12.02.2015).

⁴⁹⁴ Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Sayı:2, 2007, (ÇOCUK), s.108.

⁴⁹⁵ Hakeri, (TIP), s.717.

olan kadın bakımından, Medeni Hukuk bakımından eylem yeteneğine sahip olup olmaması değil, gebeliğe son vermenin anlam ve neticesini algılama yeteneği olup olmadığı önem taşır. Bu nedenle, her somut olay bakımından, algılama yeteneği ayrıca araştırılmalıdır. Ayrıca rızanın geçerli olabilmesi için Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22.maddesinin 1.fıkrası kapsamında, annenin müdahalenin sonuçları bakımından aydınlatılmış olması gerekir. Müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin müdahalenin sonuçlarını bakımından anneyi aydınlatması yeterli değildir, aynı zamanda gebeliğin süresini de araştırması gerekir.⁴⁹⁶

99. madde ile hem anne hem de ceninin çıkarları korunmaktadır. Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 27.02.2014 tarihli ve bu suç ile ilgili bir kararında şu yorumu yapmıştır; "*Suç tarihinden itibaren sanık Mustafa'nun işyerinde çalışmaya başlayan 27 yaşındaki mağdurenin Mustafa ile yaşadığı cinsel ilişki nedeniyle hamile kalmasının ardından kürtaj yaptırmak için başvurduğu doktorların hamilelik süresinin 10 haftadan uzun olduğu gerekçesi ile olumsuz yanıt vermesi üzerine kadın doğum uzmanı olarak sanık Süleyman'ın muayenehanesine gidip kürtaj olmak istediğini beyan ettiği ve varılan anlaşma sonrası sanık Süleyman'ın kürtaj işlemi yaptığı sırada mağdurenin ölümüne sebebiyet verdiği olayla ilgili yapılan yargılamada ... sanık Mustafa hakkında çocuk düşürtme suçundan kurulan beraat hükmü ile sanık Süleyman hakkında aynı suçtan verilen mahkumiyet hükmünün onanmasına..*"⁴⁹⁷

3.2.3.4. Ayrımcılık

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde;

"(1) *Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

a) *Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,*

b) *Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*

⁴⁹⁶ Dönmez, (ÇOCUK), s.113.

⁴⁹⁷ Gökcan, (TIBBİ), ss.713-714.

c) *Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*" hükmü getirilmiştir.

Bu maddenin hazırlanması aşamasında, Avrupa Birliği normlarına uygun olarak "cinsel yönelim", "sendika", "bir etnik gruba mensupluk", "örf ve adet" ve "köken" ifadeleri de bulunmaktayken, Alt Komisyon çalışmaları sırasında açıklanmayan nedenlerle bu ifadeler madde metninden çıkarılmıştır. Bu maddeye göre hekim, hizmet veren olarak her türlü ayrımcılık yasağına tabidir. Madde metninden bu ibarelerin çıkarılması, basına yansıyan bazı ayrımcılık olaylarına neden olmuştur.

Radikal.com.tr sitesinin 29.09.2014 tarihli haberi şöyledir; " 31 Mart günü Sabah 11.30 dolaylarında Beyoğlu İlçesi Prof.Dr. Reşat Belger Göz eğitim Araştırma Hastanesi Genel Cerrahi Ünitesi'nin yönlendirmesi ile Kadın Doğum Servisine muayene olmak için giden bir Trans kadın, cinsel kimliğinden dolayı ayrımcılığa uğradı ve sağlık hakkına erişimi doktor tarafından engellendi. (...) Hasta H.Ç. bunun üzerine yaşadıklarını özetle şöyle anlattı: "Genel Cerrahi Uzmanı ilaçların bazılarını Kadın Doğum Uzmanı'nın yazabileceğini, bu nedenle kadın doğum servisine kayıt yaptırmam gerektiğini söyledi. Ben de Hastanenin Kadın Doğum Uzmanı F.H'ye muayene olmak için kayıt oldum ve odasına gittim.

Bir buçuk ay önce cinsiyet geçiş ameliyatı olduğumu ve 6 aylık ilaç tedavim için gerekli ilaçları yazdırmak istediğimi söyledim. Kendisine SSK'lı olduğumu belirtip bundan faydalanmak istediğimi ilettim.

Aramızda geçen konuşma aynen şöyle gelişti:

Dr. F. H: Benim uzmanlık alanımda değil, ben sizi muayene etmem.

H.Ç: Neden ama siz kadın doğum uzmanısınız..

Dr. F.H: Muayene etmeden ilaç yazamam.

H.Ç: Muayene edin o zaman . Bakın benim yaralarım var, ona göre ilaç yazın.

Dr. F. H: Siz erkeksiniz, ben sizin durumunuzu tasvip etmiyorum, sizi muayene etmem.

H.Ç: Ama ben mahkeme kararıyla ameliyat oldum. Ben bir trans kadını ve sizin buna hakkınız yok! İnsanların dinine, cinsel kimliğine, ırkına göre muayene edemezsiniz! Siz bir doktorsunuz ve ben de herkes gibi size gelen bir hastayım. Bana ayrımcılık yapmaya hakkınız yok. Sizi şikayet edeceğim."⁴⁹⁸

Haberin doğruluğu tartışılabilir olmakla beraber, yasa maddesinin mevcut şekliyle çıkması nedeniyle bu şekilde davranan hekimin bu maddeden cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Oysa aynı maddenin Avrupa Birliği'ndeki örneklerinde maddeden çıkarılan öğelerde bulunmaktadır.

Ülkemizden bir başka haber de 4 Haziran 2012 tarihinde mynet.com haber sitesinde yayınlanan; " *Habertürk gazetesinde yer alan habere göre; 2 çocuk babası Hasan Ödecik 29 Mayıs 2009'da fenalaştı. Almanya'da, uyuşturucu kullandığı iddiasıyla sınır dışı edilen Hasan Ödecik'e müdahale etmek için olay yerine giden 112 Acil Servis ambulansındaki Dr. Nejdet Güloğlu, iddiaya göre, "Çok alkol kokuyor, üzerine su dökün ayılsın, ben bunu alamam" diyerek müdahale etmedi. Ödecik, kaldığı pansiyonda beyin kanamasından ertesi sabah ölü bulundu. Ödecik'in ölümünün ardından savcılık, Dr. Nejdet Güloğlu hakkında dava açtı. Manavgat 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nde görülen davada Güloğlu'na "görevi ihmal" suçundan 5 ay hapis cezası verildi, ancak hükmün açıklanması geriye bırakıldı.*"⁴⁹⁹

Yasalarımızda ilk kez ayrımcılık suçu şeklinde bir suç düzenlenmiştir ve madde metninde sadece bazı hareketlerin suç sayılmış olması ve toplumsal yaşam içerisinde karşılaşılabilecek diğer bir çok durumun kapsam dışında tutulmuş olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Maddenin yürürlükte olan halinin uygulamada gündeme gelmesi oldukça zordur ve beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle madde metninde hareketlerin sayılması yöntemi dışında "her ne şekilde olursa olsun kişiler arasında" şeklinde bir düzenleme yapılması ayrımcılık suçunun cezalandırılmasından beklenenlerin daha kolay hayata geçirilmesini sağlayacaktır.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸"Kadın Doktor Trans Kadını Tedavi Etmedi: Durumunuzu Tasvip Etmeyorum", **Radikal.com.tr**, 29.09.2014, http://www.radikal.com.tr/turkiye/kadin_doktor_trans_kadini_tedavi_etmedi_durumunuzu_tasvip_etmiyorum-1215453 , (12.02.2015).

⁴⁹⁹"Alkollü Hastaya Bakmayan Doktora 5 Ay Hapis", **Mynet.com**, 04.06.2012, <http://www.mynet.com/haber/yasam/alkollu-hastaya-bakmayan-doktora-5-ay-hapis-634045-1> (12.02.2015).

⁵⁰⁰ Ulaş Karan, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", **TBB Dergisi**, Sayı:73, 2007,ss.170-171.

Sonuç olarak hekim, herhangi bir şekilde ayrımcılık yapacak olursa bu madde kapsamında sorumlu tutulabilecektir.

3.2.3.5. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Kanunun "kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" başlıklı 136 maddesinde ;

" Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Nitelikli haller

Madde 137- (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) *Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,*

b) *Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."* denilmektedir.

TCK'nın 136. maddesiyle, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi eylemleri bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmektedir. Bu düzenleme özellikle ABD ve İngiltere gibi ülkelerde çok sık karşılaşılan ve en fazla sayıda işlenen bilişim suçu olduğu ifade edilen kimlik hırsızlığı eylemlerine karşı, bu tür eylemlerin yaptırımsız kalmaması amacıyla düzenlenmiştir. Günümüzde hemen tüm kişisel bilgiler ve kimlik bilgileri özellikle internette bulunmaktadır; bu bilgilerin hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere verilmesi, yayılması ya da bu verilerin üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesinin suç tipi olarak düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmuştur.⁵⁰¹

Bu maddeye göre hekim, bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanan olduğundan, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayan hekim, bir yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

"Bu madde kapsamındaki suçların anlaşılması için 135. madde ve içeriğindeki "kişisel veri" kavramının bilinmesi gereklidir. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 28 Ocak 1981 tarihli 108 sayılı "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin 2.

⁵⁰¹ Murat Volkan Dülger, " **Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu**", <http://www.srt.net.com.tr/pdf/bilisimsuclariveyctk.pdf> , Erişim Tarihi: 13.02.2014.

maddesinde de kişisel veri tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kişisel veri, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder. 2004 TCK bu tür verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini 135. maddesinin 1. fıkrasında suç olarak düzenlemiştir. (...)Nitekim ilgili direktif ırk, etnik köken, siyasi görüş, dini inanç, sendika üyeliği, sağlık ve cinsel yaşam gibi bir takım özellikli veriler için işlem yasağı getirmiş ve istisnalar haricinde kaydedilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Aynı şekilde 108 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesinde; iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk, siyasi düşünce, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel veriler ve ceza mahkumiyetlerinin kaydedilmeyeceği hükme bağlanmıştır. 135. maddenin 2. fıkrasında ise, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına, veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin hiçbir şekilde kaydedilmeyeceğini belirtmiştir. Ancak madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere siyasi, felsefi veya dini görüşleri ile ırki kökenlerine ait verilerin hiçbir şekilde tutulmamasına karşın, kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin verilerin kaydına, suçlulukla mücadele, suç ve suçluların ortaya çıkarılması amacıyla kanunlarda izin verilebilecektir.(...) TCK'nın 136. maddesinde hukuka uygun veya aykırı olarak kaydedilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi suç halinde düzenlenmiştir. Burada başkasına verilen, yayılan veya ele geçirilen verilerin 135. madde kapsamında kaydedilmesine gerek yoktur. Başka bir anlatımla hukuka aykırı olarak kaydedilen kişisel veriler ile, 135. maddenin 2. fıkrası gereğince hiç kayıt altına alınmaması gereken kişisel veriler, 136. maddede düzenlenen suçun konusu olabilecektir."⁵⁰²

Yargıtay'ın TCK'nın 136. maddesine dayanarak verdiği şu karar örnek bir karar olarak gösterilebilir; "5237 sayılı TCK'nun 136/1. maddesinde düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçunun belirli veya belirlenebilir bir kişinin nüfus bilgisi, adresi, parmak izi, DNA bilgisi, cinsel eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi görüşü, felsefi ve dini inancı gibi kişiye ilişkin her türlü bilginin, başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi ile oluşacağı, elektronik mühendisi olan sanığın, teknik servis elemanı olarak çalıştığı sırada, T...

⁵⁰² Olgun Değirmenci, "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı 58, 2005, ss:201-203.

*Tıp Merkezinde oluşturulan Corteks adlı bilgi sistemine girerek, psikiatri anabilim dalında tedavi gören mağdure hemşirenin muayene bilgilerini okuyup, hastane çalışanlarına ifşa ettiğinin iddia edilmesi karşısında eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 136/1. maddesindeki suçu oluşturacağı....*⁵⁰³

3.2.3.6. Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali

Kanununun 175. maddesinde bu suç için;

"(1) Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır." hükmü getirilmiştir.

Bu hükümde esas olarak akıl hastasına aile içerisindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kişi kastedilmekteyse de, hastanede veya serviste gözetim altına alınan hastalarda hekimler ve sağlık personeli de bu kapsama dahil olabileceklerdir. Aşağıdaki gazete haberinde söz konusu olan olay buna örnek olarak gösterilebilir; *" Artvin'in Şavşat ilçesinde bir hasta ambulansın inerek kaçtı. Kaçan hasta 1 gün sonra donmuş vaziyette ölü olarak bulundu. Şavşat ilçesinde dün ambulansın inerek kaçan şizofreni hastasını arama kurtarma çalışmaları sonucunda Yeşilce köyü yakınlarında donmuş vaziyette ölü olarak bulundu. İlçeye bağlı Yeşilce köyünde dün rahatsızlanan şizofreni hastası Aytekin G. (23), 112 Acil Servis ambulansı ile köyünden alınarak Şavşat Devlet Hastanesine getirilmek üzere yola çıkarıldı. Ambulans Erikli köyü mevkiine geldiği sırada Aytekin G.'nin yanında refakatçi olarak bulunan yakını, midesi bulandığı gerekçesiyle sağlık görevlilerinden ambulansı durdurmalarını istedi. Ambulansın durmasını fırsat bilen Aytekin G, araçtan indi, ambulansa taş attıktan sonra koşarak uzaklaştı. Aytekin G'nin bulunması için İl Afet ve Acil Durum Müdürlüğü ile Jandarma ekiplerince başlatılan çalışmalar sonucunda Aytekin G. köye yakın bir bölgede donmuş bir vaziyette ölü olarak bulundu.(Milliyet, 02/04/2014)".*⁵⁰⁴

⁵⁰³ Gökcan, (TIBBİ), s.753.

⁵⁰⁴ "Artvin'de Ambulansın Kaçan Hasta Ölü Bulundu", **Milliyet**, 02.04.2014, <http://www.milliyet.com.tr/artvin-de-ambulansin-kaçan-hasta-olu-artvin-yerelhaber-125408/>, (29.12.2014,)

3.2.3.7. Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma

Kanununun 187. maddesi şu hükümleri içermektedir;

"(1) Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.

(2) Bu suçun tabip veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır."

Her ne kadar yasanın bu maddesi, özellikle sağlık personeline ciddi yaptırımlar getiriyor olsa da, ülkemizde şu an mevcut duruma bakıldığında sadece sağlık dışı kişilerin değil, hekim, eczacı ve benzeri unvanı olan bazı kişilerin de bu maddeyi ihlal ettikleri görülmektedir. Daha da ötesi sadece ilaç yapma ve satma değil, tıp bilimi dışında, bilimsel içeriği olmayan yöntemler hastalar üzerinde ne yazık ki alenen uygulanmaktadır. Uygulamanın da ötesine geçerek, bu kişi ve sağlık personelleri televizyonlar, radyolar, internet siteleri, hatta açtıkları bürolarla serbestçe çalışabilmekte ve bu madde kapsamında yargılanamamaktadırlar. En bilinen örneklerinden birinin basından alınan haberi aşağıda gösterilmiştir;

*" Bundan 25 yıl önce '**kanserin çaresini buldum**' dediği için 'şarlatan' ilan edilen Dr. Ziya Özel'in zakkumdan elde ettiği 'Anvirzel' isimli ilaç, internet üzerinden Honduras'tan sipariş edilip usulsüz olarak Türkiye'ye getiriliyor. 4 aşamalı 'faz' testlerinden **sadece ilk aşamayı geçen ilacı**, Türkiye'de bir çok kişi internet üzerinden 1500-2000 dolara alabiliyor. İrlanda'da da özel olarak üretilip satın alınan, ancak tam olarak onay alamadığı için güvenli olup olmadığı belli olmayan ilaç sebebiyle, bir çok hasta farkında olmadan **kobay olarak kullanılıyor**.⁵⁰⁵*

3.2.3.8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti

Kanun'un 188. maddesi uyuşturucu üretim ve ticaretine ait hükümler içermektedir. Hekimlerin yasal olarak uyuşturucu kapsamında ilaç ve ürünleri kullanma hakkının olması onları bu madde ile ilişkili hale getirmektedir. Nadir de olsa hekimler arasında uyuşturucu reçete etme yetkisini kötüye kullananların olması

⁵⁰⁵"Ziya Özel'in İlacı İnternette kapış kapış" , **Türkiye Gazetesi**, 23.09.2013, <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/79541.aspx> , (29.12.2014).

ve getirdiği ciddi yaptırımlar nedeniyle hekimler tarafından bilinmesi gerektiği düşünülerek buraya alınmıştır. Bu maddeye göre;

"(1) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.

(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulduran kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde açısından da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (Ek cümle:29/6/2005 – 5377/22 md.) Ancak, verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.

(7) Uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden kişi, dört yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(8) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştikal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır." hükümleri getirilmiştir.

Maddenin gerekçeleri incelendiğinde, hekimlerle ilgili kısım oldukça kısıtlı tutulmakta, daha çok uyuşturucu imal ve ticareti üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu maddenin hekimlerle ilgili olan 6. fıkrası için gerekçeler şu şekilde açıklanmıştır; "*Maddenin altıncı fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına ilişkin olarak yukarıdaki fıkralarda yer alan bütün hükümlerin, üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde açısından da uygulanacağı kabul edilmiştir.*" Yine hekimler ve sağlık personeli ile ilgili olan 8. madde gerekçesi de şu şekilde belirlenmiştir; "*Maddenin son fıkrasında, bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi, bu suçların kişi bakımından nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir ve verilecek cezaların bu hükme göre artırılması gerekmektedir.*"⁵⁰⁶

Maddenin birinci fıkrasındaki ithal ve ihraç kavramları anlaşılabilirken, imal kavramı karışıklığa yol açabilmektedir. Belirtmek gerekir ki; uyuşturucu maddelerin niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmayan işlemler imal kavramı içine girmez. Uyuşturucu madde imalinden söz edebilmek için, maddenin niteliğinde değişiklik olması gerekir. Örneğin kenevir bitkisinin yetiştirilmesi, yapraklarının toplanıp kurutulması, ufalanıp elenmesi, plaka haline getirilmesi imal kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği gibi, uyuşturucu maddenin muhafaza edilmesi için yapılan işlemler de, imal niteliğinde sayılmaz. Yargıtay, bazı kararlarında yapılan işlemin imal olarak nitelendirilebilmesi için maddenin niteliğinde değişiklik yapılması yanında, bu işlemin basit olup olmadığını da göz önünde tutmuştur. Örnek olarak; esrar tozunun uçmasını ve dökülmesini engelleme amacıyla macun ve hap haline getirilmesini, kenevir bitkisinin sapçık ve yaprakçıklarının toz haline getirilmesini imal olarak nitelendirmemiş, bu işlemlerin basit nitelikte bir işlem olduğunu, maddenin kimyasal niteliğinde değişiklik yapmadığını kabul etmiştir.⁵⁰⁷

Özellikle 6 ve 8. maddelerde görüldüğü gibi, yasa koyucu bu suçun sağlık personeline işlenebileceğini öngörmüş ve yaptırımları buna göre düzenlemiştir.

⁵⁰⁶ **TCK m.188 Gerekçesi**, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1284> , (13.02.2015).

⁵⁰⁷ Mehmet Zülfü Öner, "Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları" , **TBB Dergisi** , Sayı:88, 2010, s.116.

Özellikle poliklinik koşullarında rica edilmesi, baskı yapılması, kişisel ilişkiler ve benzeri nedenlerle özensizce reçete edilecek bu kapsamdaki ilaçların hekimler için ciddi sorunlar doğurabileceği bilinmelidir.

3.2.3.9.Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma

Kanunun 190. maddesi, 188. madde ile bağlantılı yorumlanmalıdır. Yasa koyucu bu maddenin 3. fıkrasında yine bu suçun sağlık personelince işlenebileceğini düşünerek, özel hükümler getirmiştir.

" (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;

a) Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,

b) Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,

c) Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,

kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Türk Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak ve özendirmek, 191. maddesinde ise kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Kanun, uyuşturucu madde kullanılmasını önlemeye ilişkin bu suçların karşılığında, ceza siyaseti bakımından uyuşturucu imal ve ticareti suçlarına nazaran daha hafif bir yaptırım öngörmüştür. Kanunda ayrıca yeni suç ve ceza siyasetinin bir sonucu olarak uyuşturucu maddeleri kullananların tedavi edilmesi ve tedavi sonrası denetimli serbestlik tedbiri uygulanması gibi çeşitli hükümlere de yer verilmiştir.⁵⁰⁸

Bu suç açısından da korunan hukuksal yararın " genel sağlık" olduğu söylenebilir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı, günümüz Türkiye'sinde

⁵⁰⁸ Öner, s.108.

hızla genişleyerek artmaktadır. Gençler, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını arkadaş çevresinden görerek öğrenmişler ve özenti neticesinde de kullanmaya başlamışlardır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde her yerde ve herkes tarafından rahatlıkla kullanılabilen bir madde değildir. Bu maddelerin kullanımı için gizlilik esastır. Bazı uyuşturucu ve uyarıcıların kullanımı içinde özel donanımlar gerekmektedir. İşte 190. madde bütün olarak değerlendirildiğinde, yakalanmayı zorlaştıracak önlemler almayı, kullanma yöntemleri konusunda bilgi vermeyi, alenen özendirmeyi ve bunları yapanların sağlık mesleği mensupları olması halinde artırılmış ceza verileceğini öngörmüştür. Ayrıca uyuşturucu maddenin kullanımı için özel yer ve donanım sağlayarak kolaylaştırmak isteyen kişilerin cezalandırılarak, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımının önüne geçilme çabasıdır. Bize göre kanunumuzun bu düzenlemesi son derece doğru ve yerinde bir düzenlemedir. Kötü alışkanlıkların ve madde bağımlılığının en önemli gerekçesi özenti, nasıl kullanılması gerektiği konusunda bilgilendirme ve kullanım için imkân ve ortamların hazır edilmesidir.⁵⁰⁹

Son yıllarda özellikle gençler arasında uyuşturucu kullanımının giderek arttığı ülkemizde uyuşturucu kullanımı ile mücadelenin ne kadar büyük önem taşıdığı açıktır. Yakın zamanda uyuşturucu kullanımını özendiren şarkıların piyasaya çıkması ve bunların bu maddeye dayanılarak yasaklanması nedeniyle bu madde bir kez daha gündeme gelmiştir.⁵¹⁰

Suç tipi bakımından özellikle bir durum söz konusu olmamakla birlikte, tabipler açısından bazı durumları dikkatli değerlendirmek gerekir. Örneğin hastasının uyuşturucu madde kullandığını bilen; fakat onu bundan vazgeçiremeyen doktor, ona en azından daha az riskli şekilde maddeyi kullanabileceğini izah ederse, söz konusu suçun manevi unsuru oluşmayacağı gibi; doktor açısından mesleğin icrası hukuka uygunluk nedeninden de söz edilebilir. Söz gelimi, hastasının enfeksiyon kapma riskini azaltmak isteyen doktorun her seferinde yeni şırınga kullanılması gerektiği yada iğneyi yüksek ısı da dezenfekte etmesi gerektiğini yada şırınga yerine burundan teneffüs etme yönteminin daha sağlıklı olduğunu söylemesi gibi durumlar hukuka uygunluk sebepleridir.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Özkan Özmen, "Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2009, s.51.

⁵¹⁰ Fatih Şendil, "O Şarkıyı Mahkeme de Yasakladı", **Yeni Asır**, 20.01.2015, <http://www.yeniasir.com.tr/yasam/2015/01/21/o-sarkiyi-mahkeme-de-yasakladi> , (13.02.2015).

⁵¹¹ Özmen, s.51.

Yasanın son fıkrasında hekimler ve diğer sağlık personelinin uyuşturucu madde kapsamındaki maddelere ulaşmalarının kolaylığı nedeniyle, bu personel tarafından suçun işlenmesi, nitelikli hal kapsamına alınmış ve bu personel için verilecek cezaların artırılacağı hükme bağlanmıştır.

3.2.3.10. Sağlık Mesleği Mensubunun Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 210. maddesinin 2. fıkrasında sağlık personelinin gerçeğe aykırı belge düzenlemesi;

" (2) Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş 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 hükmolünür." hükmü getirilmiştir.

Burada söz konusu olan özel belgede sahtecilik olmasına rağmen yasa koyucu özellikle sağlık personelinin sahte belge düzenlemesi ve bundan dolayı kamu ve kişilerin zararına olması durumunda, suçun resmi belgede sahteciliği düzenleyen 204/1 ve 2. fıkralarına göre cezalandırılacağını belirlemiştir. Kanunun 204. madde hükümleri ise şunlardır;

"(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."

210. maddenin ikinci fıkrasında, kamu görevlisi sıfatıyla çalışmasalar bile, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu kişilerin, görevlerinden dolayı gerçeğe aykırı belge düzenlemelerinin ayrı bir suç tipi olarak tanımlandığı belirtilmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde de ifade edildiği gibi, düzenlenen belgenin bu kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, resmi belgede

sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buradaki amaç, bu görevleri ifa edenlerin düzenledikleri belgelerin ne denli önemli olduğu belirtilmeye çalışılmış ve bahsedilen kişilere ve onların oluşturdukları belgelere güvenin korunması amaçlanmıştır. Böylece, belirtilen kişilerin görevlerinin ifası bağlamında düzenledikleri belgelerin önemi vurgulanmış ve bunlara duyulan güvenin özellikle korunması amaçlanmıştır.⁵¹²

"Sağlık mesleği mensuplarının düzenlediği belgede yer alan sahtelik, yalnızca belgenin esaslı unsurlarında değil; belgede yer alan diğer tüm hususlara ilişkin olabilir. Bir hekimin muayene yapmaksızın sağlık raporu veya reçete gibi düzenlemeye yetkili olduğu bir belgeyi düzenlemesi halinde düzenlenen belge, fikri muhtevası itibarıyla gerçeği yansıtmadığından sahtecilik söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay kararına konu olan birçok olayda bu tür belgelerin muayene etmeksizin düzenlenmesi belgede sahtecilik suçları bağlamında mütalaa edilmiştir. Örneğin bir kararında Yargıtay sanığı, muayene etmeksizin reçete düzenlenmesini veya alkolmetre cihazıyla ölçüm ve yöntemine uygun bir muayene yapmadan, gönderilen kişinin "alkolsüz" olduğuna ilişkin yasal soruşturmaya dayanak oluşturacak adli rapor düzenlenmesini sahtecilik olarak değerlendirmiştir. Benzer şekilde Alman mahkemeleri tarafından da hekimin muayene yapmaksızın hazırladığı sağlık raporlarının gerçeğe aykırı olduğuna işaret edilmiştir. Hastaları şahsen muayene etmeksizin örneğin sadece telefon görüşmesine dayanarak bir sağlık raporu düzenlenmesi gerçeğe aykırı bulunmuştur Sağlık mesleği mensupları; bilhassa hekimler düzenledikleri belgelerde tabii olarak bir takım değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu değerlendirmeler, kural olarak "gerçeğe aykırı belge düzenlemek" fiilini oluşturmaz; ancak bunların kanundaki boşluklardan yararlanmak amacıyla belli bir yönde kullanılmak için yapılması durumunda yine ortada bir gerçeğe aykırılık söz konusu olabilecektir. Bu noktada öğretilerde de ifade edildiği üzere hekimlerin teşhisleri ve buna bağlı olarak düzenledikleri belgelerin, hekimlerin subjektif kanaatini ifade ettiğine ve söz gelimi bir hekimin değerlendirdiği bir hususun, başka bir hekim tarafından farklı biçimde değerlendirilebileceğine de işaret etmek gerekir. Yargıtay, 6. CD, 19.04.2006, E. 2004/7720, K. 2006/3974, "*Sanığın Haydarpaşa Numune Hastanesinde doktor olarak görev yaptığı sırada tedavi gören*

⁵¹² Özgür Külçü, Metin Turan, " Kamu Hukukunda Geleneksel ve Elektronik İletişim, Bilgi ve Belge Yönetimi Uygulamaları" , **Türk Kütüphaneciliği Dergisi**, Cilt:27, Sayı:2, 2013, ss.279-280.

Emekli Sandığına bağlı hastalardan E., G. ve Mehmet'in sağlık reçetelerinin birinci sayfalarını ele geçirerek, adı geçen kişilerin hiç almadıkları halde ikişer tane işitme cihazı aldıklarına ilişkin reçeteleri sahte olarak düzenlediği, S., B., F., C., S., S. ve H. isimli hastaların muayenesini yaptıktan sonra, bu kişilerin reçetelerinin birinci sayfalarını alarak, birer tane işitme cihazı yazdığını, resmi işlemleri de kendisinin yapacağını bildirerek, işitme cihazlarını almaları için eşi H.'nin sahibi olduğu Duyum İşitme Merkezi Firmasına gönderip, birer tane işitme cihazı almalarını sağladığı halde, reçeteleri ikişer tane işitme cihazı verilmiş gibi sahte olarak düzenleyerek eşi H.'nin Emekli Sandığından ikişer tane cihaz bedeli tahsil etmesini sağlaması biçimindeki eylemlerinin, ayrıca 765 sayılı TCY'nun 339/1, 71. maddelerine uyan resmi belgede sahtecilik suçlarını da oluşturduğuna..." karar vermiştir."⁵¹³

Yargıtay'ın bir başka kararında şu sonuca varılmıştır; "Özel hastanede doktor olarak görev yapan ve memur olmayan doktor sanık Nihat'ın diğer sanık Murat'ın azmettirmesi sonucu geçmişe yönelik suça konu 30/07/2008 tarihli 20 günlük istirahati önerilmiştir şeklindeki raporu sahte düzenlediğinin sanık Murat'ın da bu belgeyi Ağrı Adli Yargı İlk Derece Adalet Komisyonuna ibraz ederek kullandığının iddia ve kabul edilmesi, sanık Nihat'ın yürüttüğü görevin kamu görevi olmaması bu nedenle de kamu görevlisi sayılma olanağının bulunmaması, düzenlenen belge ile sanık Murat'a haksız bir menfaatin sağlanmasının söz konusu olması karşısında, sanıklar Nihat ve Murat'ın eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nun 210/2. maddesi yollaması ile anılan Yasanın 204/1. maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden eylemin "memurun resmi belgede sahteciliği" suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır."⁵¹⁴

3.2.3.11. Çocuğun Soy bağı Değiştirme

Kanunun 231. maddesinde çocuğun soy bağı değiştirme suçu konu alınmıştır. Bu maddeye göre;

⁵¹³ Rahime Erbaş, "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md.120/2)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXXI, Sayı:1, 2013, ss.338-339.

⁵¹⁴ Gökcan, (TIBBİ), s.769.

"(1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Soybağı kısaca, çocuğun ana ve babası arasındaki hukuki bir bağ olarak tanımlanabilir. Medeni Kanunumuza göre "çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulabilir". Soybağı; doğal soybağı ve yapay soybağı olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğal soybağı çocuk ile ana ve babası arasında doğumla oluşan, bu yolla kendiliğinden kurulan bağı ifade eder. Yapay soybağı ise doğal soybağı gibi biyolojik esaslara göre yasal doğumla oluşmayan, bir hukuki işlem sonucunda dolaylı olarak oluşan bir soybağıdır. Eski Medeni Kanun'dan farklı olarak Yeni Medeni Kanun'da kan bağına dayanan soybağı açısından evlilik içi ve evlilik dışı soybağı ayırımına yer verilmemiştir. Velayet hakkına sahip olacak kişilerin belirlenmesi dışında, çocuğun evlilik içi doğumla sahip olduğu soybağı ile evlilik dışında doğup da tanıma veya babalık davası ile sahip olduğu soybağı, çocuk açısından farklılık yaratmaz.⁵¹⁵

"Birinci fıkrada düzenlenen suç, kasten soybağının değiştirilmesi veya gizlenmesi; ikinci fıkrada suçun taksirle işlenmesi düzenlenmiştir. Önceki kanunumuzda suçun taksirle işlenmesi düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, taksirle işlenen soybağını değiştirme suçu cezalandırılmıyordu.

Bu suçun kasten işlenen şekli, sadece sağlık personeli tarafından değil, herkes tarafından işlenebilir. Böylece, bu kimsenin mutlaka bir sağlık personeli olması gerekmemektedir. Örneğin, hastanede çalışan bir temizlikçi de bu suçun faili olabilir.

İkinci fıkradaki suç, "özgü suç" olarak düzenlendiğinden, bu sığata sahip olmayan kimselerin, bu suçun faili olamayacağı, dolayısıyla, örneğin çocuğun ebeveynlerinin, çocukları karıştırması durumunda, eylemin suç oluşturmayacağı ileri sürülmekteyse de, kanımca, ikinci fıkradaki suç ta herkes tarafından işlenebilir. (...)

Suçun mağduru çocuktur, çocuğun doğmuş olması gerekir. Bu nedendir ki, embriyolar üzerinde yapılacak müdahalelerle bu suç işlenemez. Bu husus

⁵¹⁵ Nesrin Özkaya, "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", **Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları, Sıra No: 208, İstanbul, 2012, s.181.

eleştirilmelidir. Embriyo nakillerinde kullanılan yöntemler, soybağı bakımından önemli sorunlara neden olabilir. TCK 231 ise, embriyonun soybağı bakımından korunmasını sağlamamaktadır."⁵¹⁶

Maddenin 2.fıkrası görüldüğü gibi sağlık personelini ilgilendirmekte ve soybağı karışıklığına neden olan sağlık personeli 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

3.2.3.12. İrtikap

Kanununun 250. maddesi kamu görevlileri için irtikap suçunu tanımlamıştır. Bu madde geçmiş yıllarda özellikle serbest çalışan ve aynı zamanda kamu görevlisi olan hekimler için sıklıkla gündeme gelmiş ve kamuoyunda "bıçak parası" olarak yansımıştır. Kamu görevlisinin icbar (zorlama), ikna veya hatanın kötüye kullanılması yoluyla, zaten yapması gereken bir kamu görevi karşılığında bir menfaat elde etmesine irtikap adı verilmektedir. İrtikap suçunun görev yerinde işlenmesi şart değildir. Bu kapsamda özel muayenehanesinde muayene ettiği bir hastayı, kamu hastanesinde yapacağı bir operasyon için ücret ödemeye zorlama veya ikna etmesi irtikap suçunu oluşturacaktır. 250. madde şu hükümleri içerir;

" (1) (Değişik: 2/7/2012-6352/86 md.) (1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden 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 vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

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

⁵¹⁶ Hakeri, (TIP), ss.791-792.

(4) (Ek: 2/7/2012-6352/86 md.) İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."

İrtikap, sözlükte; kötü bir iş yapma, kötülük etme, günah işleme, suç işleme" anlamına gelmektedir. İrtikap suçu ise; kamu görevlisinin konumundan meşru olmayan bir biçimde yararlanarak, kamu idaresiyle ilişkisi olanlardan haksız yararlar sağlanması sonucunda oluşur. Yeni TCK ise bu suçu üç fıkra halinde şöyle düzenlemiştir; 250.maddenin 1. fıkrasından anlamamız gereken icbar suretiyle irtikaptır. Bu suçta kullanılan "icbar" kelimesi, cebirden türetilmiş olup; "zorlama, birini isteğine aykırı işe sevk etme, zorunda bırakılma" anlamına gelmektedir. Hukuki anlamda icbar ise, bir kimsenin iradesini etkileyerek yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına sebep olacak biçimde, maddi veya manevi (şiddet veya tehdit) zor kullanmaktır. 250.maddenin ikinci fıkrasına göre; eski TCK'da ikna suretiyle irtikap suçu, icbar suretiyle irtikaba atıf yapılarak tanımlanmışken Yeni TCK bu suç için ayrıca bir tanım vermiştir. İkna, sözlükte; "kanaat ettirme, kanaat verebilme, kandırma, razı etme" manalarına gelirken hukuki manada hata ise madde metninde de açıkça belirtildiği gibi failin, aldatıp kandırmada dahil her türlü yeteneğini ve görevinden dolayı kendisine duyulan güveni de hileli bir şekilde kullanarak suç işlemesidir. 250. maddenin son fıkrasına göre ise; hata suretiyle irtikabı diğerlerinden ayıran özellik mağdurun, failin etkisinde kalmaksızın yanılgı olmasıdır, ancak bu yanılgıdan kamu görevlisi elde ettiği şeyi iktisap ederek yararlanmıştır. İrtikabın en hafif şekli budur.⁵¹⁷

İrtikâp suçuyla birden fazla hukuki değer korunmaktadır. Öğretide bir görüş korunan hukuki değer tespiti için suçun düzenlendiği yeri esas almış ve korunan hukuki değer, "kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi" olduğunu kabul etmiştir. Bir başka görüşe göre ise burada hem kamu görevlisinin haksız menfaat elde etmesi engellenmek istenmiş hem de devlet otoritesinin gücünü görev nedeniyle kendinde bulduran kamu görevlisinin, bu gücü kötüye kullanarak vatandaşa zarar vermesi önlenmek amaçlanmıştır. Yargıtay ise uygulamasında irtikâp suçuyla kamu idaresinin saygınlığı, bireylerin kamu görevlilerine karşı duymaları gereken inanç ve

⁵¹⁷ Sevilay Satı, "İrtikap Suçu" ,
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_735.htm , (13.02.2015) , s.2.

itimata, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararlar korunmuş olmaktadır. Kanaatimizce irtikâp suçu ile hem kamu görevlisinin görevini, görev disiplini içerisinde kurallara ve işlem dürüstlüğüne uygun şekilde yürütmek suretiyle toplumun devlet idaresine olan güveni korunmakta hem de kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle sağlamış oldukları güç ve üstünlükten yararlanarak kişilerin iradelerini etki altına almak suretiyle zarar vermeleri engellenmektedir.⁵¹⁸

İrtikabın üç şekli vardır: İcbar, hileli davranışlarla ikna ve hatadan yararlanma. Sağlık personeli bakımından daha çok icbar ve hileli davranışlarla ikna suretiyle irtikap söz konusun olacağından, bu iki şekil üzerinde durulmalıdır.⁵¹⁹

"İcbar suretiyle irtikap ta, vatandaş sağlık personeline menfaat temin etmek konusunda manevi olarak zorlanmaktadır (manevi cebir). Bireyin içinde bulunduğu durumdan sağlık personeli faydalanarak, kişiyi menfaat teminine zorlamaktadır. Bu zorlama maddi (fiziki) bir zorlama olduğu takdirde artık yağma (gasp) suçu söz konusu olur. Bu nedenle madde gerekçesinde "*bu icbarın yağma suçunun oluşumuna neden olan cebir ve tehdit boyutuna varmaması gerekir*" denilmiştir. Yargıtay'da aynı hususa işaret etmektedir; "*Bu suç manevi cebir şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hekimin hasta ve yakınını kendisi tarafından yardım yapılmadığı takdirde kötü sonuçların meydana gelebileceğine inandırması (manevi cebir) ve bu manevi cebir (zorlama) altında mağdurun haksız olduğunu bildiği halde ödeme yapması veya vaat etmesi irtikap suçunu oluşturur.*" Yargıtay, ikna suretiyle irtikap ile icbar 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 etmesi ile oluşur. Fert ödediği paranın meşru olmadığını bilmez. Memur yalan beyanlar ile kendisini kandırması, 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 ameliyatla iyileşeceğine sanık tarafından inandırılmış olduğundan operasyonun yapılmaması ve gecikmesi ve böylece sıhhati bakımından mustarip bir*

⁵¹⁸ Mehmet Nihat Kanbur, "**6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu (TCK m.250)**", <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000646>, (13.02.2015).

⁵¹⁹ Hakeri, (TIP), s.793.

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.⁵²⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2012/5-1269 E, 2013/26 K ve 29.01.2013 tarihli başka bir kararında irtikap suçu şu şekilde yorumlanmaktadır;

"İrtikap suçu, kamu görevlisinin, kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya vaat etmeye bir kimseyi icbar ya da ikna etmesi veya kanunen almaması gereken şeyi, muhatabının hatasından yararlanarak alması ile oluşmakta olup, uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak icbar suretiyle irtikap (cebri irtikap) suçunun incelenmesi gerekmektedir. İcbar sözcüğünün anlamı Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde, "zor, zorlayış, bir işi yaptırmak için zora başvurmak" şeklinde açıklanmıştır. Ceza Genel Kurulunun 30.03.2010 gün ve 167-70 sayılı kararı ile yerleşmiş önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, icbar kelimesi manevi cebir anlamında olup cebir unsuru manevi tazyikle gerçekleşecektir. Mağdurda meydana getirilen korkunun etkisi altında suçun işlenmesi halinde icbar gerçekleşmiş sayılacak maddi cebir kullanılması halinde ise, eylem yağma suçunu oluşturacaktır. Nitekim, gerek 765 sayılı TCK'nun 209. maddesinin, gerekse 5237 sayılı TCK'nun 250. maddesinin madde gerekçelerinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Yine Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere, manevi cebirin, belli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma imkanının bulunmaması gerekir. Mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareket de icbar kavramına dahildir. Yapılan hareketlerin mağdurun iradesini manevi baskı altında tutmaya uygun ve elverişli olması, vaat edilmesi veya sağlanması istenilen menfaatin hukuka aykırı olduğunun mağdurca bilinmesi, icbar için yeterlidir. Bu nedenle de icbarın manevi baskı oluşturmaya elverişli olup olmadığı, somut olayın özellikleri ve nesnel koşullar nazara alınarak, hakim tarafından takdir edilmelidir. İcbar suretiyle irtikap suçunun düzenlendiği TCK'nun 250. maddesinin 1. fıkrasında 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişikliği, aynı Kanunla TCK'nun 257. maddesinin 3.

⁵²⁰ Hakeri, (TIP), s.794.

fikrasının yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Öğretide, sözkonusu düzenlemenin, kamu görevlisinin görevi gereği yerine getirmesi gereken bir işi yerine getirmesi için yarar sağlamış olmasının uygulamada genellikle görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde ele alınmasının ortaya çıkardığı sakıncaları giderme amacını güttüğü belirtilmektedir. (Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Prof. Dr. M. Ruhan Erdem, Yrd. Doç. Dr. R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2012, s.838) Bu değişiklikten sonra kamu görevlisinin görevi nedeniyle bir yarar sağlaması durumunda oluşan suç ya rüşvet ya da irtikap olabilecektir. Eğer kamu görevlisi, haksız tutum ve davranışlara başvurarak karşı tarafın kendisine ya da yönlendireceği kişilere yarar sağlaması konusunda kendini mecbur hissetmesine yol açmış ise, eylemi icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturabilecektir. İrtikap suçundan söz edebilmek için mağdurun iradesinin baskı altına alınması gerektiği göz önünde tutulacak, icbar boyutuna varan bir baskı sözkonusu olmayıp görevlinin yalnızca telkin, öneri ve teşvik niteliğindeki davranışlarına dayanarak yarar sağlanması durumunda da rüşvet suçu gündeme gelecektir. Öte yandan, icbar suretiyle irtikap suçunun gerçekleşmesi kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmasını gerektirmektedir. Nüfuz, kamu görevlisinin görevinin vermiş olduğu yetki ve imkanlar nedeniyle sahip olduğu güç ve etkinlik; bunun kötüye kullanılması ise yetki ve imkanların sağladığı ayrıcalıklı üstün konumdan yararlanarak görevlinin kendisi ya da başkasına yarar sağlaması olup, kamu görevlisi görevi gereği sahip olduğu gücü haksız yarar elde etme amacıyla kullanmaktadır."⁵²¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1991/5-340 E, 1991/367 K ve 23.12.1991 tarihli bir kararında, irtikap suçu ve görevi kötüye kullanma suçları ile ilgili şu yorumu getirmiştir; "Olayımızda, Trabzon C. Başsavcılığı'nın 10.5.1990 gün ve 61 sayılı iddianamesiyle, sanık doktor hakkında müştekinin kızı Ayla'nın düşerek başından ağır şekilde yaralanması üzerine, müşteki babası tarafından Numune Hastanesi'ne getirilip, sanığın görevli olduğu beyin cerrahisi kısmında ameliyat edildiği, ameliyattan sonra kızının durumunu soran müştekiye hitaben: Durumu şimdi iyi, ancak kötüye gidebilir. Biz bu işi dışarıda üç milyona yapıyoruz. Devlet Hastanesinde yapıldığı için senden 750 bin lira istiyorum diyerek, müştekiyi

⁵²¹ <http://www.adliform.com/konular/6206-yargitay-ceza-genel-kurulu-esas-no-20125-1269-icbar-suretiyle-irtikap-sucu.html> , (13.02.2015).

kendisine haksız yere para vermeye icbar etmiştir..." gerekçesiyle, suç "Cebri irtikap" olarak nitelendirilerek ve TCK.nun 209/1-son, 227/2. maddelerinin uygulanması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Gerek "İrtikap" ve gerekse "Görevi kötüye kullanmak", Türk Ceza Kanununun "Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı Üçüncü Babında yer almıştır ve "İrtikap" suçunu bir memurun "Memuriyet sıfatını veya memuriyetine ait görevi kötüye kullanmadan" işlemesi mümkün değildir. Başka bir deyişle "irtikap suçu", "Görevi kötüye kullanmak" suçunun TCK.nun 209. maddesinde açıklandığı şekilde işlenmesiyle oluşur."

Madde metninin genel açıklamasından da anlaşılacağı üzere, irtikap suçu; icbar, ikna veya hatadan yararlanmak suretiyle işlenmektedir. Bu karara göre, görevi kötüye kullanma genel bir suç kapsamındayken, irtikap bu suçun özel bir şeklini oluşturmaktadır. İrtikap suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur; bu nedenle kamu görevlisi kasıtlı hareket etmediği durumda; yaptığı işi işinin gereği olarak gördüğünde bu suç oluşmayacaktır. 765 sayılı TCK'da yararın 'haksız' olması gerekirken 5237 sayılı TCK bakımından yararın haksız olması aranmamaktadır. Demek ki kendi hakkını zorla almak isteyen kamu görevlisi yeni TCK bakımından irtikap suçunu işlemiştir.⁵²²

3.2.3.13 Rüşvet

Sözlük anlamına göre rüşvet, yaptırılmak istenen bir işte yasadışı kolaylık ve çabukluk sağlanması için bir kimseye mal veya para olarak sağlanan çıkar olarak tanımlanmıştır. Hukuki bir kavram olarak rüşvet, Dönmezer tarafından "özel veya kamusal belirli bir fonksiyonla yükümlü olan bir kişinin kendisi veya başkası için doğrudan doğruya veya dolayısıyla diğer bir kimseden fonksiyonuna bağlı veya fonksiyonunun kolaylaştırdığı bir tasarrufu icra etmek, geciktirmek veya ihmal etmek için herhangi bir surette olursa olsun bir şey talep etmesi veya vaatle bulunulmasını istemesi ", Toroslu tarafından "Bir kamu görevlisi ile herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için diğerinden haklı olmayan bir karşılık kabul etmesi sonucunu doğuran bir anlaşma ", Soyaslan tarafından "bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı bir iş yapması veya

⁵²² Satı, s.11.

yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması”, Artuk–Gökçen-Yenidünya tarafından ise “kamu görevlisinin icbar veya ikna tarzında bir hareketi olmaksızın görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için vardığı anlaşma sonucunda yarar sağlaması” olarak tanımlamıştır.⁵²³

Kanunun 252. maddesinde ise rüşvet suçu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

"(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracilar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

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

(5) 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 cezalandırılır.

(6) 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 cezalandırılır.

(7) 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 ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."

Kanunun 252. maddesinin gerekçesine bakıldığında;

"Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve “satın

⁵²³ Ufuk Ünlü, "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:102, 2012, ss.326-327.

alınamaz” oldukları hususunda toplumda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı, bu güveni korumayı amaçlamıştır.

İzlenen suç siyaseti gereğince, bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması amacıyla kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet olarak tanımlanmıştır.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin elde ettiği menfaatin belli bir amaca yönelik olması gerekir. Başka bir ifadeyle, haksız menfaatin, hukukî olmayan bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla temin edilmiş olması gerekir. Buna karşılık, izlenen suç siyaseti gereğince, haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat temininin, rüşvet suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Çünkü bu gibi durumlarda, menfaati temin eden kişi, işinin en azından zamanında yapılmayacağı konusunda bir endişeyle hareket etmektedir. Bu nedenle, haklı bir işin gördürülmesi amacına yönelik olarak menfaat sağlanması hâlinde, icbar suretiyle irtikâp suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Rüşvet suçu, menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlanmış olur. Ancak, izlenen suç siyaseti gereği olarak, rüşvet suçunun kamu görevlisi ile iş sahibi arasında belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacına yönelik menfaat teminini öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedilecektir.

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 itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur. Söz konusu suç, menfaatin temin edildiği anda tamamlanmış bulunmaktadır. Menfaat temin edilinceye kadar suça iştirak mümkündür. Bu nedenle, söz konusu suç tanımı kapsamında “rüşvete aracılık eden” kavramına yer verilmemiştir.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için amaçlanan şeyin yapılmasına veya yapılmamasına gerek yoktur.

Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, amaçlanan şeyin kamu görevlisinin görevine giren bir iş olması gerekir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işin yapılması amacıyla menfaat temini hâlinde, rüşvet suçu oluşmaz.

Rüşvet alan kişinin kamu görevlisi olması gerekir. Maddenin ikinci fıkrasında, bu kişinin yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hâlinde, cezanın artırılması öngörülmüştür.

Maddenin dördüncü fıkrasında rüşvet suçunun uygulama alanı, sadece kamu görevlisine rüşvet verilmesiyle sınırlı tutulmayıp, genişletilmiştir. Buna göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler ya da halka açık anonim şirketlerle hukukî ilişki tesisinde veya tesis edilmiş hukukî ilişkinin devamı sürecinde, bu tüzel kişiler adına hareket eden kişilere görevinin gereklerine aykırı olarak yarar sağlanması hâlinde de rüşvet suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Fıkra metninde sayılan tüzel kişiler adına hareket eden kişilere, görevlerinin gereklerine aykırı olarak sağlanan yararlar da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrası, 17 Aralık 1997 tarihinde, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu otuz ülke tarafından Paris'te imzalanmış ve Ekonomik İşbirliği ve Gelişme Teşkilâtı (OECD) üyesi 10 ülkenin onay belgelerini tevdi etmeleri ile 15 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan "Uluslararası Ticarî İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi" hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 1. 2. 2000 tarih ve 4518 sayılı Kanunla söz konusu Sözleşmenin onaylanmasını ülkemiz açısından uygun bulmuştur. Bakanlar Kurulu'nun 9. 3. 2000 tarih ve 2000/385 sayılı Kararı ile Sözleşme onaylanmıştır. Beşinci fıkra hükmüyle, rüşvet suçuna yeni bir içerik kazandırılarak, "yabancı kamu görevlisi"ne rüşvet verilmesi ceza yaptırımını altına alınmaya çalışılmıştır. Burada söz konusu olan "yabancı kamu görevlileri"nin "yabancı bir ülkede seçilmiş veya atanmış olan, yasama veya idarî veya adlî bir görevi yürüten kamu kurum veya kuruluşlarının memur veya görevlileri" olması gerekir. Keza, "yabancı bir ülkede uluslararası nitelikte görevleri yerine getirenler" de "yabancı kamu görevlisi" addedilmişlerdir.

Bu kişilere "uluslararası ticari işlemler nedeniyle, bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla"

maddî bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaade bulunmuş olması da, rüşvet olarak nitelendirilmiştir.

Bu anlamda rüşvetten söz edebilmek için, “yabancı kamu görevlisi”ne “uluslararası ticari işlemler nedeniyle” maddî menfaat temin veya vaadinde bulunulmalıdır. Keza, “yabancı kamu görevlisi”ne “bir işin yapılması veya yapılmaması veya haksız bir menfaatin elde edilmesi veya muhafazası amacıyla” maddî bir menfaat temin edilmiş ve hatta bu yönde vaade bulunmuş olması hâlinde de rüşvet söz konusu olacaktır" görüşleri belirtilmiştir."⁵²⁴ Bu madde ile korunan hukuksal yararın, girişimciler için uluslararası piyasada oyunun genel kurallar içerisinde gerçekleştirilmesini sağlamak ve böylece yasa dışı yollarla uluslararası rekabetin bozulmasını engellemek olduğu söylenebilir."⁵²⁵

Sağlık personelinin ve özellikle de hekimleri çok yakından ilgilendirmesi nedeniyle, sıklıkla karıştırılan iki suç tipi olan irtikap ve rüşvet suçları arasındaki farklar şunlardır;

1) İrtikap suçunda, sağlık personeli ile hasta/hasta yakını arasında bir anlaşma bulunmamaktadır. İrtikapta sağlık personelinin üstün konumu vardır. Rüşvette ise karşılıklı anlaşma söz konusudur.

2)İrtikap suçu tek taraflıyken, rüşvet suçu iki taraflıdır.

3)İrtikapta fail sadece sağlık personeli iken, rüşvette, hem sağlık personeli, hem de hasta/hasta yakınıdır.

4)İrtikap suçunda hasta/hasta yakını, yarar sağlama kastı içinde değildir. Rüşvette ise hasta/hasta yakını sağlık personeline bir yarar sağlama kastıyla hareket etmektedir.

5)İrtikap suçunda girişim, sağlık personelinden gelir. Rüşvette ise çoğu kez hasta/hasta yakınından kaynaklanır.

6)İrtikapta yarar sağlayan cezalandırılmazken, rüşvette yarar sağlayan da cezalandırılır."⁵²⁶

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 1995/2963 E, Karar no : 1995/4075 K ve 29.11.1995 tarihli kararında da bu konuya şu şekilde yaklaşmıştır; "...Kadastro

⁵²⁴ **TCK m.252 Gerekçesi**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekece.doc , (01.01.2014).

⁵²⁵ Erdal Baytemir, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:88, 2010, s.340.

⁵²⁶ Hakeri, (TIP), ss.801-802.

Müdürü olan sanığın, taşınmazın cins tashihi için 10.10.1994 tarihinde kendisine başvuran müştekiye mahalline gidilmek üzere önce 17.11.1994 ve sonra 10.11.1994 tarihlerini teklif edip, onun yurtdışında işçi olması nedeniyle daha erken bir gün verilmesi istenmesi üzerine, "Senin işin zor, 5.000.000'a olur" dediği ve müştekinin de "3.000.000 vereyim" demek suretiyle bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılması olup mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz veya davranış olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini de suiistimal etmeyen sanığın gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından "3.000.000 vereyim" diye hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında, karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikap olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması..."⁵²⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1994/55 E , 1994/103 K ve 18.04.1994 tarihli kararında ise, rüşvet anlaşması yapıldığı an suçun oluşup tamamlandığı vurgulanmış ve şu yorum yapılmıştır; *"Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, rüşvet alma suçları iki taraflı suçlardandır. Tarafların her biri bağımsız fail durumunda olup haklarında iştirak hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Suçun oluşması için memur olan fail; aldığı para veya sağladığı çıkarın yada kabul ettiği vaadin alınması, sağlanması veya kabul edilmesinin hukuka uygun olmadığını bilmeli ve bunu istemelidir. Öte yandan, kendisinden rüşvet istenilen kişi de istenen para ve çıkarın istenmesinin hukuka aykırı olduğunu bilerek bu istemi özgür iradesiyle kabul etmelidir. Başka bir söyleyişle, taraflar rızaları ile karşılıklı çıkar için rüşvet anlaşması yapmalıdır. Rüşvet anlaşmasının yapılmasıyla suç oluşup tamamlanacağından vaadin işlemdeyken yerine getirilip getirilmemesi önemli değildir.*

Maddi olayda sanık Tapu Sicil Müdiresidir. Onaltı kişiyle ihaleden bir taşınmaz alan müşteki, tescil işlemleri için tapu sicil müdürlüğüne başvurmuş; sanık, "kişi başına 50 bin liradan 800 bin lira getirin, tapunuzu alın" demiştir.

⁵²⁷ http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_5_Ceza_Dairesi_1995-2963.php , (13.02.2015).

İstenilen bu parayı getirmek bahanesiyle sanığın yanından ayrılan müşteki durumu zabıtaya bildirmiş, zabıtaca numaraları tespit edilen paraları saat 17.20 sıralarında makamında sanığa vermiştir. Sanık, dışarı çıkıp kendisini bekleyen emniyet görevlilerine parayı verdiğini söyleyince içeri giren bu görevliler yaptıkları aramada numaraları tespitli parayı sanığın çekmecesinde ele geçirmişlerdir.

Görüldüğü gibi çıkar karşılığı yapılan iş sanığın görevine girmektedir. Sanığın yapmakla görevli olduğu bu işi yapmak için müştekinden para istediği, müştekinin de bu isteği kabul edip ele geçirilen numaraları tespitli paraları ona verdiği saptandığına göre; eylemi, rüşvet alma suçunu oluşturur.

Öte yandan, rüşvet anlaşması yapılmakla suç oluşup tamamlanır. Vaadin işin tamamlanmasından sonra yerine getirilmesi suçun niteliği yönünden sonuca etkili değildir.

Bu itibarla, sanığın suç konusu parayı tescil işlemlerinin tamamlanmasından sonra aldığı kabul edilse dahi müştekinin zabıtaya başvurduğu ve tescil işlemlerinin tamamlandığı saatler gözetildiğinde, rüşvet anlaşmasının önceden yapıldığı ve sanığın bu parayı önceden yapılan anlaşmaya dayanarak aldığı anlaşıldığından eylemi görevi kötüye kullanma suçunu değil yukarıda açıklandığı gibi rüşvet alma suçunu oluşturur."⁵²⁸

Bir başka kararında ise Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; " Ç. Devlet Hastanesinde çocuk cerrahı olarak görev yapan sanık M.Y.M'in çocuğunun rahatsızlığı nedeniyle hastaneye başvuran müşteki Mehmet K.'in çocuğunun muayenesini yapıp kan tahlili ve röntgen filmi istemesi sonrası hastanede bunları tamamlayan müştekinin daha sonra kendisinin özel muayenehanesinde olduğunu öğrendiği sanık doktor M.Y'in yanına giderek bunları göstermesi üzerine sanık doktorun çocuğun ameliyat edilmesi gerektiğini söyleyerek Ç. Devlet hastanesinde yapacağı ameliyat için bıçak parası adı altında 150.000.000 lira ve hastanede anestezi uzmanı olarak görev yapan diğer sanık D.Ç. için de 20-25.000.000 lira para istediği, müştekinin bunu kabul etmiş gibi gözükiüp dışarıda bu durumu komutanına anlatarak daha sonra da şikayetçi olup numaraları tespit olunmuş paralarla sanıkları suçüstü yakalattığı, verdiği bu paranın ödenmesi gerekmediğini bilen müştekiye karşı ikna suretiyle irtikap suçunun işlendiğinin kabul edilemeyeceği,

⁵²⁸ http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Ceza_Genel_Kurulu_1994_55.php , (13.02.2015).

istenen parayı verme niyetinde olmayan müştekinin serbest iradeyle anlaşmaya vardığının benimsenemeyeceği, bu itibarla sanıkların rüşvet almaya eksik kalkışma suçundan cezalandırılmaları gerekeceği.."⁵²⁹

Bir başka Yargıtay kararında rüşvet suçu ile ilgili olarak şu karar verilmiştir; "A. SSK hastanesinde genel cerrah olarak görevli olan sanığın, müşteki A.'nın kız kardeşi Y.'ü muayenehanesinde muayene edip, ameliyat olması gerektiğini söyledikten sonra, ameliyat için 70 milyon lira istediği, müştekinin fakir olduğunu söylemesi üzerine 50 milyon liraya anlaştıkları, paranın bir kısmını peşin isteyerek Y.'ü SSK hastanesine gönderip yatışını yaptırdığı, müştekinin telefonla sanığa "paranın bir kısmını vereceğiz" diye haber vermesinden sonra 50 markı alıp ameliyatı yaptığı, 6.2.2001 günü ise müştekinin savcılığa müracaatla numaraları tespit edilen 35 milyon lirayı sanığa teslim ettiği ve söz konusu paraların polislerce sanık üzerinde yakalanmış olduğu, anlaşılacakla sabit olan eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet almak suçunu oluşturduğu..."⁵³⁰

3.2.3.14. Görevi kötüye kullanma

Kanunun "görevi kötüye kullanma" suçunu düzenleyen 257. maddesinde ;

"(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.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan 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."

Bu madde ile hem görevi kötüye kullanma, hem de görevi ihmal ve geciktirme suçları düzenlemiştir.

Görevi kötüye kullanma suçunun 257/1. maddede düzenlenen şekli ancak icrai bir hareketle işlenebilir. İcrai hareket, vücuttan yapma şeklinde sadır olan ve davranış normlarının öngördüğü yasağı ihlal eden insan davranışını ifade etmektedir. Buna göre, kamu görevlisinin görevinin gereklerine icrai bir hareketle aykırı

⁵²⁹ Gökcan, (TİBBİ), s.803.

⁵³⁰ Gökcan, (TİBBİ), ss.810-811.

davranması halinde 257/1. maddeye uygun suç oluşacaktır. Maddede “görevinin gereklerine aykırı davranmakla” bu suçun işleneceğinden bahsedilmektedir. Buna göre, suçun oluşumu için, öncelikle fiilin kamu görevlisinin görev alanına giren bir hususla ilgili olması gerekir. Eğer fiil, kamu görevlisinin görev alanıyla ilgili değil ise, yani ifa edilen iş kamu görevlisinin görevinin (gerekleri) kapsamına girmiyorsa, görevi kötüye kullanma değil, başkaca suçlar veya kabahat neviden haksızlıklar oluşur. Aynı şekilde kamu görevlisi sıfatının kötüye kullanıldığı hallerde de görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır. Üstlenilen görevin kapsamının ve dolayısıyla gereklerinin belirlenmesinde, her somut olayda ilgili kamu görevlisinin statüsünü düzenleyen mevzuat esas alınır. Başka bir anlatımla, bir davranışın görevin gereklerine uygunluğu ya da aykırılığı, idare hukuku kurallarına göre belirlenir. Buna göre, görevin mutlaka bir kanunla veya yazılı hukuk kuralıyla kamu görevlisine tevdi edilmiş olması şart değildir. Üstlenilen görevle ilgili olmak kaydıyla amirin emrine aykırı davranılması halinde, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla görevi kötüye kullanma suçu oluşur.⁵³¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2012/4.MD-265 E. , 2012/246 K. ve 26.06.2012 tarihli kararında kanunun 1.fikrasına; "5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinin 1. fıkrasındaki görevi kötüye kullanma suçu; kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ve bu aykırı davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız kazanç, suç tarihinden sonra 6086 sayılı Yasayla yapılan değişiklikten sonra ise haksız menfaat sağlanması ile oluşur. 5237 sayılı TCY'nın 257/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, norma aykırı davranış yetmemekte; bu davranış nedeniyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir.

5237 sayılı Yasanın 257. madde gerekçesinde; suçun oluşmasına ilişkin genel koşullar, “Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetiyle sonuçlanmış olması veya kamunun

⁵³¹ İlhan Üzülmöz, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** , Cilt:XVI, Sayı:1, 2012,ss.196-197.

ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.” şeklinde vurgulanmış, öğretide de bu husus Artuk-Gökçen-Yenidünya tarafından “TCY’nun 257. maddesindeki suçun oluşması, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesinden, kişilerin mağdur olması veya kamunun zarar görmesi ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmasına bağlıdır. Bu sonuçları doğurmayan norma aykırı davranışlar, suç kapsamında değerlendirilemez” (Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 6.Bası, sh.685 vd.) şeklinde açıklanmıştır.” yorumunu getirmiştir.⁵³²

Görevi kötüye kullanma suçunun ikinci işleniş biçimi olan ve TCK m.257/2’de yer alan görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme, tıpkı birinci fıkrada yer alan görevinin gereklerine aykırı hareket etme gibi tamamlayıcı nitelikte torba bir hükümdür. Burada kamu görevlisi failin iki fiili bulunmaktadır. İlki görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi; ikincisi görevini geciktirmesidir. Burada yer alan söz konusu fiil seçimlik hareketlidir. Fail bu iki hareketten birini yaptığı takdirde görevi kötüye kullanma suçunun hareket unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Failin görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi hali, kendisine tevdi edilmiş olan görevle ilgili olarak yapması gereken ve yapılması mümkün olan işi yapmamasıdır. Kendisinden beklenen işi yapmama, harekete geçmeme durumunu gösteren ihmalde görevin yerine getirilmemesi söz konusudur. Görevin ihmalini her olayın oluş biçimi değerlendirilerek tespit edilebilecektir. Faile tevdi edilen görevin ya belli bir sürede gerçekleştirilmemiş olması ya da artık o görevin yapılmasında herhangi bir menfaatin kalmaması halinde ihmalin gerçekleştiği ifade edilebilecektir. Failin bu ihmali dolayısıyla kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı ya da kişilere haksız menfaat sağlama söz konusu olur ise görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.⁵³³

Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 01.11.2010 tarihli bir kararında, görevi kötüye kullanma suçuna dair kararı şöyledir; “Ancak; hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 16. Maddesinin “hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmî metotları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği

⁵³² <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (30.12.2014).

⁵³³ Pınar Memiş Kartal, "Görevi Kötüye Kullanmak Suçu (TCK m.257), ", <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000653>, (30.12.2014).

vicdani ve fennî kanaate ve şahsi müşahedesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez”, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesine göre ise “Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz” şeklindeki düzenlemelere rağmen doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı Hacer Bayat isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı TCK'nın 257.maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi...”⁵³⁴

Görüldüğü gibi bir çok hekimin çeşitli nedenlerle yaptığı veya yapmak zorunda kaldığı hastayı görmeden reçete yazmak, TCK 257 kapsamında görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturabilmektedir.

Yargıtay'ın bir başka kararında görevi kötüye kullanma ve rüşvet suçları arasındaki ayırım şu şekilde vurgulanmıştır; "*Müştekinin şikayetinin zamanı ve içeriğinden ve paranın verilmesinden hemen sonra alınan ilk beyanı ile tanıkların ön soruşturma sırasındaki anlatımlarından Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın müştekiden karısını sezaryenle ameliyat etmesinden sonra 40.000.000 lira para isteyip aldığı anlaşılmakla; taraflar arasında ameliyat öncesi karşılıklı rızaya dayalı rüşvet anlaşması yapıldığının yeterli ve inandırıcı kanıtının bulunmadığı, bu suretle eylemde rüşvet suçunun unsurlarının oluşmadığı, ancak ameliyat sonrası hasta sahibinden kanunen almaması gereken parayı alan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde rüşvet alma suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.*"⁵³⁵

3.2.3.15. Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık

Bilindiği gibi, hekimler sağlıkla ilgili davalarda ve soruşturmalarda sıklıkla bilirkişilik yapmaktadır. Bu madde gerçeğe aykırı bilirkişilik yapılması durumunda

⁵³⁴ Üzülmöz, s.200.

⁵³⁵ Gökcan, (TIBBİ), s.837.

hekimleri ilgilendirmektedir. Kanununun 276. maddesinde şu hükümlere yer verilmektedir;

"(1) Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Birinci fıkrada belirtilen kişi veya kurullar tarafından görevlendirilen tercümanın ifade veya belgeleri gerçeğe aykırı olarak tercüme etmesi halinde, birinci fıkra hükmü uygulanır."

Bilirkişinin bizzat kendisi tarafından gerçeğe aykırı rapor düzenlenmesi, aslında kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen resmi belgede fikri sahtecilik niteliğindedir. Ancak TCK m. 276'da bu durum, "Yargı mercileri veya suçtan dolayı soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişi"ler bakımından ayrıca ve açıkça düzenlendiğinden, söz konusu bilirkişiler, özel normun önceliği ilkesi gereği, TCK m. 276 uyarınca cezalandırılacaktır. Buna karşın, yukarıda da belirtildiği üzere, TCK m. 276/1 tarafların seçtiği bilirkişileri kapsamamaktadır. Dolayısıyla, tarafların seçtiği bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi TCK m. 276/1'de öngörülen gerçeğe aykırı bilirkişilik suçunu oluşturmayacaktır.⁵³⁶

Bilirkişi olarak atanan sağlık mesleği mensupları bu suçun faili olabilir. Sağlık mesleği mensubu, çözümleri uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi olarak atanabilir (CMK 63/1). Hekim, ister kamu görevlisi olsun, ister özel hekim, her zaman için bilirkişi olarak görev yapabilir. Gerek bir başka hekim için, gerekse sigorta şirketleri için ve gerekse başka hastalar için bilirkişi raporu düzenleyebilir. Taraflar böyle bir raporu delil olarak kullanabilirler. Bu son husus CMK 67/6'da açıkça düzenlenmiştir. Uzmanından bilimsel mütalaa alınması adı verilen bu halde sağlık mesleği mensubu yargı mercii veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilmediği takdirde vermiş olduğu gerçeğe aykırı bilirkişi raporu dolayısıyla bu suçu işlemiş olmaz. Bu suçun işlenebilmesi için sağlık personelinin madde metnindeki gibi *yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen*

⁵³⁶ Güneş Okuyucu Ergün, "Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, 2013, ss.270-271.

soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilmiş olması gerekir.⁵³⁷

3.2.3.16. Sağlık meslek mensubunun suçu bildirmeme suçu

Kanununun 280. maddesinde ise sağlık meslek mensubunun "suçu bildirmeme suçu" düzenlenmektedir. Buna 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." hükmü getirilmiştir.

Bu suç adliye karşı suçlar bölümü altında düzenlendiği için korunan hukuki yarar, adliyenin korunmasıdır. İhbar yükümlülüğü ile suçların cezasız kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Böylelikle yargı faaliyetine gecikmeksizin başlanabilecek ve adliyenin saygınlığı da korunmuş olacaktır. Önder'e göre adliye aleyhinde işlenen suçlar üçe ayrılmaktadır. Önder' e göre bu suç ceza soruşturma ve kovuşturma amacı güttüğünden ceza soruşturması ve kovuşturmasına karşı işlenen bir suçtur. (...) Suçun faili ancak kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olabilir. Bu bakımdan bu suç özgü (mahsus) suçtur. Hükmün 2. fıkrasında sağlık mesleği mensubu "tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler" dir. Görüldüğü gibi tanımda belirli meslekler sayılmış ancak 'diğer kişiler' denilerek sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir. Mevzuatımızda, diğer bazı kanunlarda ve diğer düzenleyici işlemlerde bu kavram tanımlanmıştır, ancak bu tanımlar birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir.⁵³⁸

Fail, kamu görevlisi olmamalıdır. Eğer fail, devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensubu ise, kamu görevlisi sayılacağından, suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmış olması halinde TCK

⁵³⁷ Hakeri, (TIP), s.817.

⁵³⁸ Pınar Bulut, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"**, 10/17 Eylül 2011, ss.84-85.

m. 280 değil, TCK m.279'da düzenlenmiş bulunan "kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" suçunu işlemiş olacaktır.⁵³⁹

"Maddenin bu şekliyle, şikayete tabi suçlarda, şikayet hakkı olan şikayet etmezken, bunu ihbar etmeyen sağlık personelinin suç işlemesi söz konusu olacaktır. Gerçekten de kamu görevlileri açısından " kamu adına soruşturma veya kovuşturma gereken bir suç" un, yani resen takip edilen bir suçun işlendiğini bildirme yükümlülüğü öngörülmüşken, kamu görevlisi olmayan sağlık meslekleri mensupları bakımından bu yükümlülüğün şikayete bağlı olanlarda dahil olmak üzere bütün suçlar bakımından genişletilmesi, haklı bir gerekçeye dayandırılmaz. Uygulamada da bazı hallerde gerçekten de bu hükmün bazı olumsuz sonuçlara yol açabileceği görülmektedir. Örneğin 17 yaşında resmi nikahı bulunmayan bir kadının, hamile kalıp kadın doğum uzmanına muayeneye gittiği hallerde, hekimin kadını şikayet etmese bile, bu durumu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Kanun, ancak görevin yapıldığı sırada öğrenilen suçların ihbarını zorunlu tutmuştur. Bu nedenle, özel olarak öğrenilen suçların bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. (...) Kanun, "bir suç işlendiği yönünde bir belirti" nin varlığını, ihbar yükümlülüğünün doğması için yeterli görmektedir. Bundan anlaşılması gereken, bir suç işlendiğinin açıkça anlaşılması veya buna yönelik şüphe doğuracak birtakım izlerin bulunmasıdır. Ancak suçun, mutlaka sağlık görevi yapılan süjeye karşı işlenmiş olması gerekmemektedir. Sağlık mesleği mensubu, önüne gelen kişinin gerek fail ve gerekse mağdur olması durumunda bildirme yükümlülüğü altında olduğu gibi, örneğin görevini yaptığı sırada bir meslektaşının işlemiş olduğu suçu da bildirmekle yükümlüdür."⁵⁴⁰

İhmalî hareketle işlenen bu suçta, suça ilişkin bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun yetkili makama bildireceği zamana ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Sağlık mesleği mensubu öncelikle tıbbi bakımdan yapması gerekli tedavi işlemini yaptıktan sonra durumu yetkililere bildirecektir. Kişi bildirim yükümlülüğünü yerine getirirken görevini ifada gecikmemeli öncelikle tedaviye girişmelidir. Bildirim yazılı veya sözlü olarak yerine getirilebilir, sözlü yapılması halinde tutanakla yazılı hale getirilmesi gerekmektedir (CMK 158/5). Bildirim suç

⁵³⁹ Özlem Yenerer Çakmut, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.280)", <http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=56> , (14.02.2015,), (SAĞLIK), s.1053.

⁵⁴⁰ Hakeri, (TIP), ss.821-822.

ihbarı niteliği taşıdığından suça ilişkin açıklıklar da yer almalıdır. Örneğin hekim hasta çocuğu incelerken vücudunda çeşitli darbe ve ekimozlar görmüşse bu lezyonların özelliklerini de belirtmesi gerekir. Hasta suç mağduru olmadığını iddia etse de hekim yara ve lezyonların suç sonucu meydana geldiğine inanıyorsa gerekçelerini de belirtmek suretiyle bildirimde bulunabilir. Ancak hekim sadece bir suç mağduru olduğu yönünde bildirimde bulunur, suça ilişkin bir açıklama yapmazsa bildirim yükümlülüğünü yine de yerine getirmiş sayılmalıdır.⁵⁴¹

Öte yandan, TCK m. 280 ile sağlık mesleği mensuplarına getirilen bildirim yükümlülüğünün kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin işlediği suçları da kapsayıp kapsamayacağı hususu Yasa'da açıklığa kavuşturulmamıştır. İlgili kişilere getirilen bildirim yükümlülüğü istisnasız herkesi kapsar nitelikte gibi görünse de, 1982 Anayasası m. 38/5'de yer alan, "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmünün ayrı bir durum getirmiş bulunduğunu kabul gerekecektir. Gerçekten, üst norm olan Anayasa hükmü ile birlikte TCK m. 280'i değerlendirdiğimizde, suçu bildirmek yükümlülüğü altındaki sağlık mesleği mensubu kendisinin veya yakınının bir suç işlediği belirtisiyle, görevini yaptığı sırada karşılaşırsa durumu yetkili makamlara bildirmekten kaçınabilecektir. Böyle bir durumda ise TCK m. 280'den dolayı cezalandırılması söz konusu olmamalıdır. Anayasa, hiç kimse kavramını kullanarak kapsamı geniş tutmuş ve bu hale istisna getirmemiştir.⁵⁴²

Türk Ceza Kanunu'nun bu maddesi ile ilgili meslek odalarından ciddi itirazlar gündeme gelmiştir. Bu düzenleme ile hekimlerin sır saklama yükümlülüğü kısmen kaldırılmıştır denilebilir. Bu sebeple sağlık mesleği mensuplarının Hipokrat yemini ile 280. maddeden doğan yükümlülüklerinin bağdaştırılması zordur. Hastaya ait sırların saklanması temeline insan onuru ve kişilik haklarının bulunduğu ve bunun anayasal koruma altında olduğu belirtilmektedir. Klaus ULSENHEİMER' e göre susma yükümlülüğü tıbbın meslek etiğinin temel noktasıdır. Hipokrat'tan beridir bu ilkeye uyulmaktadır. Ancak bazı özel kanunlarda toplumsal tehlike içeren bulaşıcı bazı hastalıklara ilişkin bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Amaç ise toplum sağlığının korunması olmuştur. Bu tip hastalıklarda (AIDS, HIV...) suça

⁵⁴¹ Bulut, s.89.

⁵⁴² Çakmut, (SAĞLIK), s.1056.

ilişkin belirti olsun ya da olmasın hekimin bildirim yükümlülüğü doğacaktır. Sır saklama yükümlülüğü ile suç bildirme yükümlülüğü arasındaki bu çelişki ancak, hekimin hastasını sırlarını saklama yükümlülüğünün bir istisnası olduğunun kabulüyle ortadan kalkacaktır.⁵⁴³

Türk Tabipleri Birliği de bu konudaki görüşlerini şöyle açıklamıştır;

"Hekimler TCK'nun 280. maddesi ile suç önlemekten sorumlu kolluk kuvveti haline getirilmektedir. Bu madde de sağlık personeline görevini yaptığı sırada herhangi bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşması halinde durumu derhal ihbar etmesi aksi halde bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Eğer Hekim kamu görevlisi ise cezası 279. madde uyarınca iki yıla çıkmaktadır. Oysa aynı konuyu düzenleyen 765 Sayılı TCK'nun 530. maddesinde ise; sağlık personeline sadece ve sadece tedavi ettikleri kişi aleyhine işlenmiş bir suçun belirtisi ile karşılaşmaları halinde ve tedaviyi yaptıktan sonra bildirim yükümlülüğü getirilmiş olup, eğer bildirim sonucu tedavi gören kişi aleyhinde bir soruşturma yapılabilecek ise , sağlık personeli bu durumda ihbar etmekten muaf tutulmuştur. Yine 530. maddeye göre bildirmeme suçunun işlenmesi halinde de öngörülen ceza sadece hafif para cezasıdır. Oysa yeni TCK ile hekimlerin sır saklama yükümlülüğü ortadan kaldırılmış, kişilerin suç işlemesi halinde sağlık haklarının öncelikli olduğuna ilişkin en temel insan hakkı yok sayılmış, sağlık personelinin öncelikli görevi suçluların yakalanması olarak belirlenmiştir."⁵⁴⁴

Gerçekten de bu madde nedeniyle ihbar edileceğini bilen suç işlemiş bir kişi hekime gitmeyebilecek, ayrıca aile içi şiddet durumlarında, şiddete uğrayan kişi, suç işleyen yakınının baskısı nedeniyle hekime başvurmaktan kaçınabilecektir. Bu ise, kişilerin sağlık haklarının fiilen ihlali sonucunu getirecektir.

3.2.3.17. Genital muayene

Ülkemizde uzun yıllar yasal boşluklar nedeniyle okul müdürü, yurt müdürü, kolluk kuvvetleri gibi yetkili olmayan kişilerce, kişinin rızası dışında genital muayene yaptırılmış bu nedenle intihar ve ölümler olmuştur. Bu gibi durumlarda hekimler ve sağlık personeli de kişinin rızası dışında muayene yapan kişiler

⁵⁴³ Bulut, ss.83-84.

⁵⁴⁴ **TTB Basın Açıklaması; Türk Ceza Kanunu ve Hekimler,**
<http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan05/tck.php> , (14.02.2015).

durumuna düşmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 287. maddesinde bu konu düzenlenmiş ve şu hükümler getirilmiştir;

"(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."

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda ilk kez yerini bulan bu düzenlemenin temelinde ne yazık ki açık ya da gizli olarak toplumumuzda yaygın biçimde uygulanan ve özellikle kadınlar bakımından insan onurunun ayaklar altına alınmasını sonuçlayan *bekaret kontrolü* uygulamasına son verilmesi düşüncesini taşımaktadır. Anayasa ve yasaların belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydıyla belirli durumlarda insanların beden bütünlüğüne nasıl ve ne şekilde müdahale edilebileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bu çerçevede gerçekleştirilmek istenen her müdahale hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla gelenek ve göreneklerin hukukun üstünde kabul görmesi hukuka aykırı uygulamaların doğmasına neden olacaktır. Bu noktadan hareketle TCK m.287'de yer alan genital muayene suçu ile insan onurunu zedeleyecek bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.⁵⁴⁵

Anayasa'mızın 17/1-2. maddesinde *"Herkes, yaşama,maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir./Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz"* denilirken, ülkemizin de tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ise; *" Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir."* hükmü getirilmiştir. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesinde *" Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."* denilmiştir.

⁵⁴⁵ Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuk Merkezi "Sağlık Hukuk Makaleleri"**, 10/17 Eylül, 2011, (GENİTAL), s.49.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "Cinsel İlişki Muayeneleri" başlıklı 39. maddesinde; " *Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.*" denilmiştir. Bu anlamda 287. madde ile getirilen düzenleme, ulusal ve uluslararası mevzuatımızla uyumludur.

Öğretide bu suç ile birden fazla hukuksal yararın güvence altına alındığı, bunların cinsel özgürlük, vücut dokunulmazlığı, kendi irade ve tercihiyle hareket edebilme özgürlüğü, onurlu, saygın ve haysiyetli yaşama hakkının yanısıra, adliyenin düzgün işleyişi, adli işlemlerin usulünce yerine getirilmeleri ve genital muayeneye maruz kalan bireyin kişilik hakları olduğu belirtilmektedir.⁵⁴⁶

"Genital Muayene kavramı, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda kızlık zarı muayenesi de genital muayene kapsamında yer alır. Bu muayeneye suçun mağduru rıza gösteriyorsa, sağlık personelinin sorumluluğu olmaz. Ancak mağdur rıza göstermiyorsa bu durumda suç ortaya çıkabilir.

Suçun faili, hukuka aykırı olarak kişiyi genital muayeneye gönderen okul müdürü, yurt müdürü vb olabileceği gibi, maddeye göre suçun diğer bir faili sağlık mesleği mensuplarıdır. Zira, bu muayene ancak sağlık personeline yapılabilir.

Suçun faili küçük yaştaki mağdurun veli/vasisi olup olamayacağı tartışmalıdır. Zira veli/vasinin rıza gösteremeyecek durumda olan için genital muayeneye rıza verme yetkisi vardır. Ancak daha önce rıza bölümünde söz ettiğimiz ve Biotıp Sözleşmesinin 6/2 maddesinin son bendinde yer alan " *Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır*" hükmü de göz önüne alınmalı ve mümkünse küçüğün de rızası alınmalıdır. Küçüğün rıza vermediği ama velisinin rıza verdiği durumda mevzuatımız açık değildir. Bu durumda küçüğün rızası yokken zorla genital muayene yaptıran ebeveynin küçüğün haklarını çiğnediğini savunan görüşler de mevcuttur.

Anayasa ve yasaların belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydıyla belirli durumlarda insanların beden bütünlüğüne nasıl ve ne şekilde müdahale edilebileceği

⁵⁴⁶ Hakeri, (TIP), s.827.

açıkça ortaya konulmuştur. Bu çerçeve dışında gerçekleştirilmek istenen her müdahale hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla gelenek ve göreneklerin hukukun üstünde kabul görmesi hukuka aykırı uygulamaların doğmasına neden olacaktır. Bu noktadan hareketle TCK m.287’de yer alan genital muayene suçu ile insan onurunu zedeleyecek bir müdahalenin gerçekleştirilmesinin önüne geçilmek istenmiştir."⁵⁴⁷

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Y.F/Türkiye kararında Polis zoruyla genital muayene yaptırılan kişi ile ilgili şu kararı vermiştir; " *Mahkeme, 8. maddenin söz konusu şikayetlerle ilgili olduğunu ve bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunu da kapsayan "özel hayat" kavramını içerdiğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda bir kimsenin vücudu özel hayatın en önemli unsurudur. Bu nedenle zorunlu bir tıbbi muayene bu hakka yapılan bir müdahaledir.*

Mahkeme, Hükümetin şikayet konusu müdahalenin hukuka uygunluğunu tartışmadığını belirtmiştir. Görüşlerinde, söz konusu olaydan sonra yayınlanan tüzük ve genelgelere gönderme yapmışlardır. Ayrıca Türk Kanunları uyarınca bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmek tıbbi gereklilik ve kanunla öngörülen haller dışında yasaklanmıştır. Dahası, hazırlık soruşturması sırasında sadece savcının emri üzerine muayene edilebilir (CMUK m.66).

Ancak bu davada Hükümet, tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen hallerin mevcudiyetini ispatlamamıştır. Ayrıca savcı tarafından da böyle bir talimat verilmemiştir. Son olarak Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmektedir. Ancak bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin onayını gerektirdiğini düşünmektedir. Aksi halde gözaltındaki bir kimse keyfi fiillere karşı yasal garantilerden mahrum kalacaktır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunda öngörülmediğini tespit etmiştir.

Söz konusu tespit Mahkemenin 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermesi için yeterlidir."⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Çakmut, (GENİTAL), s.62.

⁵⁴⁸ Gökcan, (TIBBİ), s.876.

3.2.4. Özel sektörde çalışan hekimlerin ceza yargılama usulü

Özel hastanelerde ve serbest hekim olarak muayenehanelerinde çalışan hekimler için suçun niteliğine göre şikayet üzerine veya re'sen savcılıklarca soruşturma başlatılabilir. Soruşturma ve kovuşturma genel hükümlere göre yapılmaktadır. Bu grup hekimler için kamu görevlisi veya üniversitelerde çalışan hekimlerle karşılaştırıldığında özel bir soruşturma usulü bulunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında tüm kurum ve kuruluşlarda çalışan hekimler aynı ceza kanunu maddelerinden yargılanırlar. Görevli ve yetkili mahkeme Sulh veya Asliye Ceza Mahkemeleri olmakla beraber, bazı suçlar için Ağır Ceza Mahkemeleri de yetkili olmaktadır.

3.2.5. Kamuda çalışan hekimlerin ceza yargılama usulü

3.2.5.1. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu görevlisi kavramının genel, geçerli ve salt bir tanımını yapmak oldukça zordur. Çünkü her ülke, kendi siyasi, sosyal, hukuki ve teknik gerçeklerini göz önünde tutarak "kamu görevlisi" ni tanımlamakta ve bu yüzden de birbirinden farklı tanımlar ortaya çıkmaktadır. Hatta bir ülkenin çeşitli kanunlarında bile farklı tanımlamalarla karşılaşılabilir. Bunun için kamu görevlisi veya memurun her zaman ve her yerde ve hatta her olayda uygulanabilecek tam ve kesin bir tanımını bulmak oldukça zordur. Bununla beraber bütün ülkelerce kabul edilebilecek bazı ortak noktalar tespit edilebilir. Bunlardan en önemli iki tanesi kamu görevi yapmak ve daimi bir surette idare kadroları ve idarî hiyerarşi içinde bulunmaktır. Bazı devletlerce bu kavrama bir takım yan unsurlar eklenmiş olabilir. Bu yan unsurların bulunması ise genel kamu görevlisi kavramını olumsuz yönde etkilemez.⁵⁴⁹

Kamu görevlisi kavramı ile (emreden-emredilen ilişkisinin, hiyerarşi ilişkisinin hakim olduğu bir personel yapılanmasında *emredilen* anlamına gelen) "memur" kavramı eş anlamlı değildirler. Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama

⁵⁴⁹ Raşit Zengin, "Kamu Görevlilerinin Görev Suçlarında Soruşturma Usulü", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2006, s.3.

her kamu görevlisi memur değildir. Bu itibarla, kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir.⁵⁵⁰

1982 Anayasası m. 128’de bu kavram, “Devletin, kamu İktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” şeklinde ifade edilmiştir.

4483 sayılı Kanun’un 2. maddesinde, “devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden” denilerek, Anayasanın lafzına paralel bir düzenleme yapılmıştır. Devlet Memurları Kanununu da Anayasa’daki tanıma benzer bir düzenleme yapmış m. 4/A’da “mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanunun uygulamasında memur sayılır” şeklinde “memur” kavramını düzenlemiştir. 765 sayılı TCK’nın 279. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında bu tanım, biraz daha genişletilmiş; buna karşılık 5237 sayılı TCK madde 6’da, “memur” ifadesi terk edilmiş, yerine çok sınırlı ve belirsiz bir tanımla açıklanan ‘kamu görevlisi’ kavramı esas alınmış ve “kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” nin anlaşılacağı hükme bağlanmıştır.⁵⁵¹

Görüldüğü gibi, anayasa ve yasalarımızda birden fazla ve birbiriyle örtüşmeyen kamu görevlisi tanımı vardır ve bu durum tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmaların nedeni, 1982 Anayasası’nın konu ile ilgili maddesinin 1961 Anayasası’na göre farklı olarak düzenlenmesidir. 1961 Anayasası’nın 117. maddesi “devletin ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütmekte yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür” demektedir. 1982 Anayasası bundan farklı olarak “devletin ve diğer kamu tüzel kişileri” ifadesinin yanına kamu iktisadi teşebbüslerini eklemiş ve 1961 Anayasası’nda memurlar eliyle yürütülecek kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütüleceği düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile 1982

⁵⁵⁰ Gökcan, (TİBBİ), s.501.

⁵⁵¹ Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanununda "Kamu Görevlisi" Kavramı", **TBB Dergisi**, Sayı:94, 2011, ss.97-98.

Anayasası'na kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu görevlileri ifadelerinin girmesi doktrinde kamu görevlisinin kimler olduğunun tartışılmasına neden olmuştur.⁵⁵²

Kamu görevlisi kavramı, birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Bununla birlikte Türk Hukukunda tüm hukuk dalları için geçerli bir kamu görevlisi tanımına yer verilmemiştir. Kanun Koyucu, değişik hukuk dallarında kamu görevlileri ile ilgili birçok hüküm öngörmesine rağmen, kamu görevlisiyle ilgili genel bir tanım yapmaktan kaçınmıştır. Kamu görevlisi kavramı ile ilgili genel ve bağlayıcı bir tanımın olmaması, değişik bakış açılarıyla bu kavrama farklı anlamlar yüklenmesine yol açmıştır. Yargıtay, bu kavramı daha çok ceza hukuku açısından yorumlamaktadır. Bu bakış açısının temelinde kamu görevlisi olarak cezalandırılması gerekenlerin hukuki boşluktan yararlanarak cezadan kurtulmalarını engelleme ve suçsuzların da haksız yere cezalandırılmalarına mani olma düşüncesi yatmaktadır. Yüksek Seçim Kurulu, konuya seçim hukuku açısından yaklaşmakta, yürütmenin siyasi kanadını teşkil eden bakanları, “memur veya kamu görevlisi” saymamaktadır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, bu kavrama Kamu Hukuku ve özellikle Anayasa Hukuku yönünden açıklama getirmeye çalışırken, İdare hukukçuları da soruna kendi açılarından yaklaşmaya çalışmaktadır. Kuşkusuz tüm bu farklı bakış açıları, kamu görevlisi kavramının yorumlanması ve anlaşılmasında bazı güçlüklerle yol açmaktadır.⁵⁵³

3.2.5.1.1. Anayasa Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı

1924 Anayasasında kamu görevlilerine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. 1924 Anayasası, kamu görevlileri konusunu, “ Memurlar” başlığı altında 2, 93 ve 94 üncü maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre 1924 Anayasası tek tip kamu görevlisi kategorisi benimsemiş, memur kavramı ile kamu görevlisi kavramını özdeşleştirmiştir. 1961 Anayasasında da kamu görevlisi kavramını memur kavramıyla özdeşleştiren anlayış, esas itibariyle sürdürülmüş ancak yenilik olarak

⁵⁵² Veysel Erat, " Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları", **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:28, Sayı:1, 2013, ss:174-175.

⁵⁵³ Hüseyin Aydın, " Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi** , Yıl:68 , Sayı:1, 2010, ss:111-112.

Devletin yanında öteki kamu tüzel kişilerin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin de memurlar eliyle yürütülmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir. Gerek 1924 Anayasasında gerekse 1961 Anayasasında esas alınan temel yaklaşım, tüm kamu görevlilerinin memur statüsü içine alınması ve memur statüsü dışında kamu görevlileriyle ilgili herhangi bir statünün belirlenmemiş olmasıdır.⁵⁵⁴

"Ülkemizde yıllardır kullanılan ve benimsenen bir kavram olan "*memur*" kavramı, Avrupa Birliği uyum süreci ile başlatılan Anayasa değişiklikleri ve takiben gerçekleştirilen kanun reformu sürecinde ceza kanunu bakımından yerini "*kamu görevlisi*" ifadesine bırakmıştır. Bu noktada öncelikle, "*memur*" kavramının genel olarak içeriği hakkında bilgi vermek, kavramın gelişim süreci ve etkilerinin ortaya çıkarılması bakımından önem taşımaktadır.

1982 Anayasası da memur tanımından kaçınmıştır. Nitekim 128. maddenin gerekçesinde dolaylı bir biçimde de olsa memuru tanımlama yoluna girmekten kaçınıldığı belirtilmekte ve böyle bir tanımın unsurlarına Anayasada yer vermenin imkansızlığına işaret edilmektedir. Doktrinde bunun iki nedeni olduğuna vurgu yapılmaktadır: İlk olarak, çoğunlukla anayasaların genel ilkeleri belirten, ayrıntıya girmeyen ve bu işi kanunlara bırakan bir yol izlemesidir. İkinci neden ise, memur kavramının, değişen kamu hizmetleri kavramına bağlı olarak zaman içinde değişiklikler göstermesidir. Böylece, memur ve kamu görevlisi tanımlamaları, çalıştırılma biçimleri ve buna göre kendi içlerindeki ayrımları, anayasa dışındaki hukuksal metinlere ve ilke olarak kanun koyucunun iradesine ve takdirine bırakılmıştır. (...) Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında diğer kamu görevlilerinden ne anladığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun bazı maddelerinin iptali ile ilgili kararında, Anayasanın 128. maddesinde geçen "*diğer kamu görevlileri*" nin, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışanlar olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme ayrıca, bu ilişkinin doğal sonucunun, bunlar hakkında özel kurallar bulunması ve bu nedenle de bütçeden ödeme yapılması olduğuna vurgu yapmıştır."⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Aydın, ss:112-113.

⁵⁵⁵ Muharrem Özen, Önder Tozman, " Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:42, Sayı:4, 2009, ss:28-30.

Anayasa Mahkemesinin 1988/5 E, 1988/55 K ve 22.12.1988 tarihli kararında "diğer kamu görevlileri" olarak adlandırılan personelin, sözleşmeli personel ve işçilerle geçici personelden farklı olduğu şu şekilde vurgulamıştır;

"...Bu kurallar karşısında kamu iktisadî teşebbüslerinin "...genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler" inin bulunup bulunmadığını, "diğer kamu görevlileri" kavramının ne tür kamu personelini kapsadığını, sözleşmeli personeli de içerip içermediğini belirlemek, sorununun çözümünde öncelik taşımaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinin karşılığı olan 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" ibaresinden söz edilmemekteydi. KİT'lerin aslında bu nitelikleriyle 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın da 128. maddesindeki diğer kamu tüzelkişileri kapsamında oldukları, bu nedenle madde metninde ayrıca sayılmalarının gereksiz bulunduğu yolundaki eleştirilerin ilginçliği ve haklılık payı küçümsenemez. Ancak; Anayasa Koyucunun "haşiv" e yer verdiği düşünülemezine göre, anılan bu yeni iki kavramın 1982 Anayasası'nın 128. maddesine dahil edilmelerinde gereksinimlerden kaynaklanan, deneyimlerle belirginleşen hukuksal, yönetsel, sosyal ve ekonomik nedenlerin bulunduğunu kabulde yarar vardır. 233 sayılı KHK'nin 1. maddesinde açıklanan amaçlar dışına çıkacak, özellikle bu maddenin 2. bendinin (c) fıkrasında ifadesini bulan "... kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmeleri..." ilkesi ile bağdaştırılamayacak, kaynak israfına yol açacak, keyfî, partizanca ve kayırıcı personel istihdamına kapı aralayacak yönetsel takdir ve işlemleri önlemek için anayasal düzeyde ve bağlayıcı bir güvence mekanizması oluşturulmuştur. Danışma Meclisi'nce hazırlanan ve bugünkü 128. maddeyle eş konumdaki metinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları bulunmadığı halde, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nca maddeye dahil edilmesi, açıklamaları doğrular niteliktedir.

233 sayılı KHK'nin "İstihdam Şekilleri ve Sözleşmeli Personel Çalıştırma" başlığı altındaki 43. maddesinde "Teşebbüslerde memurlar (kadrolu personel), sözleşmeli personel ve işçiler istihdam edilir. İşçiler, bu Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi değildir. Sözleşmeli personel, belirli bir sözleşme ile teşebbüste

çalışan; işçi ve memur statüsünde olmayan personeldir." denilmek suretiyle üç tür istihdam biçimi öngörülmüştü.

308 sayılı KHK'nin "İstihdam Şekilleri" başlığı altında 233 sayılı KHK'nin 42. maddesinde yaptığı değişiklikle "Teşebbüslerde ve bağlı ortaklıklarda- hizmetler sözleşmeli personel ve işçiler eliyle yürütülür." biçiminde bir düzenleme getirmiş, "memur" veya "diğer kamu görevlileri" ne yer vermemiştir. Oysa, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "kamu iktisadî teşebbüsleri" nin de, 135. maddesinin ikinci fıkrasında da ayrıca belirlediği gibi. "... genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler..."! mutlaka vardır ve bunların da "memurlar" ya da "diğer kamu görevlileri" eliyle yürütülmesi gerekir. Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülmüş bulunan "genel idare esasları" dışında kalan hizmetlerde ise, kuşkusuz, sözleşmeli personel çalıştırma olanağı vardır. Bu hizmetlerin kapsamının sayısal ya da oransal olarak dar veya geniş tutulması, konunun ağırlıklı önemini azaltamaz, yönünü değiştiremez. (...)

Söz konusu KHK'lerin getirdiği sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğu kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu "atama" koşuluyla bağdaştırma olanağı yoktur. Çünkü, atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir "şart işlem" olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşlemin konusunu, objektif hukuk kuralları düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemlerle önceden saptandığı, var olan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memur olmak isteyen birey ya da bireyler, bu Yasadaki memurluğa giriş koşullarının ya da öteki kuralların dışında, kendileri için farklı uygulamalar yapılmasını ileri süremezler.

Sözleşmeli personel istihdamında ise "akdî" bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini, çalışacağı

kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır.

*Şu halde, kamu iktisadî teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK'de bir "hizmet sözleşmesine tâbi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tâbi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerinde anayasal olanak yoktur."*⁵⁵⁶

Yine Anayasa Mahkemesinin 1994/47 E, 1994/70 K ve 20.09.1994 tarihli bir kararında, muhtarlara karşı işlenen suçların kamu görevlisine karşı işlenmiş suç olarak kabul edilmesiyle ilgili; "Anayasa'nın "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlıklı 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtildikten sonra, bunların niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği öngörülmüştür.

Söz konusu düzenlemeye 1961 Anayasası'nın 117. Maddesinde de yer verilmiş, maddede Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar eliyle yürütüleceği hükme bağlanmış iken; 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde aynı kamu hizmetlerinin memurlar yanında memur sayılmayan "diğer kamu görevlileri" eliyle de yürütüleceği belirtilmiş,gerekçesinde de, tüm hukuk dallarında bağlayıcı bir memur tanımı yapılmasından kaçınıldığı ve kamu görevlileri ile ilgili genel bir düzenleme yoluna gidildiği açıklanmıştır.

Maddeyle gerekçeye uygun düzenleme yapılmıştır. Aynı değerlendirme 129. maddesindeki düzenleme için de geçerlidir. Bu nedenle, Türk Ceza Yasası'nın memurun tanımını içeren 279. maddesinin Anayasa'nın 128. ve 129. maddelerine bir aykırılığı bulunmamaktadır.

Kaldı ki, sadece Türk Ceza Yasası'nın 279. maddesinde değil, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 4., 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'nın 13. maddelerinde de memur tanımına yer verilmiştir. Çeşitli yasalar ile yapılan memur tanımları sadece o yasanın uygulanması bakımından geçerli olup, Türk Ceza Yasası

⁵⁵⁶ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9b1e247f-8bbf-4845-a9ed-cbc3ce22b662?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (01.01.2015).

uygulamasında bağlayıcı bir niteliği yoktur. Türk Ceza Yasası uygulaması yönünden kimlerin memur sayılacağı Yasa'nın 279. maddesinde gösterilmiş olup, bu Yasa'daki memur kavramı ile idare hukuku alanındaki memur kavramı arasında bir aynılık da söz konusu değildir. Ceza uygulamasındaki memur kavramı, kapsam bakımından idare hukukundaki memur kavramından farklı niteliktedir.

Türk Ceza Yasası'nın 279. maddesinin birinci fıkrasında Ceza Yasası uygulaması bakımından kimlerin "memur" sayılacağının belirlenmesine karşın ikinci fıkrasında, yine Ceza Yasası uygulamasında kimlerin "kamu hizmeti ile görevli kimse" sayılacağı açıklanmıştır. Bu nedenle, maddede memurlarla, kamu hizmetiyle görevli kimseler birbirlerinden ayrılmakta, iki farklı kamu görevlisi tanımı yapılmaktadır. Öğretideki ağırlıklı görüş de bu sonucu doğrulamaktadır." hükmünü vermiştir.⁵⁵⁷

Memurlar, kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlidir. Bu görevi genel idare esaslarına uygun olarak yürütmelidirler. Genel idare esasları, idarenin işlevlerini yerine getirmek için, kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir düzendir. Bu düzende idare, kanunun kendisine verdiği yetkiyle ve istihdam ettiği memurları aracılığı ile, aynî ve nakdî olanakları da kullanarak, gerekirse kamu gücünü de bunlara ekleyerek, idari, icrai, tek yanlı işlemler ve eylemler yaparak, kamu hizmetlerini yerine getirir, kamu düzenini sağlar, ulusal güvenliği korur, özel kesimi ekonomik açıdan özendirir, kendi iç düzenine ilişkin etkinliklerde bulunur. Bu etkinlikleri yerine getirmekte kullandığı araç ise, memurlardır. İdare ile memur arasındaki hukuki ilişki kanunlarla düzenlenir. Memur, önceden var olan bir kadroya, atama işlemi ile girer. Memurun yerine getirdiği görev, kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için aslidir ve süreklilik taşır. Ancak 1982 Anayasası, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, memur kavramına ek olarak “diğer kamu görevlileri” kavramına da yer vermiştir. Diğer bir ifade ile Anayasa, kamu hizmeti görevlilerini, sadece memurlardan ibaret görmemektedir. “Diğer kamu görevlisi” kavramı kapsamındaki kişiler de idare ile sözleşme ilişkisi içerisindedirler. Bunlara örnek olarak sözleşmeli personelleri, devlet memurluğuna bağlı olmayan ve kendi personel

⁵⁵⁷ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b3c04249-6ad8-4deb-be5d-856c0d677bef?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (01.01.2015).

kanunları bulunan üniversite öğretim elemanlarını, subayları, hakimleri gösterebiliriz.⁵⁵⁸

3.2.5.1.2. İdare Hukukunda Kamu Görevlisi

İdare Hukukuna göre bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için o kişinin, Devlet örgütünde veya kamu kesiminde yer alan bir örgütte çalışması zorunludur. Bu koşulun mevcut olmadığı durumlarda, kişinin ifa ettiği hizmetin kamu hizmeti olması veya yürüttüğü faaliyetin kamusal nitelikte olması kamu görevlisi sayılması için yeterli görülmemektedir. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1 inci maddesine göre avukatlık hizmeti kamu hizmeti sayılmakla birlikte, bir kamu kurumunu veya kuruluşuna bağlı olarak çalışmayan ve mesleğini serbest olarak icra eden bir avukatın idare hukuku bağlamında kamu görevlisi sayılması mümkün değildir. İdare Hukukunda kamu görevlisi kavramı, değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki statülerine ve hiyerarşik durumlarına bakılmaksızın kamu kesiminde çalışan tüm görevlileri kapsamaktadır. Bu anlamda kamu görevlisi kavramı için kamu personeli tabiri kullanılır. Dar anlamda kamu görevlisi ise, Anayasanın 128 inci maddesinde ifade edildiği gibi, kamu tüzel kişilikleri ile kamu iktisadi teşebbüslerinin genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden kişileri ifade etmektedir. İdare Hukukunda kamu görevlisi kavramı, dar anlamda kullanılmaktadır.⁵⁵⁹

"14.07.1965 tarihinde 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanunun değişik 4. maddesi, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görüleceğini belirttikten sonra (A) bendinde memuru şöyle tanımlamıştır: "*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu kanun uygulamasında memur sayılır.*" Devlet Memurları Kanunu, aslî ve yardımcı hizmetler ayrımını benimsemesine rağmen (DMK. m.36) kendisinden önceki memur kanununun aksine her iki tür hizmetin de memurlar eliyle görüleceğini hükme bağlamıştır. Böylece memur kavramı daha önce yardımcı hizmetlerde istihdam edilen hizmetlileri de içine alacak

⁵⁵⁸ Dönmez, ss.99-100.

⁵⁵⁹ Aydın, ss.115-116.

şekilde genişletilmiştir. Devlet Memurları Kanunu'nun belirtilen bu düzenlemeleri karşısında, devlet memurunun taşınması gereken nitelikleri şöyle sıralanabilir:

1)Devlet memuru, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip diğer kuruluşlarda çalışır.

2)Memurlar, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini yerine getirirler.

3)Memurların gördüğü görevler aslî ve sürekli görevlerdir.

Bu hükümler ve bilgiler ışığında idare hukukuna göre memur, devlet ya da bir kamu tüzel kişiliğinde, aslî ve sürekli biçimde kadrolu olarak kamu hizmetini yürüten kimse olarak tanımlanabilir.⁵⁶⁰

Memur, kamu hizmetleri kadrosuna daimi olarak girmiş, onunla birleşmiş ve onun içinde kaynaşmış kimsedir. Bu sebeple kadro ve memur hizmetin unsurlarıdır, yani mütemmim cüzleridir ve ondan hiçbir surette ayrılamazlar. Kamu idare örgütü, kadro ve memur bir bütün teşkil eder ve aynı kurallara tabidirler. Bu nedenle memurun kadrodaki görev ve işinden başka iş alanında bir uğraşı yoktur. Memur kendisini daimi bir surette kamu hizmetine adanmış ve hizmetin kadrosu, hiyerarşisi içinde kaynarak kaybolmuş, yani iş hayatında, hukuki bakımdan ferdiyetini kaybetmiştir. Onun hizmetten ayrılabilmesi de hizmetin gereklerine göre ayrı bir takım kurallara tabi olduğu gibi bazen de imkansızdır. Memur kendisine bir kamu hizmeti verilen kimsedir. Memur sıfatının tayini için ilk olarak bakılacak nokta; kişinin ifa ettiği faaliyetin konusunun içeriğidir. Bu faaliyet devlete ait bir faaliyet olsa da kamu hizmeti mahiyetinde bulunmadığı takdirde onu yapan kimse memur sayılmaz. İdare hukuku açısından da "kamu hizmeti", devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri ya da bunların gözetimi ya da denetimi altında bir özel girişim tarafından genel ve ortak gereksinimleri karşılamak ve gidermek, kamu yararını sağlamak için yürütülen, kamuya sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.⁵⁶¹

3.2.5.1.3. Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/c fıkrasında kamu görevlisi; " *Kamu görevlisi* deyiminden; *kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla*

⁵⁶⁰ Zengin, ss.11-12.

⁵⁶¹ Özen, ss.31-32.

ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi," olarak tanımlanmıştır. Bu tanım hem çok geniş , hem de belirsizlikler taşımaktadır. Madde gerekçeleri incelendiğinde bu kamu görevlisi tanımı için;

"765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakinlerini aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, **kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.**

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır."⁵⁶² denilmektedir.

Görüldüğü gibi kanun gerekçesinde kamu görevlisi sayılmak için tek ölçüt, faaliyetin kamusal bir faaliyet olması olarak alınmıştır.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için belli şartların oluşması gerekir. Bunlardan ilki yürütülen işin kamusal faaliyet olması; ikincisi, bu işin yürütülmesine katılan kişinin faaliyete katılma şekli; üçüncüsü, faaliyetin niteliği ve dördüncüsü ise kişinin idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır. İlk üç şart, maddedeki tanımdan açık olarak anlaşılabilen buna karşılık dördüncü şart gerekçede kendisini ortaya koymaktadır.⁵⁶³

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli

⁵⁶² TCK Madde Gerekçeleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc , (01.01.2014).

⁵⁶³ Dönmez, ss.114-115.

veya geçici olarak katılan kişidir. Daha özet bir ifadeyle kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişiye kamu görevlisi denilmektedir. Bu anlamda Cumhurbaşkanından kamu işçisine kadar herkes kamu görevlisi sayılabilmektedir. Bu tanıma gönüllü veya zorla hizmete alınanlar, ücret karşılığında çalışanlar, kadrolu veya kadrosuz çalışanlar, idare hukukuna tabi olarak çalışanlar, silahlı kuvvetler mensupları, üniversite öğretim üyeleri, memurlar, işçiler, kamu hizmetinin gerektirdiği, sürekli ve asli işlerde çalışanlar ve sözleşmeli personel girmektedir. Buna karşılık kamusal faaliyetin yürütülmesine ihale yoluyla katılan kişi, kamu görevlisi sayılmamaktadır.⁵⁶⁴

Kamu görevlisi sıfatının birçok suçlarda bir unsur olarak kabul edilmesinin nedeni bu gibi suçların ancak bir kamu görevlisi tarafından veya bir kamu görevlisi aleyhine işlenebilmeleridir. Failin veya mağdurun kamu görevlisi olmasının ağırlaştırıcı bir neden sayılmasının esasını, kamu görevlilerinin suiistimallerine, keyfi ve yetki dışı hareketlerine karşı bireyleri korumak veya kamu görevlilerini halkın tecavüzlerine karşı daha özel bir şekilde korumak düşüncesinde aramak gerekir. Gerçekten kamu görevlisi, sıfat ve görevleri dolayısıyla idareye karşı fertlere oranla daha kolay suç işleyebilecek durumdadır. Özel bir kişinin bir kamu idaresi şubesinin kasasını soymasıyla, bizzat veznedarın veya diğer şube kamu görevlilerinden birinin bu suçu işlemesi arasında maddi imkan ve kolaylık bakımından çok fark vardır. Bilinen bir gerçektir ki suçun işlenmesinin kolay olduğu her yerde kanun cezayı arttırmaktadır. Özellikle istifade ettiği hukukî koruma ve elinde bulunan güç, vasıta ve kolaylıklar kamu görevlisini suç işlemeye yöneltebilir. Bundan başka kamu görevlileri tarafından veya kamu görevlileri aleyhine işlenen tüm bu suçlar dolayısıyla sonuç olarak devlet idare ve mekanizması tehlikeye maruz kalır. İşte kamu görevlisi sıfatına ceza kanunlarının uygulanmasında verilen önem bundan ileri gelmektedir.⁵⁶⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kamu görevlisi kavramını idare hukukuna çok daha geniş yorumladığı açıktır. Yasa koyucunun önceki yasada bulunan "memur" kavramı yerine "kamu görevlisi" kavramını kullanması, kavramın anlaşılmasını sağlayacağına çok daha fazla karışıklığa yol açmıştır. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak "yegane ölçüt" gördüğü

⁵⁶⁴ Aydın, s.118.

⁵⁶⁵ Zengin, ss.13-14.

işin bir “kamusal faaliyet” olmasıdır, denilmektedir. Görüldüğü gibi Yeni Türk Ceza Kanunu memur kavramından ve tanımından tamamen vazgeçmiş bunun yerine “kamu görevlisi” terimini benimsemiş ve bunun da tanımını yapmıştır. Artık yeni TCK kamu görevi kamu hizmeti tartışmalarını, memur, sözleşmeli ve geçici personel ayrımlarını bir tarafa bırakmıştır. Eski TCK kapsamında kamu görevini yapanlar ile kamu hizmeti ile görevli sayılan kimseler artık yeni düzenleme ile TCK anlamında kamu görevlisi sayılacaklardır. Yani kamu otoritesi (devlet) adına yürütülen bir faaliyetin icrasına kamu hukuku usulüne göre iştirak eden herkes kamu görevlisidir. Kamu görevlisinin bu göreve seçimle veya tayin yoluyla getirilmesinin, sürekli veya geçici olarak bu görevi üstlenmesinin, bu görev nedeniyle kişiye para veya sair bir menfaat temin edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Bu itibarla, yeni TCK 'da kamu görevlisi kavramı memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir. Yapılan faaliyetin niteliği kamusal faaliyet olduktan sonra bu faaliyete katılan herkes kamu görevlisidir.⁵⁶⁶

"Burada kamu görevlisi kapsamının sınırlanması gerektiği açıktır. Ancak sorun yegane ölçüt olarak ortaya konulan "kamusal faaliyet" in ne olduğudur. Bir diğer sorun kaynağı ise 6/c maddesindeki "her hangi bir surette" ibaresidir ki, bu ifadeler kamu görevlisi kavramının kapsamını çok genişletmektedir.

Kamusal faaliyetten söz edilebilmesi için öncelikle kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı şarttır. Bu hizmet herhangi bir hizmet değil, kamu adına yürütülen bir hizmet olmalıdır. Toplum halinde yaşamının bireylere yüklediği toplumsal görevleri yerine getirmek amacıyla örgütlenip yürütülen hizmetler, kamu adına yürütülen hizmet sayılır. Bu çerçevede Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerin yürüttüğü hizmetler kamu hizmeti niteliğindedir. Bununla birlikte “kamusal faaliyetin” esas itibarıyla “ kamu hizmeti” olduğu, bu nedenle Anayasa ve İdare Hukukundaki kamu hizmeti kavramından yararlanabileceği düşünülebilirse de aralarında bir takım farklılıkların olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle İdare Hukukunda kamu hizmeti terimi, en geniş anlamıyla “kamuya yararlı hizmet” kavramını kapsayacak şekilde kullanılmakta, bu nitelikte hizmetin özel hukuk hükümleri uyarınca idare eliyle örgütlenmesi veya bizzat özel kişilere gördürülmesi durumunda dahi, söz konusu hizmetler kamu hizmeti sayılmaktadır. Oysa ki, özel

⁵⁶⁶ Zengin, ss.13-14.

hukuk hükümleri uyarınca veya özel kişilerce yürütülen bir kamu hizmetinin kamusal faaliyet sayılması mümkün değildir. Bir başka anlatımla, 5237 sayılı TCK'nın 6'ncı maddesindeki kamu görevlisi, kamu görevi ifade edenler dışında, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olarak kamu kuruluşlarınca veya kamu kuruluşlarının yakın denetimi altında yürütülen kamu hizmeti ifade edenleri de kapsamaktadır."⁵⁶⁷

Kullanılan kavramları idare hukukundan bağımsız olarak değerlendirip konuyu ceza hukukunun ihtiyaçlarını dikkate alarak değerlendirmeye çalışır isek, o takdirde kamusal faaliyetin kamu görevi ve kamu hizmeti ifa edenleri kapsadığını düşünüp, kamuya yararlı bir faaliyetin yürütülmesine katılanları bu kapsamın dışında bırakabiliriz. Bizce böyle bir değerlendirmenin kabulü sınırsızlığın önüne geçecektir. Sonuç olarak, kamu görevi ve kamu hizmeti görenler kamu görevlisi kavramı içerisinde değerlendirilecek, kamuya yararlı iş görenler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Bu değerlendirme, hem çerçeveyi çizecek hem de kamu faaliyetinin yürütülmesine 'herhangi bir surette' katılma ifadesinin genişliğini ortadan kaldıracaktır.⁵⁶⁸

Türk Ceza Kanunu'nda yeterince açık olmayan kamu görevlisi kavramı, yargı kararları ile daha netleşeceği inancındayız.

3.2.5.2. 4483 sayılı yasa kapsamında ceza yargılaması

Memur Yargılanmasında uygulanan başlıca sistemlerin, Yargısal Güvence ve Yönetmel Güvence sistemleri olarak iki ana dala ayrılması mümkündür. Başta İngiltere olmak üzere, Anglo-Sakson hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde benimsendiği bilinen yargısal güvence sistemine göre, memur hakkında bir suç isnadında bulunulduğunda, bütün işlemler adli makamlar tarafından yürütülmekte, izin vs. adı altında hiçbir şekilde sürece idari makamların müdahalesi söz konusu olmamaktadır. Buna karşılık, Yönetmel (idari) güvence sisteminde , ya baştan sona bütün yargılama (yargılama sistemi), yahut sadece soruşturma (soruşturma sistemi) aşaması idari makamlarca, yargılama aşaması ise adli makamlarca yerine getirilmektedir. Yönetmel Güvence sisteminin üçüncü türünü teşkil eden izin sisteminde ise, idari makamlar, adli makamların soruşturma başlatmaları için izin vermekte, bundan sonraki bütün aşamalar (soruşturma ve yargılama) adli

⁵⁶⁷ Aydın, s.120.

⁵⁶⁸ Dönmez, ss.120-121.

makamlarca yerine getirilmektedir. Bu son durumda, yönetsel güvence sisteminin yargısal güvence sistemine oldukça yaklaştırıldığını söyleyebiliriz.⁵⁶⁹

Memurlar, yürüttükleri görev nedeniyle pek çok kişi ile ilişkiye girmekte, onların hak ve menfaatine dokunacak işlem ve eylemler yapmaktadırlar. Bu durum, kişilerin husumetine neden olabilir ve memuru korkutmak, yıldırım gibi asılsız gerekçelerle mahkeme önüne çıkarılmasına yol açabilir. Bunları önlemek için, memurların soruşturulmasında özel yöntemler gerekmiştir. Memurlar, kamu hizmeti yürütmektedir. Her türlü iddiada memurların adliyeye sevk edilmeleri, memurları tedirgin ederek hizmetin düzenli işleyişini aksatır Memurlar statü hukukuna bağlı olarak çalışmaktadırlar ve bunun sonucunda da bazı güvencelere sahip olmaktadır. Bu güvencelerden en önemlisi, özel bir soruşturma usulüne tabi olmalarıdır. Memurlara özel bir soruşturma usulünün uygulanması, bir ayrıcalık değil, memur olmanın güvencesidir. Kamu hizmetlerinin, sürekli, düzenli ve kamu yararını gerçekleştirecek şekilde işleyebilmesi, memurların belli bir güvence içinde hareket etmesine bağlıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 1967 tarihli bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamaktadır; "...*Kanun memurlara, bir zümre bir sınıf olarak imtiyaz tanımakta değildir. Kanunun sağladığı bir çeşit teminattır. Bu da kamu hizmetinin iyi işlemesi için düşünülmüş, düzenlenmiştir. Memur gördüğü hizmet yüzünden sık sık isnat ve iftiralara uğrayabilir. Kendisine memuriyetiyle ilgili suç isnat edilen her memurun, hemen adliyeye sevk edilmesi memurları tedirgin ederek hizmeti aksatır hem de hizmetin yürütülüşü üzerinde bir takım haksız şüphelere yol açabilir. Bu çeşit iddiaların önce kamu hizmetinin gereklerini ve memur psikolojisini iyi bilen kimselerin süzgecinden geçirilmesi ve ortada kovuşturmaya değer bir eylem kalırsa, o zaman işin mahkemenin eline bırakılması kamu hizmetinin yararına bir tedbirdir ve kanunun sağladığı da budur.*"⁵⁷⁰

1982 Anayasası'nın 129. maddesinin son fıkrasına göre ; " *Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*" Bunun yanında 657 sayılı Devlet Memurları

⁵⁶⁹ Ali Akyıldız, "Memur Yargılamasında İdari Süreç", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf , (03.01.2015), s.8.

⁵⁷⁰ Mustafa Avcı, "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XI, Sayı:3-4, 2007, ss.274-275.

Kanunu'nun 24. maddesinde ise " *Devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması ve haklarında dava açılması özel hükümlere tabidir.*" hükmü getirilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi memurlar ve kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla işledikleri suçların yargılanması usulü diğer yurttaşlardan farklılık arz etmektedir.

"Roma İmparatorluğundan günümüze kadar bir çok uygarlıkta kamu görevlisinin devleti temsil etmesi nedeniyle yasal koruma altında tutulduğu, her isteyen istediği zaman kamu görevlisi aleyhine dava açamaması için bazı yasal düzenlemelerin bulunduğu bilinmektedir. Kıta Avrupa'sında da gerek Fransız ve gerekse Alman hukukunda kamu görevlisine benzer korumaların sağlandığı görülmektedir. Fransız Devrimi sonrası, kamu görevlileri için izin sistemi getirilmesi, temelde yönetenlerin yargıya güvenmemesinden kaynaklanmaktaydı. Ancak daha sonraları Fransız hukukunda izin sistemi terk edilmiştir.

Ülkemizde ise, 19. yüzyıla dek kamu görevlilerinin yargılanmasıyla ilgili bir yasa bulunmamaktadır. Osmanlı Devletinde II.Mahmut döneminde Meclis-i Valay-ı Ahkâm-ı Adliye (Şuray-ı Devlet) adıyla oluşturulan kurulun görevlerinden birisi de, memurların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçları soruşturmak ve ayrıca yargılama görevini ifa etmek idi. Tanzimat Fermanından sonra 1855 tarihli Men-i İrtikâba Dair Cezaname Lahiyası adıyla çıkarılan bir kanunla, memurların şahsi suçları teminat dışı bırakılmıştır. Memur suçlarının soruşturulması ve memurların yargılanması konusunda ilk kapsamlı hukuksal düzenleme 1872 tarihli Memurin Muhakematı Nizamnamesi ile yapılmıştır. Bu nizamname ile memurların görevlerinden doğan suçlar nedeniyle haklarında uygulanacak usuli işlemler tespit edilmiş ve ayrıca Şurayı Devlet Nizamnamesi çıkarılarak memur suçlarının soruşturulması hakkındaki düzenleme Danıştay ile irtibatlandırılmıştır. Bu nizamnameye göre memurlar hakkında görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlar için son soruşturmanın açılmasına gerek olup olmadığına yönelik bir tahkikat yapılması ve son soruşturmanın açılmasına gerek duyulması halinde ise bunun da idari makamlar tarafından yapılması öngörülmekte idi."⁵⁷¹

⁵⁷¹ Serdar İğdeler, **4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**, <http://www.mersin.gov.tr/FileHandler.ashx?id=b0b1475f-7f67-4af5-851f-cd67321d08ef> , (KAMU), (02.01.2015).

Bu dönem, kamu görevlisinin yargılanmasında "idari dönem" olarak adlandırılmaktadır. Adından da anlaşılacağı gibi bu dönemde kamu görevlisi hakkında gerek soruşturma ve gerekse kovuşturma işlemleri idare tarafından yapılmaktaydı. Diğer bir deyişle, kamu görevlisi, idarenin güvencesi altındaydı.

"04 Şubat 1329 (1913) tarihinde yürürlüğe konulan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat (MMHKM) ile Türk hukukunda idari dönem terk edilmiş ve "karma sistem" adı verilen sisteme geçilmiştir. Bu kanun ülkemizde yaklaşık 86 yıl yürürlükte kalmıştır. Kalkmadan önce bu kanunun ana hatları şöyle özetlenebilir;

"1-MMHK, memurların görev sırasında veya görevlerinden dolayı isledikleri suçları kapsamaktadır.

2-Bazı görev suçları bu kanuna girmemektedir. Örneğin 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'na göre Cumhuriyet savcısı rüşvet, irtikap, zimmet gibi kanununun 17. maddesinde yazılı suçların işlendiğini öğrendiğinde ilgili kamu görevlileri hakkında doğrudan doğruya ve bizzat soruşturmaya başlamakla beraber, durumu atamaya yetkili amirlerine ve 8. maddede sayılan mercilere bildirir.

4-Kanun memuru (kamu görevlisini) tarif etmediğinden, TBMM 1941 yılında yaptığı 1255 sayılı yorum kararıyla "ceza uygulamasında kimler memursa, ceza kovuşturmasında da onlar memurdur" diyerek, yani Ceza Kanunu'na bakılacağını göstererek bir açıklık getirmiştir. O dönemde yürürlükte bulunan eski Ceza Kanunu, "amme vazifesi" ile "amme hizmeti" yapanları ayırdığından ve ancak "amme vazifesi" yapanları memur saydığından (765 sayılı TCK, m.279) sadece kamu görevi yapanlar MMHK 'ya girmektedir.

5-Kanununun idari makamlara verdiği soruşturma iki aşamada toplanmaktadır: Birincisi, soruşturma yapılması (iptidaî tahkikat), ikincisi sonuç çıkarılması (idarî tetkikat). Memurun görev suçu işlediği anlaşılırsa, amirin emri ile "iptidaî tahkikat" yapılır. Bu soruşturma amir tarafından veya çoğunlukla amirin soruşturma ile görevlendirdiği soruşturmacı memur (muhakkik) tarafından yapılır ve dosya fezleke ile birlikte idarî soruşturmayı yapacak idarî kurula sunulur. İdarî soruşturma üzerine sonuç çıkarıp karar verme faaliyeti daima bir kurul tarafından yapılır. Bu kurullar, memurun sıfatına göre, ya ilçe veya il idare kurulu ya Danıştay ikinci

dairesi ya da merkez daireleri müdürlerinden oluşan kurullardır. İdari soruşturma sonunda memur hakkında “lüzum-u muhakeme” veya “men-i muhakeme” kararı verilir. Lüzum-u muhakeme kararı verilmişse kamu davası açılır ve kovuşturma aşamasına geçilir.

6-Memur hakkında kovuşturma, adlî mahkemelerde yapılır. Suçun MMHK’ya girmediği duruşmada anlaşılırsa, duruşmaya devam edilmez. Dosya ilgili kurula gönderilir.”⁵⁷² Görüldüğü gibi bu kanunla karma sisteme geçilmiş, soruşturma idare tarafından, kovuşturma ise yargı tarafından yapılmaya başlanmıştır.

86 yıl uygulanan bu "geçici" kanun 04.12.1999 tarihine yayınlanan 4483 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun" ile yürürlükten kaldırılmıştır. 4483 sayılı kanun ile beraber karma sistem de terk edilmiş ve yerine "izin sistemi" getirilmiştir. Bu sisteme göre memur ve kamu görevlilerinin işlediği suçlarda hem soruşturma hem de kovuşturma evreleri yargıya bırakılmış, sadece bu evrelerden önce izin şartı getirilmiştir. Kanuna göre memurlar ve kamu görevlilerinin görevleriyle ilgisi olmayan suçları genel ceza yargılaması usullerine göre yapılmaktadır. Kanun kapsamı dışındaki haller, 3628 sayılı Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halleridir. Bu haller dışında, kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar bu kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Kamu hastanelerinde çalışan hekimlerin de bu kanun kapsamında yargılanabilecekleri açıktır. Bu nedenle kanunu biraz daha inceleyeceğiz.

1999 yılında kabul edilen 4483 sayılı kanunun 1 ve 2. maddelerinde;

"Madde 1-Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.

Madde 2 – Bu Kanun,Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

⁵⁷² Zengin, ss.30-31.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.

(Ek: 2/1/2003-4778/33 md.) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz." hükümleri getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, 1. maddede "izin vermeye yetkili merci" den söz edilmekte, yetkili savcılığın soruşturma için izin alması gerektiği belirtilerek "izin sistemi" ne geçildiği vurgulanmıştır. 2. maddede ise, kimlerin hangi suçlardan dolayı bu kanun kapsamında sorumlu olacağı tanımlanmakta ve istisnai durumlar vurgulanmaktadır. Buna göre asli ve sürekli görev yürüten memurlar ve kamu görevlileri "görevleri sebebiyle işledikleri suçlar" nedeniyle bu kanun kapsamında yargılanabileceklerdir. Önceki kanun olan MMHKM ta ise sadece görev sebebiyle değil, "görev sırasında" işlenen suçları kapsamaktaydı.

"Görev, memur ve diğer kamu görevlilerinin kanun, tüzük ve yönetmelikler ile 657 sayılı Kanunun 11. maddesine uygun olarak belirtilen işleri yapmak olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir ifade, memur ve diğer kamu görevlileri mevzuat ya da amirleri tarafından verilen görevleri yapmakla sorumlu ve yükümlüdürler. Kast edilen idari görevdir.

Görev sebebiyle işledikleri suçlar, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin memuriyet görev ve işlemlerinin yapılması ya da yapılmaması nedeniyle işlenebilen suçlardır. Suçun memuriyete mahsus yerde veya çalışma saatleri içinde işlenmesi şart değildir. Önemli olan suçun görevden kaynaklanması, hizmetle ilgisi olması ve memurun yetkilerini kullanması veya kullanmaması yoluyla işlenmesidir. Bu tür suçlar ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından işlenebilir.

Görev sırasında işlenen suçlar ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.05.1964 gün ve 223/219 sayılı kararında tanımlanmıştır. Buna göre, Devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin belirlenmiş çalışma saatleri içinde ve yerlerinde buldukları sürece görevli sayılacakları, bu sırada işledikleri suçların

görev sırasında işlenmiş suç sayılacağı, ancak mevzuatça belirlenen usul ve esaslar dışında işledikleri suçların görev sırasında işlenmiş suç olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile görev sırasında işlenen suç, anlamından da anlaşılacağı üzere görev yapıldığı sırada işlenen suçtur, işlenen suçun görevle ilgisi aranmaz, sadece görev yerinde ve görev zamanında işlenmiş olması yeter sebeptir. Görev sırasında işlenen suçlar, memurlar ile memurlar dışındaki herkes tarafından işlenmesi mümkün olan suçlardır. Bu tür suçlara örnek vermek gerekir ise, bir memurun görevi sırasında herhangi bir nedenle iş sahiplerine ya da diğer memurlara hakaret etmesi veya müessir fiilde bulunmasını ifade edebiliriz. Bu hallerin de memurun görevi dışında bir şahsa hakaret etmesi ya da müessir fiilde bulunması gibi kabul edilerek hakkında genel hükümler uygulanacaktır. Böylece suç kapsamı daraltılmıştır."⁵⁷³

Gökcan'a göre, görev nedeniyle işlenen suç; memurun yasal düzenlemelerle kendisine verilen görevlerinden doğan ve bu görevleriyle ilgili olan suç anlamına gelmektedir. Görev sırasındaki suç ise, görevin kendisi ile ilgili olmadığı halde görevin yapıldığı sırada başka bir nedenle işlenen suçtur. Yargıtay bu kavramı dar yorumlama eğilimindedir. Özellikle yaralama ve sövme eylemlerinin görevle bağdaşmadığı ve bu suçların görev nedeniyle işlenemeyeceği kabul edilmektedir. Buna göre örneğin, Devlet hastanesinde muayene için gelen hastaya yazılacak ilaç konusunda tartışıp hastaya söven doktorun bu eylemi görev nedeni ile olmayıp, görev sırasında olduğundan soruşturma yöntemi genel hükümlere göre yapılacaktır. Yine aynı doktorun görevi sırasında gelen ev sahibi ile kira konusunda tartışıp sövmesi eylemi kişisel nedenle ve görev sırasında işlenen suç olduğundan genel hükümlere tabi olacak ve cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan soruşturulacaktır.⁵⁷⁴

Kanun'un 3. maddesinde izin vermeye yetkili merciler tanımlanmıştır. MMHKM'nin tersine 4483 sayılı kanunda izin verme yetkisi kurullara değil yetkili kişilere bırakılmıştır. Önceki kanunda yetkili kurulların baskı altında kalabileceği, etkilenebilecekleri, ya da siyasi, dini, etnik ve benzeri nedenlerle taraflı kararlar verebileceği gibi eleştiriler öne sürülmüştür. Yeni kanun da bu yetkinin tek kişiye bırakılmasının bu sakıncaları daha da artırabileceği, hatta güçlü siyasi iktidarların

⁵⁷³ İğdeler, (KAMU), ss.2-3.

⁵⁷⁴ Gökcan, (TIBBİ), s.506.

istedikleri kamu görevlisinin yargılanmasına, istemedikleri kamu görevlerinin ise yargılanmamasına yol açabileceği yönünde eleştiriler de bulunmaktadır.

Kanunun 3. maddesi metni şu şekildedir;

"Madde 3 – Soruşturma izni yetkisi

a) İlçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kaymakam,

b) İlde ve merkez ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında vali,

c) Bölge düzeyinde teşkilatlanan kurum ve kuruluşlarda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında görev yaptıkları ilin valisi,

d) Başbakanlık ve bakanlıkların merkez ve bağlı veya ilgili kuruluşlarında görev yapan diğer memur ve kamu görevlileri hakkında o kuruluşun en üst idari amiri,

e) (Değişik : 17/7/2004-5232/1 md.) Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilâtında görevli olup, ortak kararla atanan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ilgili bakan veya Başbakan,

f) Türkiye Büyük Millet Meclisinde görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri ve yardımcıları hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,

g) Cumhurbaşkanlığında görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri hakkında Cumhurbaşkanı,

h) Büyükşehir belediye başkanları, il ve ilçe belediye başkanları; büyükşehir , il ve ilçe belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyeleri hakkında İçişleri Bakanı,

i) İlçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında kaymakam, merkez ilçelerdeki belde belediye başkanları ve belde belediye meclisi üyeleri hakkında buldukları ilin valisi,

j) Köy ve mahalle muhtarları ile bu Kanun kapsamına giren diğer memurlar ve kamu görevlileri hakkında ilçelerde kaymakam, merkez ilçede vali,

Yokluklarında ise vekilleri tarafından bizzat kullanılır.

Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır.

Ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde izin, üst memurun bağlı olduğu merciden istenir."

Kanun'un 3. maddesinde "yetkili merci" kavramı yeterince açık anlatılmasına rağmen, uygulamada bazen ciddi hatalar olabilmektedir. Danıştay 1.Daire'sinin 2009/1060 E, 2009/1350K sayılı ve 07.10.2009 tarihli bir kararında şu vurgu yapılmaktadır ; " *Dosyanın incelenmesinden, şikayetin işleme konulmamasına ilişkin İçişleri Bakanının 13.3.2009 tarih ve İNS. 08.06.614 sayılı kararında adı geçenin Ankara İli, ... İlçesi Belediye Başkan Yardımcısı ve aynı zamanda Belediye Meclis üyesi olduğu şikayet konusu eylem ilgilinin belediye başkan yardımcısı görevinden kaynaklandığı, bu nedenle 4483 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin (a) bendi uyarınca ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesi aynı şekilde şikayetin işleme konulması veya konulmaması konusunda karar vermeye yetkili merciin kaymakam olması gerektiği anlaşıldığından ve Kanunda belirtilen makamlara bizzat kullanılmak üzere verilmiş münhasır yetkinin üst makam da olsa, başka bir makamca kullanılması mümkün bulunmadığından, bu husus gözetilmeden tesis edilen ..."* ⁵⁷⁵

Kanun'un 4. maddesinde ise, kamu görevlisi hakkında bir ihbar veya şikayet durumunda savcılık tarafından izlenecek yol şu şekilde tanımlanmıştır;

"Madde 4 – Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler.

Diğer makam ve memurlarla kamu görevlileri de, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlendiğini ihbar, şikayet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrendiklerinde durumu izin vermeye yetkili mercie iletirler.

⁵⁷⁵ http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104356.pdf , (15.02.2015).

(Değişik üçüncü fıkra: 17/7/2004-5232/2 md.) Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur.

(Değişik dördüncü fıkra: 17/7/2004-5232/2 md.) Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır."

Bu maddeye göre; savcılığa ulaşan bir ihbar veya şikâyet durumunda, savcıların kamu görevlisini doğrudan ifadeye alma yetkisi bulunmamaktadır. Savcılık derhal, acil ve kaybolma riski olan kanıtları toplayacak ve izin vermeye yetkili makama izin için başvurabilecektir.

Bu fıkrada geçen "Cumhuriyet Başsavcıları" ifadesini, o yargı çevresinde bulunan tüm savcılar şeklinde anlaşılması gerekir. Zira bu görevler Başsavcı tarafından bizzat ifa edilebileceği gibi, görevlendireceği diğer savcılar eliyle de yapılabilir. Savcı bu görevini yaparken, ilk olarak, suç isnadı yapılan kişinin, 2.maddede belirtilen "memur ve diğer kamu görevlisi" olup olmadığını, ikinci olarak, 1.madde gereği, suçun "görev sebebiyle işlenip işlenmediğini", sonra da şikâyetin 4.maddede belirtilen niteliklere sahip olup olmadığını takdir edecektir. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise , bir memurun görev sebebiyle suç işlediğini ihbar, şikâyet, bilgi, belge veya bulgulara dayanarak öğrenen tüm kamu görevlileri, bu durumu, soruşturmaya izin vermeye yetkili mercie bildirmek zorundadırlar. Savcı ya da izin vermeye yetkili merci ihbar ya da şikâyetin, yukarıda belirtilen niteliklere sahip olmadığını tespit ederse, işleme koymaz, durumu şikâyette bulunana bildirir. Kuşkusuz, ihbar ve şikâyetin bu niteliklere sahip olup olmadığının takdiri, savcı ya da ilgili mercie aittir.⁵⁷⁶

⁵⁷⁶ Avcı, ss.280-281.

Burada sorun, savcının "diğer kamu görevlisi" kavramını nasıl yorumlayacağındadır. Anayasa Mahkemesinin 1992/44 E, 1992/7 K ve 09.02.1993 tarihli kararında, bir belediye müstahdeminin 4483 sayılı memurların yargılanması yasası kapsamına alınmaması konusunda şu kararı vermiştir; "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnaları dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*"

Bu kuralda sözü edilen "Memurlar ve diğer kamu görevlileri" nin görevlerinin kapsam ve niteliği Anayasa'nın 128. maddesinde belirlenmiştir.

Burada, Anayasa'nın 128. ve 129. maddelerindeki memurlar ve diğer kamu görevlileri sözcüklerinin, 1580 sayılı Yasa'nın 102. maddesinde yer alan işçi konumundakiler dahil belediyede çalışan şoförleri de içeren "müstahdemleri" sözcüğünü kapsayıp kapsamadığı üzerinde durulması gerekmektedir.

Sağlıklı bir sonuca varabilmek için Anayasa'daki konuyla ilgili yaklaşımların göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasa'nın yürütme bölümünde, "İdarenin esasları", "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği" başlığını taşıyan 123. madde sinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı belirtildikten sonra, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması öngörülmüş ve "İdarenin kuruluşu" başlığını taşıyan ayırımdaki 126. maddede "Merkezi idare", 127. maddede ise "Mahalli idareler" kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "...Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi ..." hükmündeki "esaslar" sözcüğü ile 128. maddesinin birinci fıkrasında geçen "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmünde geçen "genel idare esasları" deyimini, kamu görevinin anayasal dayanağıdır.

Devletin, Anayasa'nın 5. maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülükleri yerine getirirken bu esasların göz önünde bulundurulması, yasal düzenlemelerin de buna uygun olması gerekir. İster "merkezden yönetim", ister "yerinden yönetim" esası olsun, hepsi genelde idare çatısı altında ve "idarenin bütünlüğü" ilkesi kapsamında aynı esaslara bağlıdır.

Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri "genel idare esasları" na göre yürütülmektedir. "Genel idare esasları" na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kişiler, yasaların güvencesi altındadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir.

1580 sayılı Belediye Yasası'nın 102. maddesindeki "müstahdem" sözcüğü 29.3.1943 günlü ve 2/19673 sayılı Belediye Memur ve Müstahdemleri Tüzüğü'nün 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, belediyede, yürürlükten kalkan 3656 sayılı Yasa'nın 19. maddesi kapsamına giren görev ve hizmetleri yerine getiren, sözleşmeli ve sözleşmesiz ücret ya da ödenti (aidat) veya gündelikli (yevmiyeli) hizmet kabul edenlere "müstahdem" denilmektedir.

İtiraz konusu kuralda yer alan "müstahdem" terimi bu biçimde geniş kapsamlı olup, Borçlar Yasası'nın 55. maddesine paralel olarak belediyelerde memurlar dışında istihdam edilenlerin tümünü kapsamına alacak niteliktedir. 1475 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde işçi, bir hizmet bağına (akdine) dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişi olarak tanımlanmıştır.

Buna göre 1580 sayılı Yasa'nın 102. maddesinde sözü edilen ve işçileri de kapsamına alan "müstahdemler", biçim ve konumu yönünden Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen nitelikte memur veya diğer kamu görevlilerinden sayılamayacağından, özellikleri nedeniyle "memurlar ve diğer kamu görevlileri" için

Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrası ile getirilen güvenceden "müstahdemler" in yararlandırılması olanaksızdır."⁵⁷⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.02.1995 gün ve 1994/10-74 E, 1995/45 K sayılı kararında; "Diğer kamu görevlileri tanımından anlaşılması gerekenin seçimle göreve gelenler ve ayrıca TRT Yüksek Kurulu Başkanı, Üniversite Rektörü, Senato Üyesi gibi kişiler olduğunu ifade ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, il genel meclis üyeleri, köy ve mahalle muhtarları, ihtiyar meclisi üyeleri, hakim ve savcılar, askeri personel, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim üyeleri, kamu iktisadi teşebbüslerinin personeli diğer kamu görevlisi niteliğindedir. Ancak "diğer kamu görevlisi" tanımına girenlerin tamamı, 4483 sayılı Kanuna tabi değildir. Kendi teşkilat kanunlarındaki hükümler esas alınır.

Örneğin hakim ve savcılar, askeri personel teşkilat kanunları uyarınca, farklı soruşturma usullerine tabi kılınmıştır.

Keza kamu iktisadi teşebbüslerin personeli kanun kapsamında değildir. Zira 4483 sayılı Kanununun 17 nci maddesi ile 339 sayılı KHK.nin 11. maddesinin (d) bendi değiştirilerek teşebbüs genel müdürü ile yönetim kurulu üyelerinin görevlerini icra sırasında işledikleri suçlardan ötürü takibat yapılabilmesi için ilgili bakanın iznine bağlı olup, bu konuda 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, böylece KİT'lerde çalışan diğer görevliler genel hükümlere tabi tutulmuşlardır."⁵⁷⁸ denmektedir.

Kanun'un 5. maddesinde ise ön inceleme süreci anlatılmıştır. Bu maddeye göre;

" Madde 5 – İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.

(Ek fıkra: 17/7/2004-5232/3 md.) Cumhuriyet başsavcılıkları ile izin vermeye yetkili merciler ihbar ve şikâyetler konusunda daha önce sonuçlandırılmış bir ön inceleme olması halinde müracaatı işleme koymazlar. Ancak ihbar veya şikâyet eden kişilerin konu ile ilgili olarak daha önceki ön incelemenin neticesini etkileyecek yeni belge sunması halinde müracaatı işleme koyabilirler.

⁵⁷⁷ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b8821f23-2623-43b7-8c6f-709667d4a0ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (03.01.2015).

⁵⁷⁸ İğdeler, (KAMU), s.5.

Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir.

İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinden belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir. Bu isteğin yerine getirilmesi, ilgili kuruluşun takdirine bağlıdır.

Yargı mensupları ile yargı kuruluşlarında çalışanlar ve askerler, başka mercilerin ön incelemelerinde görevlendirilemez.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler birden fazla ise içlerinden biri başkan olarak belirlenir."

Yasanın getirdiği sisteme göre, ön inceleme, soruşturma izni konusunda karar vermeye yetkili merciin, bu kararını verebilmek için kanaat sahibi olabilmesini sağlamaya yönelik idari bir faaliyettir. Ön inceleme faaliyetinin başlayabilmesi için, yetkili mercii, öncelikle suç isnadından haberdar olmalı, diğer bir deyişle suçu öğrenmeli; sonra, ön incelemeyi başlatmalı, yasada yazılan sürede ve şekilde ön inceleme yapılmalı ve yetkili mercie sunulmalıdır.⁵⁷⁹

Maddede yazıldığı gibi yapılan işlem bir ön incelemedir. Aslında soruşturma niteliği taşımasına rağmen yasa koyucu bu işlemi "ön inceleme" olarak tanımlamıştır. Burada vurgulanmak istenen, ihbar veya şikayetle ilgili yetkili merciin genel bir fikir sahibi olması için yapılan incelemedir. Soruşturma ise, MMHKM tan farklı olarak -görünüşte- yargıya bırakılmıştır. Yine maddenin ilk fıkrasında , yetkili merci bir suç işlendiğinde ön inceleme "başlatır" demektir. Yani yasa, yetkili mercie bir seçenek sunmamış, başlatmasını şart koşmuş, takdir hakkı tanımamıştır.

5. maddenin diğer fıkralarında, sonuçlanmış bir ön incelemenin yeniden açılabilmesi için ancak sonucu etkileyebilecek yeni belge veya belgelerin sunulması gerektiği belirtilmiş, kimlerin ön incelemeci olabileceği ve kimlerin olamayacağı açıklanmıştır.

⁵⁷⁹ Akyıldız, ss.39-40.

Kanun'un 6. maddesinde ise, ön inceleme yapanların yetkileri ve raporları , 7. maddesinde de süreler yazılmıştır;

" *Madde 6 – Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerini haiz olup, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler; hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesini de almak suretiyle yetkileri dahilinde bulunan gerekli bilgi ve belgeleri toplayıp, görüşlerini içeren bir rapor düzenleyerek durumu izin vermeye yetkili mercie sunarlar. Ön inceleme birden çok kişi tarafından yapılmışsa, farklı görüşler raporda gerekçeleriyle ayrı ayrı belirtilir.*

Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir.

Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur.

Madde 7 – Yetkili merci, soruşturma izni konusundaki kararını suçun 5 inci maddenin birinci fıkrasına göre öğrenilmesinden itibaren ön inceleme dahil en geç otuz gün içinde verir. Bu süre,zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilir.

Yetkili merci, herhalde yukarıdaki fıkra da belirtilen süreler içinde memur veya diğer kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda karar vermek zorundadır."

6. maddeye göre ön incelemeyle görevlendirilen kişi veya kişiler ifade alabilecek, her türlü bilgiyi inceleyebilecek, isteyebilecek, bilirkişi görüşü alabilecek, belgeleri isteyip inceleyebilecektir. Bu maddede görevlendirilen ön incelemecinin, yetkili merciin tüm yetkilerine haiz olacağı, daha da ötesi gereğinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabileceği belirtilmektedir. Buradan da anlaşılmaktadır ki, 5. madde de ön inceleme terimi kullanılsa da aslında yapılan bir soruşturmadır, ön incelemeci de savcı pozisyonundadır. Ön incelemeci bu işlemlerden sonra gerekçelerini belirterek bir rapor düzenleyecek ve yetkili mercie sunacaktır.

Ön inceleme raporunda, ön incelemeyi yapanların görüşleri yer alacaktır. Ancak bundan önce raporda şekli olarak ön inceleme emrinin veya görevlendirme yazısının gün ve sayısının, iddia olunan suçun öğrenilme şekli ve niteliğinin, ön

incelemenin başlayış ve bitiş tarihlerinin, ön incelemesi yapılanın kimliği ve memuriyet görevinin, suç tarihinin, tanık dinlenmiş ise bunların ifadeleri ile kimliklerinin ve görev unvanlarının, ön inceleme sırasında bilirkişiye başvurulmuşsa bilirkişinin kimliğinin ve ön incelemesi yapılan kamu görevlisinin savunmasının belirtilmesi gerekmektedir. Raporda, bulgular, her suç maddesi itibariyle ayrı ayrı tartışılmalı; suçun işlenip işlenmediği ve hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisi hakkında savcılıkça soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı hususları irdelenmeli. Adı geçen kamu görevlisi hakkında soruşturma açılması gerekiyorsa soruşturma izninin verilmesi; gerekmiyorsa soruşturma izninin verilmemesi durumu gerekçeleriyle birlikte soruşturma izni vermeye yetkili makamın takdirine bırakılmalıdır.⁵⁸⁰

Kanununun 7. maddesine göre yetkili merci, suçun öğrenilmesinden itibaren 30 gün içinde, gereklilik halinde ise ek 15 gün süre verilerek, en çok 45 gün içinde karar vermek zorundadır. Önceki MMHKM ile ilgili en çok yapılan eleştirinin uzayan soruşturma süreleri olduğu düşünüldüğünde makul bir süre gibi görünmektedir. Ancak kanımca, özellikle ön inceleme açısından süre oldukça kısadır. Zira kamu kurumlarımızdaki yazışmaların yavaşlığı düşünülürse, ön inceleme için yazı ulaştıktan sonra, ifadeleri alma, bilgi ve belgeleri ilgili yerlerden toplama, gerekirse bilirkişi incelemesi isteme, sonuçları yorumlama ve rapor yazma için bu sürenin yeterli olabileceğini düşünmemekteyim.

Süre, yasanın 5/I. maddesine göre, suç işlendiğinin yetkili merci tarafından öğrenildiği an başlar. Peki bu öğrenme ne zaman gerçekleşmiştir? Tebligat kanunu hükümleri göz önüne alınırsa, her halde ihbar veya şikayet dilekçesinin yetkili merciin kurumunda resmi kayda girdiği gün, başlangıç sayılabilir. Ancak bu pek gerçekçi olmamaktadır. Çünkü bakanlıklarda, böyle bir evrakın bakana ulaşması ciddi bir süreyi alabilmektedir. Zaten çok kısa olan karar verme süresinin bir kısmı da böyle hiçbir şey yapamadan geçince, ön inceleme iyice anlamsızlaşmaktadır. Bu sebeple, genel eğilim, sürenin, yetkili merciin olayı fiilen öğrendiği, yani inceleme onayının verildiği tarih olarak kabul edilmesidir. Fakat itiraf etmek gerekir ki, bu çözüm, belki pratik gereklere uygun, fakat hiç de hukuksal dayanağı bulunan bir görüş değildir. Çünkü, kurum içinde evrakın aşırı derecede bekletilmesi yolu böylece

⁵⁸⁰ Zengin, s.96.

açılmış olabilir. O yüzden, yasada bu konu ayrıca ve açıkça düzenlenmeli, hiç olmazsa ihbar veya şikayetin 4483 Sayılı yasa kapsamında bir suça ilişkin olup olmadığını belirleme için, ön inceleme süresinin yarısı kadar (15 günlük) bir süre daha yetkili mercie tanınmalıdır. Ancak, bu takdirde de öğrenme tarihi, evrakın kurum kaydına giriş tarihi olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki, bu anlamda bir ön inceleme, Cumhuriyet Başsavcılıklarından intikal edecek ihbarlar bakımından gerekli de değildir; çünkü savcılık bu anlamda bir ön incelemeyi (ön inceleme öncesi inceleme) zaten yapmış olmalıdır.⁵⁸¹

Kanun'un 8. maddesi ise aşağıdaki şekildedir;

" Madde 8 – Soruşturma izni, şikayet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak ileride soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsar.

Soruşturma sırasında izin verilen olay ve konudan tamamen ayrı veya farklı bir suç olarak nitelendirilebilecek bir fiil ortaya çıktığında, yeniden izin alınması zorunludur.

Suçun hukuki niteliğinin değişmesi, yeniden izin alınmasını gerektirmez."

Kanunun 8. maddesine göre, savcılığa hangi suç ve konuda soruşturma izni verildiyse, sadece o konuda soruşturma yapılabilir. Soruşturma sırasında verilen izni ilgilendiren suçtan tamamen farklı ve ayrı bir suç oluşturan bir fiil varlığı ortaya çıkarsa savcılık yeniden izin almak için başvurmak zorundadır. Diğer bir deyimle savcılık, alınan izine dayanarak soruşturmayı istediği gibi genişletemeyecektir. Ancak suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda yeniden izin almaksızın soruşturmaya devam edebilecektir.

Burada önemli bir nokta, yetkili mercinin yetkisinin soruşturma izni vermek veya vermemek olduğudur. Bunun dışında bir karar veremez. Danıştay 1.Dairesi'nin 2006/834 E, 2006/975 K ve 2.11.2006 tarihli kararında bu konuda şöyle karar vermiştir; *" ilgililer hakkında soruşturma izni verilmesi gerektiği önerilmesine rağmen yetkili merci tarafından ilgililerin suç işleme kasdı olmadığı belirtilerek soruşturma izni verilmemesine karar verilmiş ise de, şüphelilerin suç işleme*

⁵⁸¹ Akyıldız. s.50.

kasıtlarının bulunup bulunmadığının tespitinin yargı mercilerine ait olması nedeniyle..."⁵⁸²

Görüldüğü gibi yetkili merciin "kastı yoktur" gibi mahkemelerin görev alanına giren bir karar vermesi mümkün değildir. Ayrıca yetkili merciin, başsavcılıktan gönderilen bir dosya ile ilgili "işleme koymama" yetkisi de bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 1.Daire'sinin 2006/244 E, 2006/454 K sayı ve 25.4.2006 tarihli kararında bu konu şu şekilde vurgulanmıştır; "*Anılan hükümlerin değerlendirilmesinden, Cumhuriyet başsavcularına yapılan şikayet ve ihbarların değerlendirilmesi sonucunda işleme konulmamayı gerektiren nitelikte olanları hakkında yine bu makamlarca şikayetin işleme konulmaması kararı verilebilmesi yetkisi tanındığına göre, Cumhuriyet başsavcularına intikal eden şikayet ve ihbarlar üzerine yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda şikayetin somut olduğu, kişi ve olay belirtildiği, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayandığı görülerek işleme konulmama kararı verilmeyip dosyanın ön inceleme yapılarak soruşturma izni verilip verilmemesi yönünden yetkili mercie intikal ettirilmesinden sonra, yetkili merciin aynı dosya içeriğine göre şikayetin işleme konulmamasına karar vermemesi, bir ön inceleme yaptırarak, ciddi bulgu ve belgelere dayanan, kişi ve somut olay belirtilen şikayet hakkında soruşturma izni verilmesi yada verilmemesi yönünde bir karar tesis etmesi gerekmektedir."*⁵⁸³

Diğer yandan dosyayı işleme koymama yetkisi Cumhuriyet Başsavcılığında bulunmaktadır. Savcılığın dosyayı işleme koymaması durumunda itiraz mercii ve yolu kanunda belirtilmemektedir. Bu konu Danıştay 1.Dairesinin 2004/794 E, 2005/301 K sayı ve 3.3.2005 tarihli kararında şu şekilde vurgulanmıştır; "*Buna göre, Yasanın 3 üncü maddesinde gösterilen yetkili merciler tarafından memur veya kamu görevlileri hakkında verilmiş bir karar bulunması ve bu karara itiraz edilmesi halinde Danıştay Birinci Dairesince bu itiraza bakılması mümkündür.*

Diğer taraftan, Yasanın 4 üncü maddesinin son fıkrasında, Cumhuriyet başsavcılıklarınca ihbar veya şikayetin işleme konulmamasına karar verilmesi halinde, yalnızca ihbar veya şikayette bulunana bildirim yapılacağı hükme bağlanmış, 4483 sayılı Yasa uygulamasında yetkili merci olarak belirtilmemiş olan Cumhuriyet başsavcılarının bu kararlarına karşı anılan Yasa kapsamında herhangi

⁵⁸² kazanci.com, (22.01.2015).

⁵⁸³ kazanci.com, (22.01.2015).

bir itiraz yolu da öngörülmemiştir. ⁵⁸⁴ İtiraz yolunun yasada tanımlanmamış olması hiç kuşkusuz kanunda var olan önemli bir eksiklik olup, yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Kanun'un 9. maddesi metni şöyledir;

"Madde 9 – Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirir.

Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi itiraz yoluna gidebilir. İtiraz süresi, yetkili merciin kararının tebliğinden itibaren on gündür.

İtiraza, 3 üncü maddenin (e), (f), g (Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç) ve (h) bentlerinde sayılanlar için Danıştay İkinci Dairesi, diğerleri için yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi bakar.

İtirazlar, öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir."

Kanunun 9. maddesinde, itiraz mercileri gösterilmektedir. Yetkili merci kamu görevlisinin soruşturulmasına izin verirse, ilgili kamu görevlisi, soruşturulmasına izin vermezse bu durumda da Cumhuriyet Başsavcılığı ve şikayetçi, kişinin konumuna göre Danıştay 2. Dairesi veya yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu Bölge İdare Mahkemesine itiraz edebilmektedir. İtiraz süresi , tebliğden itibaren 10 gün olarak belirlenmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı'nın verdiği izinler için itiraz mercii yoktur, bu kararlar kesindir.

Danıştay 5.Dairesi'nin 2008/2694 E, 2008/6050 K sayı ve 01.12.2008 tarihli bir kararında, itirazın doğru mahkemece değerlendirilmesi konusunda şu kararı vermiştir; " 4483 sayılı Kanun uyarınca kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için gerekli iznin verilmesi ya da verilmemesi hali ceza yargılaması ile ilgili bir aşama olup, bu kararların anılan Kanun kapsamında ve aynı Kanunda gösterilen yargı yerlerince itiraz yolu ile incelenmesinin öngörülmüş olması karşısında, soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği işleminin idari davaya konu olabilecek nitelikte bir işlem olmadığı,

⁵⁸⁴ kazanci.com , (22.01.2015).

bununla beraber, 4483 Sayılı Yasada öngörülen itirazın bir dava yolu olmayıp idari itiraz yolu olduğu, dolayısıyla idari itirazlara bakmakla görevli Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'ın İdari Dairesi ile idare mahkemeleri arasında görev uyumsuzluğu çıkarılamayacağı kuşkusuzdur.

Bu bağlamda; dava dilekçesinin mahkeme başkanı veya hakim tarafından havale edilmesi aşaması da dahil olmak üzere yapılacak ilk incelemede, bu hususlar da göz önüne alınarak, dava iptal davası şeklinde açılmış ise, dava konusu kararın idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken idari bir işlem olup olmadığı noktasında bir irdelemenin yapılması, bu şekilde değerlendirilmemesi halinde 2577 sayılı Yasanın 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca davanın reddine karar verilmesi ve kararın taraflara tebliğ edilmesiyle yetinilmesi, eğer dava iptal davası şeklinde açılmamış ve 4483 sayılı Kanun uyarınca verilen bir karara karşı yapılacak itirazı incelemekle görevli Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay'a hitaben verilmiş bir dilekçe ile anulan karara itiraz edilerek kararın kaldırılması istenmiş, ancak, dağıtım sırasında dilekçe yanlışlıkla idare mahkemesine gönderilmiş ise, bu durumda görev ret ve gönderme kararı yerine dosya esas kaydının kapatılarak, itiraza ilişkin olan dilekçenin, itirazı incelemeye yetkili merciye iletilmesi gerekmektedir.

Olayda, davacının vermiş olduğu dilekçenin, başlığı, konusu ve içeriği yönünden 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemesine ilişkin Ankara Valiliği kararına karşı itiraza ilişkin olması, dolayısıyla, işlemin iptali istemiyle açılmış bir idari davanın bulunmaması karşısında, dilekçenin yanlışlıkla gönderildiği İdare Mahkemesince yukarıda açıklandığı şekilde dosya esas kaydının kapatılarak, dosyanın itirazı incelemeye yetkili Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan aşamalardan sonra davanın, iptal davası şeklinde nitelendirilmesi suretiyle karar verilmesinde hukuksal isabet bulunmamaktadır."⁵⁸⁵

Soruşturma izni verilmesi kararına, hakkında karar verilen memur veya diğer kamu görevlisi, izin verilmemesi durumunda ise şikayetçi veya Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz edilebilir. Ancak ihbarcının itiraz hakkı bulunmamaktadır. Danıştay 2. Dairesi'nin 2004/301 E, 2004/428 K sayı ve 12.5.2004 tarihli kararı bu konuya açıklık getirmektedir; " 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu

⁵⁸⁵ http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104309.pdf , (15.02.2015).

Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun itiraz hakkını düzenleyen 9 uncu maddesinde, yetkili merciin soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararına karşı ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçinin kendilerine tebliğinden itibaren 10 gün içinde itiraz edebilecekleri belirtilmiş olup, anılan Yasada ihbarda bulunanın da itirazda bulunabileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği gibi ..."⁵⁸⁶

Kanun'un 3. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde; Bakanlar Kurulu kararı ile veya Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında görevli olup, ortak kararlar atanan kamu görevlileri, TBMM'de görevli kamu görevlileri, TBMM Genel sekreteri ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığında görevli kamu görevlileri, Büyükşehir, il, ilçe ve alt kademe belediye başkanları, büyükşehir, il, ilçe ve alt kademe belediye meclis üyeleri ile il genel meclisi üyelerinin itirazlarına Danıştay İkinci Dairesi tarafından; bunların dışındaki kamu görevlilerinin itirazlarına ise yetkili merciin yargı çevresinde bulunduğu bölge idare mahkemesi tarafından bakılacaktır. Burada önemli nokta, kamuda çalışan hekimler hakkında açılan davalarda itiraz merciinin, yetkili merciin bulunduğu yargı çevresindeki Bölge İdare Mahkemesi olduğudur.

Kanun'un 10. maddesinde suçun iştirak hali düzenlenmiş ve yargılama yerleri belirlenmiştir. Buna göre;

"Madde 10 – Bu Kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayan, memur olanla; ast memur, üst memurla aynı mahkemede yargılanır."

4483 sayılı kanun, kamu görevlilerinin yargılanması usulünü düzenlemektedir. Bu kapsamda düzenlenen suçlar kamu görevlisinin işleyebileceği, yani özgü suçlardır. Bu nedenle bu kanun kapsamına girebilecek suçları ancak bir kamu görevlisi işleyebilirse de kamu görevlisi olmayan birinin suça iştiraki mümkündür. Ayrıca, aynı suçu, birden fazla kamu görevlisi de iştirak halinde işleyebilir. 10. maddede bu durumlara açıklık getirilmiş, kamu görevlisi olmayan kişinin kamu görevlisi ile, astın da üst ile aynı mahkemede yargılanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁵⁸⁶ kazanci.com, (22.01.2015).

Kanun'un 11. ve sonraki maddelerinde soruşturma ve kovuşturma aşamalarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu maddelere göre;

"Madde 11 – Soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonunda kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır.

Madde 12 – (Değişik: 17/7/2004-5232/4 md.): Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılır. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili , kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcı vekili tarafından yapılır.

Hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur.

Madde 13 – (Değişik: 17/7/2004-5232/5 md.): Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için yetkili ve görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir.

Madde 14 – Bu Kanunun uygulanmasında vekiller, asillerin tabi olduğu usule tabidir.

Madde 15 – Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkındaki ihbar ve şikayetlerin ihbar veya şikayet edileni mağdur etmek amacıyla ve (...) (1) uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı hazırlık soruşturması sonucunda anlaşılır veya yargılama sonucunda sabit olursa haksız isnatta bulunanlar hakkında yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığınca re'sen soruşturmaya geçilir .

Memurlar ve diğerk kamu görevlilerinin yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlarda kamu davası açılması için Cumhuriyet başsavcılığına başvurma ve haksız isnatta bulunanlar hakkında genel hükümlere göre tazminat davası açma hakları saklıdır.

Madde 16 – Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır.

Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatın uygulanmayacağı belirtilen hallerde genel hükümler uygulanır."

Kamu görevlisi hekim, yukarıda "hekimler tarafından işlenebilecek suçlar" bölümünde detaylı incelediğimiz suçlardan, 3628 sayılı Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi suçlar ve ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında kalan suçlardan yargılanma usulü bu kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Kamuda çalışan hekimlerin en sık karşılaştığı kasit veya taksirle öldürme/yaralama suçları başta olmak üzere, diğerk suç isnadı durumlarında bu yasa kapsamında ön incelemeler yapılacak ve izin verilecek veya verilmeyecektir. Bu izne göre de ceza yargılaması yapılabilecek veya yapılamayacaktır. Bu kanuni düzenleme dışında hekimler için özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Başbakanlığın başvurusu üzerine Danıştay 1. Dairesi'nin 2000/29 E , 2000/59 K sayı ve 17.4.2000 tarihli yazısında, yasanın uygulanması ile ilgili şu açıklayıcı görüşleri yazmıştır;

"Madde 1 ve 2 -4483 sayılı Yasanın bu maddeleri amacı ve kapsamı belirlemektedir.

Bu maddeler Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamında yer alan ""görev sebebiyle"" ve ""görev sırasında"" işlenen suçlardan yalnızca ""görev sebebiyle"" işlenen suçları yasa kapsamına almış, ""görev sırasında"" işlenen suçlar ise kapsam dışına çıkartılmıştır. Böylece görev sırasında görev sebebi dışında bir nedenle işlenen suçların genel hükümlere tabi olması sağlanmıştır.

Görev sebebiyle işlenen suçlar memuriyet görevinin ifası nedeniyle işlenen suçları içermektedir. Suçun memuriyet görevinden doğmuş sayılması için memuriyet işleriyle ilgili olması, diğerk bir anlatımla suçu doğuran fiil ile kişinin görevi arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir.

Yasanın 2 nci maddesine göre, bu yasa devlet ile anayasanın 123 üncü maddesine uygun olarak kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulan diğer kamu tüzelkişilerinde çalışanlar hakkında uygulanacak, devlet tüzelkişiliği içinde yer almayan, kamu tüzelkişiliği niteliği taşımayan kuruluşlarda çalışanlar hakkında uygulanmayacaktır.

Anayasanın 128 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "" Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür"" hükmü, 4483 sayılı Yasanın 2 nci maddesine ""kamu iktisadi teşebbüsleri"" deyimini çıkarılarak aynen alınmak suretiyle kamu iktisadi teşebbüsleri personeli yasa kapsamı dışında tutulmuş, 17 nci maddesi ile de teşebbüs genel müdürleri ve yönetim kurulu üyelerinin yargılanmaları ilgili bakanın iznine bağlı kılınarak yalnızca bunlar hakkında 4483 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

Diğer taraftan, kamu iktisadi teşebbüsleri genel müdürleri 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bağlı (1) sayılı cetvelde diğer personel yanında yer almak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi tutulmuştur. Bu kanun hükmünde kararnamenin (1) sayılı cetvelinde yer alan personelden yalnız genel müdürlerin 4483 sayılı Yasa kapsamına alınması suretiyle genel müdür dışında kalan (1) ve (2) sayılı cetvelde gösterilen diğer kamu iktisadi teşebbüsleri personeline genel hükümlerin uygulanmasının öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

Kuruluş kanunlarında, personeline Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanmayacağı veya özel hukuk hükümlerine tabi olduğu belirtilen kamu tüzelkişilerinin 4483 sayılı Yasa kapsamına girmeyeceği, buna karşın kuruluş kanunlarında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin uygulanacağı belirtilen kamu tüzelkişileri personeli hakkında ise 4483 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı tabii bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, kamu hizmeti, umuma arzedilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler,

anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür.

Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre, kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.

Bu durumda, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerde çalışmayan, kamu gücünü kullanma yetkisi olmayan personel 4483 sayılı Yasa kapsamına girmemektedir. Nitekim bunlar, yaptıkları hizmet kamu görevi olarak kabul edilmediğinden Türk Ceza Kanununun uygulamasında memur sayılmamaktadırlar. Maddi ceza hukuku yönünden memur sayılmayan ve memur suçlarıyla cezalandırılmayan bu kişileri usul hukuku yönünden ayrıcalıklı bir duruma getirip memurlar gibi soruşturmaya tabi tutmak düşünülemez.

Madde 3- Anayasanın 129 uncu maddesinin son fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlı olduğu belirtildiğinden, 4483 sayılı Yasa, anayasanın bu hükmüne paralel olarak, bir memurun ya da diğer kamu görevlisinin görev sebebiyle işlediği iddia edilen suçlardan dolayı yargılanabilmesi için 3 üncü maddede sayılan idari mercilerin iznini aramıştır.

4483 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde, hangi memur ya da kamu görevlisi için hangi merciin soruşturma izni vereceği ayrıntılı olarak belirtilmiş, ayrıca bunların yokluklarında izin yetkisinin vekilleri tarafından kullanılacağı öngörülmüştür. Maddede izin mercileri sıralanırken, yetkiyi kullanacak belli unvanlara sahip kişilerden söz edildiğinden, yetkinin kişilere bağlı münhasır yetki olduğu kuşkusuzdur. Kişiye bağlı bu yetkinin de bizzat kullanılması zorunludur.

4483 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde, yetkili merciin saptanmasında, memur veya diğer kamu görevlisinin suç tarihindeki görevinin esas alınacağı belirtilerek, memur ya da diğer kamu görevlisinin suçun işlendiği tarihte fiilen görevli olduğu yerin yetkili merciinin soruşturma izni vermesi sağlanmış, böylece işlendiği

iddia edilen bir suçtan sonra yer veya görev değişikliği nedeniyle izin mercii konusunda çıkması olası sorunların önlenmesi yoluna gidilmiştir.

İstem yazısı eklerinde, izin vermeye yetkili merciler başlıklı 3 üncü maddeyle ilgili duraksama konusunda öncelikle ""en üst idari amir"" kavramından ne anlaşılması gerektiği, üst mercinin alt mercie ait izin yetkisini kullanıp kullanamayacağı hususlarına değinilmiş, bu konuda özellikle başbakanın ve bakanların teşkilatlarının en üst amiri olmaları nedeniyle yasa kapsamına giren tüm görevlileri hakkında izin vermeye yetkili merci olmaları gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

Anayasaya göre. idari makamlar kullandıkları yetkiyi kanundan alırlar. Kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin yetkileri ve bu yetkiyi kullanacak makamlar kanunla belirlenir. İdari işlemlerin hukuken geçerli sayılması için kararların kanunla yetkili kılınan makam ve kişilerce alınması gerektiğinden idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olamaz. Yasanın 3 üncü maddesinde izin vermeye yetkili merciler bu ilkelere uygun olarak sıralanmış, maddenin (e) bendinde, ilgili bakan ve başbakanın hangi memur ve diğer kamu görevlileri hakkında soruşturma izni vermeye yetkili oldukları açıkça düzenlenmiştir.

Diğer yandan, yasanın 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, soruşturma izni verilmesine ya da verilmemesine ilişkin kararlara karşı yapılacak itiraza bakacak idari yargı mercilerinin belirlenmesinde de 3 üncü maddedeki sıralama esas alındığından, üst mercilerin alt mercilere ait izin yetkisini kullanmaları halinde, aynı görevliler hakkında soruşturma izni verecek merciler ile itirazları inceleyecek merciler değişecek, bu da yasaya aykırılık oluşturacaktır.

Bu nedenle 3046 ve 3056 sayılı Yasaların ilgili hükümlerinden hareketle başbakanın ve bakanların, teşkilatlarının en üst amiri oldukları ve teftiş kurullarının başbakan ve bakan emri veya onayı üzerine teftiş, inceleme ve soruşturma yapma görevleri bulunduğu gerekçesiyle üst mercilerin alt mercilere ait izin yetkisini kullanabileceklerini kabul etmek olanaklı değildir.

3 üncü maddenin diğer bir duraksama konusunu da (d) bendinde yer alan ""en üst idari amir"" deyimi oluşturmaktadır. Yasalarımızda ve diğer düzenleyici metinlerde ""en üst idari amir"" tanımlanmamıştır. 3046 sayılı Yasanın 21 inci maddesine göre bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir. 4483 sayılı Yasanın 3

ün maddesinin (d) bendinde ""en üst idari amir"" deyimini kullanıldığına göre, bu deyimın siyasi otoriteyi temsil eden bakandan sonra gelen ve idari otoritenin en üst noktasında bulunan, Başbakanlıkta Başbakanlık Müsteşarını, bakanlıklarda bakanlık müsteşarlarını ifade ettiği anlaşılmaktadır. İlgili ve bağılı kuruluşlarda ise müsteşarlar, genel müdürler ve kurum başkanlarının en üst idari amir oldukları kuşkusuzdur.

Maddenin son fıkrasına göre ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde üst memurun izin mercii, ast memurun da izin mercii olacak, haklarındaki ön inceleme de üst memurun izin mercii tarafından başlatılacaktır.

Madde 4- Yasanın 4 üncü maddesi, olayın yetkili mercie iletilmesi ve işleme konulmayacak ihbar ve şikayetleri düzenlemektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında, bu kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikayetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesi zorunluluğu getirilmiş, son fıkrasında da bu fıkra aykırı bulunan ihbar ve şikayetlerin, cumhuriyet başsavcılarını ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmayacağı, durumun ihbar ve şikayette bulunana bildirileceği belirtilmiştir. Maddede, ihbar ve şikayetlerde kişi ve/veya olay belirtilmesi zorunlu sayılmış, ancak ihbar ve şikayette kişi belirtilmesi halinde bu kişinin eyleminin de somut olarak gösterilmesi amaçlanmıştır.

Yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 4 üncü maddenin son fıkrası hükmünde öngörülen ""işleme koymama"" sonucuna ulaşılabilmesi için, ihbar ve şikayetlerin somut ve özel nitelikte olup olmadığının, kişi ve/veya olay belirtilip belirtilmediğinin, ön inceleme başlatılmadan yapılacak bir araştırma ile tesbiti uygun olacaktır.

Aynı maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, bakanlığının veya kurumunun merkezi dışında bir birimin denetimi sırasında ihbar alan ya da bu yasa kapsamına giren suç işlendiğine ilişkin delillere rastlayan müfettişin, bakanlığının veya kurumunun onayını almaksızın durumu izin vermeye yetkili mercie iletilmesi zorunludur. Bu halde müfettişlerin suç işlendiğine ilişkin delillerini toplayıp değerlendirmelerini de içeren bir tevdi raporu ile olayı izin vermeye yetkili mercie iletmelerinde yasal bir sakınca olmadığı gibi, yasanın hükümlerinin uygulanmasına katkı sağlayacağı da kuşku bulunmamaktadır.

Madde 5- Yasanın 5 inci maddesine göre izin vermeye yetkili merci, yasa kapsamına giren bir suçun işlendiğini bizzat veya 4 üncü maddede yazılı şekilde öğrendiğinde ön inceleme başlatacaktır. Ön inceleme yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendirilen bir veya birkaç denetim elemanına, hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur veya kamu görevlilerinden biri veya birkaçına yaptırılabilir.

Ön incelemenin, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşu içindeki kişilere yaptırılması esastır. Ancak işin özelliğine göre inceleme mercii, incelemenin başka kurum ya da kuruluş elemanlarınca yapılmasını isteyebilecektir. Bu isteğin yerine getirilmesi ilgili kuruluşun takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca, izin vermeye yetkili vali ve kaymakamlar yasa kapsamına giren bir suçun ön incelemesinin, memurun bağlı olduğu bakanlık müfettişlerince yapılmasını ilgili bakanlıktan isteyebilecekler, ilgili bakanın görevlendirmesi halinde, ön inceleme bakanlık müfettişlerince yapılacak ve müfettişler raporlarını doğrudan, izin vermeye yetkili merci olan vali veya kaymakama sunacaklardır.

Madde 6- Maddede, ön inceleme ile görevlendirilenlerin yetkileri düzenlenmiştir.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişi veya kişiler, bakanlık müfettişleri ile kendilerini görevlendiren merciin bütün yetkilerine sahip olacaklar. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre de işlem yapabileceklerdir.

Buna göre, ön incelemeyle görevli kişi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun kamu davasının hazırlanmasına ilişkin hükümleri çerçevesinde cumhuriyet başsavcısının yapmakla yetkili olduğu işleri yapabilecek, sanığın lehine olanlar da dahil, olayı aydınlayabilecek delilleri, bilgi ve belgeleri toplayacak, tanık ve sanık ifadelerini alacak, gerektiğinde keşif yapacak ve bilirkişi incelemesi yaptıracaktır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 135 inci maddesinde yazılı susma hakkı saklı kalmak kaydıyla hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesinin alınması zorunludur. İfadenin inceleme mahallinde, vicahen alınması asıl olmakla birlikte, gerektiğinde ifade, yasa ile getirilen ön inceleme süresi dikkate alınarak, makul bir süre verilmek suretiyle yazıyla da istenebilecektir.

Burada, ön inceleme ile görevli kişilerin ""görevden uzaklaştırma"" kararı verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusu duraksamaya neden olabilmektedir.

Görevi başında kalmasında sakınca görülen memurlar hakkında uygulanacak olan görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin hükümler. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 137 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve bu kararı almaya yetkili olanlar gösterilmiştir. Görevden uzaklaştırma kararı idari bir işlemdir. Ön inceleme ile görevli kişilerin 657 sayılı Kanunun 138 inci maddesinde sayılan kişilerden olması durumunda görevden uzaklaştırma kararını verebilmeleri doğaldır. Ancak, ön inceleme ile görevli kişilerin 138 inci maddede gösterilen kimselerden olmamaları durumunda, bu kişilerin, münhasıran 4483 sayılı Yasa kapsamında bir suçun açığa çıkarılması amacına yönelik işleri yapmaya yetkili olmaları nedeniyle idari bir işlem olan görevden uzaklaştırma kararını vermeye yetkilerinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ön inceleme ile görevlendirilen kişiler, incelemelerinin sonucunu bir raporla izin vermeye yetkili mercie sunacaklardır. Yetkili merci, raporu inceleyip soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verecektir. İzin vermeye yetkili merciin soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda bir takdir yetkisi yoktur. Yetkili merci, memurun veya diğer kamu görevlisinin üzerine atılan suçu işlediğine ilişkin yeterli delil olması halinde izin verecek, aksi halde izin vermeyecektir. Ölüm, af, zaman aşımı ve benzeri olaylar gerekçesiyle de izin verilmemesine karar verecektir. Bu kararların, anayasanın 141 ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 32 nci maddelerine paralel olarak, itiraz edildiklerinde denetimlerini sağlamak yönünden gerekçeli olmalarında yarar bulunmaktadır.

İzin verilmeme kararından sonra aynı olay hakkında yeni delillerin elde edilmesi halinde, yetkili merciin, yeniden ön inceleme yaptırarak sonucuna göre karar vermesi uygun olacaktır,

Madde 7- Madde, soruşturma izni kararının verilme süresine ilişkindir. Süre 30 gündür, zorunlu hallerde süre 15 günü geçmemek üzere bir defa uzatılabilecektir.

Maddenin ilk fıkrasına göre bu süre, yetkili merciin suçun işlendiğini 5 inci maddenin birinci fıkrasına göre öğrenmesinden itibaren başlamaktadır. Buna göre izin vermeye yetkili merci, suçun işlendiğini bizzat veya soruşturma iznini isteyen cumhuriyet başsavcısının talebinden veya herhangi bir ihbar veya şikayet aldığıında

öğrenebilecektir. Basın-yayın organlarında çıkan yasa kapsamına giren bir suçla ilişkin haber de ihbar kabul edilmelidir.

Maddenin açık hükmü izin merciinin suçun işlendiğini yukarıda belirtilen biçimlerde öğrendiğinde süreyi başlattığına göre, sürenin başlangıcının, ön inceleme emrinin verildiği tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Ön incelemenin 30 gün içerisinde bitirilememesi durumunda, 15 günlük ek süre de izin vermeye yetkili merciden, istenmeli ve ek süre bu merci tarafından verilmelidir.

Bu hükümlere göre yasa koyucu, konunun sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla ön incelemenin kısa sürede sonuçlandırılmasını öngörmüştür. Bu nedenle izin mercii 30+15 günlük süre içerisinde soruşturma iznini verme veya vermeme kararını almak zorundadır.

Maddede öngörülen süreler içerisinde izin konusunda bir karar verilememiş ise ne olacaktır? Kanun tasarısında yer alan, ""maddede öngörülen sürelerde izin verilmediği takdirde izin verilmiş sayılır."" yolundaki hüküm Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda tasarıdan çıkarılmıştır. Bu durumda, gösterilen süre içerisinde izin verilmediği takdirde izin verilmiş veya verilmemiş sayılır biçiminde bir yorum yapma olanağı kalmamıştır.

İşin sonuçlanabilmesi için, izin vermeye yetkili merciin zorunlu olarak olumlu veya olumsuz bir kararının aranması gerekecektir. Bu nedenle izin vermeye yetkili merci sürenin aşılması halinde dahi olumlu veya olumsuz bir karar vermek zorundadır. Öngörülen sürelerde işi sonuçlandırmayarak kasten sürüncemede bırakan izin vermeye yetkili mercilerin de cezai sorumluluklarının bulunduğu açıktır.

Madde 8- Bilindiği üzere ceza yargılamasında kişi ve fiil olmak üzere iki temel unsur söz konusudur. Öncelikle suç oluşturduğu iddia olunan olayın kimler tarafından gerçekleştirildiği, ikinci olarak da bu kişilerin hangi fiili işledikleri belirlenmelidir.

Yasanın 8 inci maddesinin birinci fıkrası bu ilkeleri göz önünde bulundurarak soruşturma izninin kapsamını düzenlemektedir. Buna göre, soruşturma izni, şikayet, ihbar veya iddia konusu olaylar ile bunlara bağlı olarak soruşturma sırasında ortaya çıkabilecek konuları kapsayacaktır. Verilen izin üzerine cumhuriyet başsavcısının yapacağı hazırlık soruşturmasında, işi geciktirecek sorunlarla karşılaşılması için

yetkili merciin soruşturma izninde, olayı gerçekleştirdiği ileri sürülen kişilerin kimler olduğu ve bunların işledikleri iddia olunan fiillerinin neler olduğu açıkça yazılmalıdır.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları Cumhuriyet başsavcılıkları ile yargı mercileri tarafından uygulanacak hükümleri içermektedir.

Madde 9- Madde, yetkili merciin soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararına karşı itiraz yolunu düzenlemektedir.

Maddeye göre soruşturma izni verildiğinde, bu karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi itiraz edebilecektir. Soruşturma izni verilmediğinde ise Cumhuriyet başsavcılığı veya varsa şikayetçi itiraz yoluna gidebilecektir.

İtiraz hakkı 10 günlük süre içerisinde kullanılacaktır. Süre, bildirimden itibaren başlayacaktır. İtiraza konu kararlar ilgililere Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tebliğ edilmelidir.

İzin verilmemesine ilişkin tüm kararlar Cumhuriyet başsavcılığına bildirilecektir. Cumhuriyet başsavcılığının ön inceleme evrakını görmeden yalnızca izin verilmeme kararını inceleyerek itiraz hakkını kullanması mümkün olmayacağından, kararların ön inceleme evrakı ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi gerekmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre itirazlar, Kanununun 3 üncü maddesinin (e), (f), (h) ve Cumhurbaşkanınca verilen izin hariç (g) bentlerinde sayılanlar Danıştay İkinci Dairesince, diğerleri ilgili bölge idare mahkemesince incelenecektir.

Madde 10- Bu madde, yasa kapsamındaki bir suçun, memur olanlar ile memur olmayanlar ya da üst memurla ast memur tarafından iştirak halinde işlenmesi durumunda, yargılamanın hangi mahkemede yapılacağına ilişkin hükümler getirmektedir. Buna göre, memur olmayan sanıklar memurun, ast memur ise üst memurun tabi olduğu mahkemede yargılanacaktır.

Madde 11- Madde hükmüne göre, soruşturma izninin itiraz edilmeden veya itirazın reddi sonucu kesinleşmesi ya da soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın kabulü üzerine, dosya derhal ilgisine göre Yasanın 12 nci maddesinde gösterilen hazırlık soruşturmasını yapacak mercilere gönderilecektir.

Madde 12-13-14-15- Bu maddeler, Cumhuriyet başsavcılıkları ve yargı mercileri tarafından uygulanacak hükümleri içermektedir.

Geçici Madde 1- Maddede, yasanın yürürlüğe girmesinden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış bulunan işlemlerin adı geçen kanun hükümlerine göre sonuçlandırılması öngörülmektedir.

4483 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümlerine göre başlatılmış işlemlerde, adı geçen kanunun uygulanmasına devam olunacaktır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkata göre, bir suç hakkında inceleme veya soruşturma emrinin verilmiş olması, işlemlerin başlaması anlamına gelmektedir. Buna göre 4483 sayılı Yasanın yayımından önce Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamına giren bir suç hakkında inceleme veya soruşturma emri verilmiş ise bu suç için 4483 sayılı Yasa uygulanmayacaktır. Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kapsamına giren bir suçtan dolayı inceleme ve soruşturma emri verilmiş olaylarda, soruşturmaların Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uygulanmak suretiyle sonuçlandırılması gerekmektedir.⁵⁸⁷

Görüldüğü gibi, kanunlarında özel soruşturma usullerine tabi olan memur ve diğer kamu görevlileri dışında kalan tüm kamu görevlileri için genel ceza soruşturma usulü 4483 sayılı yasaya göre yapılacaktır. Hakimler, savcılar, askerler ve öğretim üyeleri gibi kamu görevlileri ise kendi özel kanunlarında bulunan hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olacaklardır.

3.2.5.3. 2547 sayılı yasa kapsamında ceza yargılaması

Kamu görevlilerinin ceza yargılamasında genel olarak kullanılan yol 4483 sayılı kanundur. Ancak bu kanunun 2/2. maddesinde " Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır." hükmü getirilmiştir. Özel soruşturma ve kovuşturma usulü olan kamu görevlileri, "diğer kamu görevlileri" kapsamında olan hakim ve savcılar, silahlı kuvvetler mensupları, akademisyenler gibi kamu görevlileridir. İşte akademik kadrolar da üniversitelerin tabi olduğu 2547

⁵⁸⁷ kazanci.com , (22.01.2015).

sayılı yasa kapsamında soruşturma ve kovuşturma usullerine tabidirler. Üniversite hastanelerinde çalışan hekimleri ilgilendirmesi nedeniyle bu yasayı inceleyeceğiz.

2547 sayılı kanunun 1. maddesinde, akademik personelin diğer memurlar ve kamu görevlilerinden farklı bir statüye, özlük haklarına ve kendi ayrı kanunlarına sahip oldukları ve bu grup kamu görevlileri hakkında yapılacak işlemlerin bu kanuna göre yapılacağı, şu şekilde açıklanmıştır; " *Bu kanunun amacı; yükseköğretimle ilgili amaç ve ilkeleri belirlemek ve bütün yükseköğretim kurumlarının ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim - öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemektir.*" Görüldüğü gibi yasanın ilk maddesinde yükseköğretim kurumlarının teşkilatlanmasından diğer personeline kadar tüm esaslar bu kanuna göre yapılacaktır. Diğer yandan kanunun 2. maddesinde ise; " *Bu kanun; yükseköğretim üst kuruluşlarını, bütün yükseköğretim kurumlarını, bağlı birimlerini ve bunlarla ilgili faaliyet ve esasları kapsar. Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarıyla ilgili hususlar ayrı kanunlarla düzenlenir.*" hükmü getirilmiş ve Türk Silahlı kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı olanlar hariç, "bütün" yüksek öğretim kurumlarını kapsadığı belirtilmiştir. Buna göre yasada sayılan istisnalar hariç, tüm yükseköğretim kurumları bu yasa kapsamında olacaktır. Bu cümlede geçen "bütün" sözcüğüne göre Vakıf Yükseköğretim kurumlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi beklenecektir. Bu konuyu ileride inceleyeceğiz.

Ülkemizde devlet üniversitelerinde kamu görevlisinin ceza yargılamasında 4483 sayılı yasa ile değil, üniversitelerin tabi olduğu 2547 sayılı yasaya göre karar verilmektedir. Bu kanunun ceza soruşturması usulünü düzenleyen 53/c maddesi bu konudaki temel maddedir. Buna göre;

" c. (**Değişik: 14/4/1982 - 2653/3 md.**) *Ceza soruşturması usulü:*

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

(1) *İlk soruşturma:*

Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır.

Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.

(2) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına;

a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın 2 nci Dairesi,

b) Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıkları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarında oluşacak üç kişilik kurul,

d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu, karar verir.

f) Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca oluşturulacak kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler. Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür.

(3) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar üye tamsayısı ile toplanır. Kurullara ilk soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyeler katılamazlar. Noksanlar yedek üyelerle tamamlanır. Diğer hususlarda bu Kanunun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.

(4) Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştay'ın 2 nci Dairesinde verilen lüzum-u muhakeme kararına itiraz ile men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştay'ın İdari İşler Kuruluna aittir. Diğer kurullarca verilen lüzum-u muhakeme kararına

İlgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. Lüzum-u muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir.

(5) Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibarıyla üst dereceliye göre tayin olunur.

(6) Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır.

1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.

(7) İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.

(8) Bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."

2547 sayılı kanun, 4/11/1981 de kabul edilmiştir. Kanunun son maddesine bakılırsa 4 Şubat 1329 (1913) tarihli MMHKM'e atıfta bulunmaktadır. Zira o yıllarda MMHKM yürürlükte bulunmaktadır. Nitekim kanunda belirtilen soruşturma usulü de bu kanundaki soruşturma usulüne benzemekte, izin sistemi değil, soruşturmanın idarece , kovuşturmanın yargı tarafından yapıldığı karma sistemin geçerli olduğu görülecektir. Diğer yandan 4483 sayılı kanunun 16. maddesinde " *Kanunlarda Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat' ın uygulanacağı belirtilen hallerde bu Kanun hükümleri uygulanır.*" hükmü getirildiğinden , 2547 sayılı yasanın son maddesinde belirtilen atfın artık 4483 e atıf olarak yorumlanması gerektiğini savunan görüşler de vardır.

2547 sayılı yasanın 53/c maddesine bakıldığında; ilk fıkrada, 4483 sayılı yasanın 1. maddesinden önemli bir farkı olduğu görülmektedir. 4483 sayılı kanunun 1. maddesinde kamu görevlilerinin "görevleri sebebiyle" işlediği suçları kapsadığı belirtilirken, 2547 sayılı yasanın 53/c maddesinde " *görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri*" hükmü getirilmiştir. Yani akademik personel sadece görev sebebiyle değil, görevleri sırasındaki suçlardan dolayı da doğrudan yargılanamayacak, yargılanması için önce üniversite tarafından inceleme yapılması gerekecektir. Aynı zamanda bu kural, üniversitede çalışan ve 657 sayılı yasaya tabi memurlar için de geçerli bulunmaktadır. Bu anlamda 2547 sayılı yasa, üniversite öğretim üyelerine, diğer kurumlardaki memurların tabi olduğu 4483 sayılı yasaya göre daha geniş bir koruma sağlamaktadır.

Yine kanun metninden anlaşıldığı üzere, üniversite öğretim elemanlarının "görev dolayısıyla ya da görev sırasında" işledikleri suçlar dışındaki suçlar, genel hükümlere göre yargılanacaktır. Bu duruma örnek olarak Danıştay 1. Dairesinin 2006/1183 E, 2006/1322 K ve 28.12.2006 tarihli bir kararı verilebilir; "2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasında, *yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında bu Kanunda belirtilen hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.*

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi ... Bağlantı Hak Sahibi Fotogram Yapımcıları Meslek Birliğince hak sahibi oldukları müzik eserlerinin izinsiz olarak ... isimli yerel radyoda yayınlandığı iddiası ile ... Yayıncılık Ticaret A.Ş. Yönetim Kurulu üyeleri hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunulduğu, anılan Savcılığın 21.5.2005 günlü, Haz.No: 2005/16770 sayılı ek takipsizlik kararı ile şirket yönetim kurulu üyeleri..., ... ve ... haklarında kovuşturmaya mahal olmadığına karar verildiği, Hz. No: 2005/16770, K: 2005/67 sayılı görevsizlik kararıyla da yayını fiilen gerçekleştiren şüpheliler ..., ... ve ... haklarında 2547 sayılı Kanununun 53 üncü maddesi gereğince soruşturma yapılması için dosyanın ... Rektörlüğüne gönderildiği, Rektörlükçe yaptırılan soruşturma sonucunda düzenlenen 3.8.2006 günlü fezleke üzerine yetkili kurul tarafından ...'in men-i muhakemesine, ... hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği, diğer şüpheli ... hakkında ise herhangi bir karar verilmediği anlaşılmıştır.

Şüphelilerin ... Birliğinin hak sahibi olduğu müzik eserlerinin yayını izin almadan fiilen gerçekleştirdikleri iddia olunmakta ise de, ilgililerin yayın yapma işini ... Yayıncılık Ticaret A.Ş. adına yürüttükleri, üniversitedeki görevleri sırasında ya da görevleri ile bağlantısının bulunmadığı, bu konuda yapılacak soruşturmanın 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) bendine göre değil, genel hükümlere göre yapılması gerektiği anlaşıldığından, ...'in men-i muhakemesine, ... hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin olarak tesis edilen 17.10.2006 günlü, 2006/22 sayılı yetkili kurul kararının bozulmasına, genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi için ... " şeklinde hüküm tesis edilmiştir⁵⁸⁸

Yine Danıştay 1. Dairesinin 2011/1781E , 2011/1940 K sayılı ve 06.12.2011 tarihli kararında benzer bir konuda; "Şüphelilere isnat edilen suç, Üniversite bütçesine gelir kaydedilmesi gereken promosyon bedelinin, ... Üniversitesi Vakfına bağış olarak kabul edilmesine ilişkin olduğu, söz konusu suçun, şüphelilerin öğretim üyeliği sıfatlarından kaynaklanmadığı ve görevleri dolayısıyla ya da bu görevlerini yaptıkları sırada işlenmediği, ... Üniversitesi Vakfı Yönetim Kurulu Başkanlığı ve üyeliği sıfatıyla ilgili bulunduğu, bu nedenle şüphelilere isnat edilen suç hakkında 2547 sayılı Kanununun 53 üncü maddesi kapsamında ceza soruşturması

⁵⁸⁸ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> , (06.01.2015).

yapılamayacağı ve men-i muhakemeleri veya lüzum-u muhakemeleri yolunda bir karar alınamayacağı anlaşıldığından, şüphelilerin men-i muhakemelerine ilişkin ... Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Kurulun 28.7.2011 tarihli kararının bozulmasına, şüpheliler hakkında genel hükümlere göre gereği yapılmak üzere dosyanın karar ekli olarak Edirne Cumhuriyet Başsavcılığına... " hükmü verilmiş ve 53/c maddesinin sınırları net olarak çizilmiştir.⁵⁸⁹

Danıştay 1. Dairesinin 2005/1255 E, 2006/95 K ve 24.01.2006 tarihli bir başka kararında, görev sırasında ve görevden dolayı kavramına şu şekilde atıfta bulunulmuştur; "*Dosyanın incelenmesinden; şikayetçinin kardeşinin, şüphelinin özel muayenehanesine başvurduğu, bu aşamadaki tetkiklerinin özel muayenehanede ve özel bir görüntüleme merkezinde yapıldığı, daha sonra ... Üniversitesi Acil Polikliniğinde ve aynı hastanenin değişik birimlerinde yapılan tetkik ve tedavisinde şüphelinin herhangi bir katılımının olmadığı anlaşılmıştır.*

Bu durumda hastanın tetkik ve tedavisinde gerekli özeni göstermeyerek ölümüne neden olma şeklinde şüpheliye isnat edilen eylemin, ... Üniversitesindeki görevi sırasında ya da görevi dolayısıyla meydana gelmediği, özel muayenehanesindeki mesleki faaliyetiyle ilgili bulunduğu anlaşıldığından, 2547 sayılı Kanun kapsamında ceza kovuşturmasına konu edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle Yetkili Kurulca verilen 4.10.2005 günlü 2005/6 sayılı men-i muhakeme kararının kaldırılmasına, şikayet hakkında genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi için dosyanın ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine..."⁵⁹⁰

Görev sırasında ya da görev dolayısıyla işlenen suç kavramı ile ilgili Danıştay 1. Dairesinin 2005/769 E., 2005/1235 K. ve 19.10.2005 tarihli diğer bir kararında; "*Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsünde Okutman olarak görev yapan şüpheliye verilen disiplin cezasının iptali istemiyle ... İdare Mahkemesinde açtığı E: 2001/1309 sayılı dosyada davalı idarenin savunmasına karşılık verdiği dilekçede Enstitü Müdürü ...'nın dedikoducu olduğu ve derslere girmeden ücret aldığı yolunda ifadeler yer vermesi nedeniyle ...'nın şikayeti*

⁵⁸⁹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).

⁵⁹⁰ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).

üzerine yapılan soruşturma sonucunda ... Üniversitesi Yetkili Kurulunca şüpheli hakkında lüzum-u muhakeme kararı verildiği anlaşılmıştır.

Şüphelinin hakaret içerdiği iddia olunan mahkemeye sunduğu dilekçesinin okutmanlık görevi sırasında ya da görevi dolayısıyla verilmediği, ... İdare Mahkemesinde görülen bir davada davacı sıfatıyla verilmiş olması nedeniyle şüpheliye isnat edilen suçun 2547 sayılı Kanun kapsamına girmediği ve sanık hakkında anılan Kanun hükmüne göre karar verilmesine yer olmadığı anlaşıldığından, adı geçen hakkında verilen lüzum-u muhakeme kararının kaldırılmasına, genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın ... Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi için ... Üniversitesi Rektörlüğüne iadesine..."⁵⁹¹ görüşünü vurgulamıştır.

53/c maddesinin (1) ve (2) numaralı alt maddelerinde, soruşturmanın nasıl ve kimler tarafından yürütüleceği ve nasıl karara bağlanacağı belirlenmiştir. 2547 Sayılı Kanun'da ceza soruşturması usulü, "ilk" ve "son" soruşturma olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İlk soruşturma aşamasında "yetkili amirin soruşturma emri vermesi, görevlendireceği soruşturmacı ya da soruşturmacıların fezleke hazırlaması aşamasında sanıkların savunmaları ile tanıkların ifadelerini almaları, suçlarla ilgili belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemeleri, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmeleri ve bu değerlendirme sonucu düzenleyecekleri fezlekeyi soruşturma emri veren idari makama teslim etmeleri" gibi faaliyetler ile gerçekleşmektedir. Bundan sonraki "son" soruşturma aşamasında ise, yetkili kurullarca ceza yargılamasına gerek olup olmadığı belirlenmektedir.⁵⁹²

"Kanunun bu maddelerine göre; disiplin amiri işlenmiş bir suçta dair bir ihbar, şikayet veya savcılık talebi alındığında, duruma göre suçlanan personelin akademik unvanına eşit veya üzerinde akademik unvanı olan bir veya birden fazla soruşturmacı atayacaktır. Bu soruşturmacı veya soruşturmacılar, aynen 4483 sayılı yasadaki ön incelemeciler gibi ifade ve savunmalar alacaklar, bilgi ve belgeleri inceleyecekler, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptıracaklar, tüm bilgi ve belgeleri topladıktan sonra bunlara dair değerlendirmelerini yaparak düzenledikleri fezlekeyi emri veren

⁵⁹¹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).

⁵⁹² Dilşat Yılmaz, "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı:1-2, 2013, s.105.

makama teslim edeceklerdir. Bu işlem yapıldığında ilk soruşturma tamamlanacaktır. Burada 4483 sayılı yasadaki farklı olarak bir zaman sınırlaması getirilmemiştir. Diğer yandan, üniversitede çalışan ama 657 sayılı yasaya dahil memurlarda ise, fezleke son soruşturma için il idare kuruluna gönderilecektir. Soruşturmacının yetkileri 2547 sayılı yasa ve onun atıf yaptığı 4483 sayılı yasadaki net değildir. Ancak 4483 sayılı yasadaki Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na atıf yapıldığından, soruşturmacının yetkileri bu kanuna dayanılarak şunlardır;

- Tanık çağırmak, tanık dinlemek ve tanığı zorla getirtmek.
- Bilirkişiye başvurmak.
- Keşif yaptırmak.
- Muayene ve otopsi yaptırmak.
- Zorla el koymak.
- Arama yapmak.
- Sanığın tutuklanmasını istemek.
- Yakalama emri vermek.
- Sanığı sorguya çekmek, sorguya gelmek istemeyenleri zorla getirtmek.
- Her türlü bilgiyi görevlilerden almak.
- İstidkap (karşılaştırma) yaptırmak"⁵⁹³

Ancak savcıya tanınan bu yetkilerin "zorla el koymak, tutuklanma istemek, yakalama emri vermek" gibi bazılarının soruşturmacıda olamayacağı da açıktır. Dolayısıyla soruşturmacının bu atfa dayanılarak savcıya ait "tüm" yetkileri kullanabileceğini düşünmenin doğru olmayacağına inanıyorum. Soruşturmacının tutuklama istemek, yakalama emri verme gibi yetkisinin olamayacağı açıktır.

Danıştay 2. Dairesinin 2004/332 E, 2004/442 K ve 13.05.2004 tarihli kararında ilk ve son soruşturmanın usulü ile soruşturmacıların yapması gerekenler şu şekilde belirtilmiştir ; "2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c) bendinin ilk fıkrası uyarınca; Yükseköğretim üst kuruluşlarının başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının, bu kuruluş ve kurumların 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri

⁵⁹³ **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Ceza Soruşturması,**
file:///C:/Users/asus/Downloads/21_dosya_1377679309%20(2).pdf , (05.01.2015).

ileri sürülen suçlar hakkında, öngörülen hazırlık soruşturması: 1- Fezleke hazırlama aşaması, 2- Yetkili kurul tarafından karara bağlama aşaması olmak üzere iki aşamadan oluşturulmuştur.

Soruşturma emri verilmeden evvel yetkili makamın iddia konularını incelemesi ya da görevlendireceği yetkili bir kişiye incelettirmesi, bu incelemeler sonucu sanıklar ile iddia konusu suçlarının belirlenmesinden sonra TCK.na göre soruşturma açılıp açılmayacağı konusunu değerlendirmesi, soruşturma emri vermesi halinde görevlendireceği soruşturmacı veya soruşturmacıların fezleke hazırlama aşamasında sanıkların savunmaları ile tanıkların ifadelerini almaları, suçlarla ilgili belgeleri sırasıyla fezlekeye eklemeleri, tüm bilgi ve belgeleri değerlendirmeleri ve bu değerlendirme sonucu düzenleyecekleri fezlekeyi soruşturma emri veren makama teslim etmeleri, dosyanın karar için Yetkili Kurula gönderilmesi üzerine bu aşamada sözü edilen kurulun sanıkların ismen, iddia konusu suçları da sanıkların ilgilerine göre açık olarak belirtmek suretiyle tarih ve sayısı bulunan bir karar vermeleri, yetkili makamın da bu kararın türüne göre gerekli tebligatın yapılmasını sağlaması gerekli olmaktadır."⁵⁹⁴

Son soruşturmayı yapacak kurul, yasa maddelerinde belirtilen özelliklere uymak koşuluyla 3 kişiden oluşur. Bu kurula ilk soruşturmayı yapan kişiler ve hakkında karar verilecek kişiler katılamamaktadır. Kurul incelemesi sonucu men-i muhakeme veya lüzum-u muhakeme kararları verebilir. Son soruşturma sonunda lüzum-u muhakeme kararı verilirse oluşturulan fezleke savcılığa gönderilecek ve iddianame yerine geçecektir. Danıştay 2. dairesince verilen lüzum-u muhakeme kararlarına itirazlar ve men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştay İdari İşler Kurulunca yapılır. Diğer kurullarca verilen , lüzum-u muhakeme kararları ve men-i muhakeme kararlarına itirazlar Danıştay 2. dairesince incelenecektir.

53/c maddesini (4). alt maddesinde değişik unvanlardaki kişilerin yargılanma yerleri, (5). alt maddesinde ise iştirak halindeki suçlarda yargılama mercii konusunda astın üste tabi olduğunu belirlemektedir. Danıştay 1. Dairesinin 2005/669 E, 2005/1264 K ve 26.10.2005 tarihli kararında bu madde konusunda şu karar verilmiştir; "2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53 üncü maddesinin (c)

⁵⁹⁴ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (03.01.2015).

fıkrasının 2 nci bendinin (c) alt bendinde, son soruşturmanın açılıp açılmamasına üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcılığı ile üniversite genel sekreterleri hakkında rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılıklarından oluşacak üç kişilik kurul tarafından karar verileceği, (f) fıkrasının 5 inci bendinde, değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama merciin görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, ... Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü, Müdür Yardımcısı, Enstitü Sekreteri ve mutemetlik görevi yapan memura isnad edilen suçlar adı geçenlerce birlikte işlendiğinden, 53 üncü maddenin sözü edilen hükümleri gereğince Enstitü Sekreteri ve Mutemet hakkında son soruşturmanın açılıp açılmamasına görev itibariyle üst derecede olan Enstitü Müdürü ve Yardımcısı için oluşturulan son soruşturma kurulunca karar verilmesi gerekirken, Enstitü Müdürü ve Müdür Yardımcısı için ayrı, Enstitü Sekreteri ve Mutemet hakkında ayrı kurullar oluşturularak 27.5.2005 günlü, 29 sayılı kararla Enstitü Müdürü ve Müdür Yardımcısının lüzum-u muhakemesine, 27.5.2005 günlü, 30 sayılı kararla da Enstitü Sekreteri ve Mutemetin lüzum-u muhakemesine karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, 53 üncü maddenin (f) fıkrasının 5 inci bendine göre şüphelilere isnat edilen suçlar birlikte işlenmiş olduğundan tümü için son soruşturma açılıp açılmamasına aynı maddenin (c) fıkrasının 2 nci bendinin (c) alt bendi uyarınca oluşturulacak yetkili kurulca karar verilmesi gerekirken, ayrı ayrı yetkili kurullarca karar verilmesi yerinde bulunmadığından, şüpheliler hakkında lüzum-u muhakeme kararı verilmesine ilişkin 27.5.2005 günlü, 29 sayılı ve 27.5.2005 günlü, 30 sayılı yetkili kurul kararlarının bozulmasına ve şüpheliler hakkında tek bir yetkili kurulca karar verilmesine..."⁵⁹⁵

Aynı maddenin (6) ve (7). alt maddelerinde ise, özel durumlar ve savcılığın doğrudan işlem yapabileceği durumlar tanımlanmıştır.

2547 sayılı yasanın uygulanmasında doktrinde bazı farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere göre; "yükseköğretim personelinin "görev yaptığı sırada" (görevle alakasız) bir suç işlediği iddiası gündeme geldiğinde 53 üncü

⁵⁹⁵ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).

maddedeki özel soruşturma usulü uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durumda soruşturma öncesinde 4483 sayılı Kanunun ön inceleme ve izin ile ilgili hükümleri uygulanamaz. Zira, 4483 sayılı Kanun sadece ve sadece “görev sebebiyle” (bu ifadenin 53 üncü maddedeki karşılığı “görev dolayısıyla” olup, bu ifadeden fiilin görevle ilgili olması gerektiği anlaşılmalıdır) işlendiği iddia edilen suçlar bakımından uygulanabilir. Şu halde, yükseköğretim personelinin görev yaptığı sırada bir suç işlediğinin iddia edilmesi halinde 4483 sayılı Kanunun soruşturma öncesi aşamaya ilişkin hükümleri uygulanamayacak, doğrudan ve sadece 53 üncü maddedeki özel soruşturma usulünün işletilmesi gerekecektir. (...) Yükseköğretim personelinin "görevleri dolayısıyla/nedeniyle" suç işledikleri iddiası gündeme geldiğinde, yukarıda yer verilen hukuki değerlendirmeler çerçevesinde, 4483 sayılı Kanunun ilgili düzenlemeleri uyarınca soruşturma öncesi izlenmesi gereken usulün işletilmesi gerekir. Bu durumda, ilgisine göre soruşturma izni vermeye yetkili başkan veya rektörden izin alınması, izin vermeye yetkili merci olarak başkan veya rektör tarafından ön inceleme yapmak üzere bir veya birden fazla kişinin görevlendirilmesi, söz konusu kişi/kişilerce hazırlanacak rapor sonrasında soruşturma aşamasına geçilmesi için izin verilmesi veya izin verilmemesi yönünde karar verilmesi, verilen kararların ilgililerce itiraza konu edilebilmesi, süresi içinde itiraz edilmemesi veya itirazın reddi/kabulü üzerine verilen kararın kesinleşmesi, kesinleşen kararın soruşturma izni verilmemesi yönünde olması halinde soruşturma aşamasına geçilmemesi, kesinleşen kararın soruşturma izni verilmesi yönünde olması halinde ancak 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde düzenlenen ilk soruşturma ve sonrasında da son soruşturma usulünün işletilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmenin, görevleri dolayısıyla/nedeniyle suç işledikleri iddiası gündeme geldiğinde yükseköğretim personelinin diğer kamu görevlilerine göre daha fazla himaye edilmesi sonucu doğuracağı eleştirisi yöneltilebilirse de; 2547 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 4483 sayılı Kanunun açık düzenlemelerinin lafzı esas alındığında, bu yöndeki eleştirilerin hukuki geçerliliğinin olmadığı değerlendirilmektedir."⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ Abdullah Uz, "Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanununun Ön İnceleme ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu", **International Anatolia Academic Online Journal, Social Science**, Cilt:2, Sayı:1, 2014, ss.73-86.

Danıştay 2. Dairesi'nin 2004/332 E., 2004/442 K ve 13.05.2004 tarihli kararında bu konuda, yukarıdaki yoruma benzer şekilde, yetkili merciin, soruşturma öncesi bir inceleme yaptırabileceği şu şekilde vurgulanmıştır; " *Soruşturma emri verilmeden evvel yetkili makamın iddia konularını incelemesi ya da görevlendireceği yetkili bir kişiye incelettirmesi...*" ⁵⁹⁷ Danıştay'ın bu yorumundan anlaşılan, yetkili merciin soruşturma öncesi bir ön inceleme yaptırması, yani bir anlamda 4483 sayılı yasada görülen sistemin uygulanmasıdır. Bu da, yukarıdaki yorumu doğrulamaktadır.

3.2.6. Vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin ceza yargılama usulü

Anayasa'nın 128.maddesine göre kamu hizmeti görevlisi şu şekilde tanımlanmaktadır; "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*"

Anayasa'nın 130.maddesine göre, "*kanunda gösterilen usul ve esaslara göre kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir....Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabidir*".

2547 sayılı yasanın 2/1. fıkrasına göre; "*Bu kanun; yükseköğretim üst kuruluşlarını, **bütün yükseköğretim kurumlarını**, bağlı birimlerini ve bunlarla ilgili faaliyet ve esasları kapsar.*" Yani bu yasa, ülkemizdeki "bütün" yükseköğretim kurumlarını istisnasız kapsamakta, tüm yükseköğretim kurumları bu kanunun maddeleri kapsamında bulunmaktadır.

2547 sayılı Kanunun Ek 2. maddesi uyarınca, "*Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli*

⁵⁹⁷ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).

işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, **kamu tüzel kişiliğini haiz olup**, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır”.

Yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 6.maddesinde “Kurulacak yükseköğretim kurumu, vakıf tüzelkişiliği dışında ayrı bir tüzelkişiliğe sahip olur ve bu kurumun gelirleri,geçici olarak dahi hiç bir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemez. Vakıf yükseköğretim kurumuna doğrudan doğruya bağış ve yardım yapılabilir” denilmektedir.

Aynı kanunun Ek 8. madde de ise "Vakıfca kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. **Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır.**" denilmektedir.

Kanunun Ek 10. maddesinde ise; " Vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumları çalışmalarını Devlet yükseköğretim kurumları gibi, her ders yılı sonunda Yükseköğretim Kuruluna sunarlar. Bu kurumlar mali, idari ve ekonomik konularda Yükseköğretim Kurulunun gözetim ve denetimine tabidirler." denilmektedir.

31.12.2005 tarihinde yayınlanan "Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği"nin 4/2 maddesine göre : "Vakıf Yükseköğretim Kurumu: Kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile Vakıflar tarafından kurulmuş bulunan üniversite ile yüksek teknoloji enstitüsü ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, meslek yüksekokulu konservatuarlar, araştırma uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmayan meslek yüksekokuludur." şeklinde tanımlanırken 5. maddeye göre ise Vakıf Üniversiteleri, "Vakıf üniversitesi gelirlerini sadece kendi üniversitelerini ve mülkiyeti üniversitelere ait kurum ve kuruluşları geliştirmek amacıyla harcamak kaydıyla, vakıflar tarafından kanunla kurulmuş bulunan **kamu tüzel kişiliğine sahip**, yüksek düzeyde araştırma, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan, fakülte, enstitü, yüksekokul, meslek yüksekokulu, destek, hazırlık okulu veya birimleri,

benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumudur" . Aynı yönetmeliğin 8. maddesinde ise, "Vakıf üniversiteleri ile vakıf yüksek teknoloji enstitüleri bünyesinde, fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuarlar, meslek yüksekokulları, destek, hazırlık okulları veya birimleri ile **uygulama ve araştırma merkezleri** kurulabilir." denilmektedir. Bu yönetmeliğin 5. maddesi ile Vakıf Üniversitelerinin kuruluşu tanımlanırken, 8. madde ile halen bir çok Vakıf Üniversitesinin Tıp Fakültelerine bağlı olarak çalışan Uygulama ve Araştırma Hastaneleri tanımlanmaktadır.

Aynı yönetmeliğin 15. maddesinde " *Kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf yükseköğretim kurumları, kendilerine ait mal varlıklarına ve bunlar üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olup, vakıf üniversiteleri ve vakıf yüksek teknoloji enstitüleri rektörleri ile bağımsız vakıf meslek yüksekokulları müdürleri hariç her düzeydeki yöneticileri ve diğer personelini, kendi organlarının kararı ile görevlendirebilirler.*" denilmektedir.

Yine yönetmeliğin 23. maddesinde ise; " *Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. (...) Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan **akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir.***" maddesi getirilmiştir.

Kamu Tüzel Kişiliğine sahip Vakıf Üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin kamu görevlisi statüsünde olduğu yasalar ve değişik yargı kararlarında belirtilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6/c fıkrasında kamu görevlisi;" *Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,*" olarak tanımlanmıştır. Bu maddenin gerekçesinde ise kamu görevlisi için; "*Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir*" açıklaması getirilmiştir.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için belli şartların oluşması gerekir. Bunlardan ilki yürütülen işin kamusal faaliyet olması;

ikincisi, bu işin yürütülmesi katılan kişinin faaliyete katılma şekli; üçüncüsü, faaliyetin niteliği ve dördüncüsü ise kişinin **idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmamasıdır. İlk üç şart, maddedeki tanımdan açık olarak anlaşılabilen buna karşılık dördüncü şart gerekçede kendisini ortaya koymaktadır.**⁵⁹⁸

Kamusal faaliyetten söz edilebilmesi için öncelikle kamu adına yürütülen bir hizmetin varlığı şarttır. Bu hizmet herhangi bir hizmet değil, kamu adına yürütülen bir hizmet olmalıdır. Toplum halinde yaşamının bireylere yüklediği toplumsal görevleri yerine getirmek amacıyla örgütlenip yürütülen hizmetler, kamu adına yürütülen hizmet sayılır.(...) Özellikle İdare Hukukunda kamu hizmeti terimi, en geniş anlamıyla “kamuya yararlı hizmet” kavramını kapsayacak şekilde kullanılmakta, bu nitelikte hizmetin özel hukuk hükümleri uyarınca idare eliyle örgütlenmesi veya bizzat özel kişilere gördürülmesi durumunda dahi, söz konusu hizmetler kamu hizmeti sayılmaktadır. Oysa ki, özel hukuk hükümleri uyarınca veya özel kişilerce yürütülen bir kamu hizmetinin kamusal faaliyet sayılması mümkün değildir. Bir başka anlatımla, 5237 sayılı TCK ’nın 6’ncı maddesindeki **kamu görevlisi, kamu görevi ifa edenler dışında, kamuya yönelik ve kamuya yararlı olarak kamu kuruluşlarınca veya kamu kuruluşlarının yakın denetimi altında yürütülen kamu hizmeti ifa edenleri de kapsamaktadır.**⁵⁹⁹

Tüm bu anayasa, yasa ve yönetmelik maddelerinden , vakıf yüksek öğretim kurumlarının kanunla kurulan ve kamu tüzel kişiliği olan kurumlar olduğu ve bu kurumlarda çalışan öğretim elemanlarının da kamu görevlisi olduğu açıktır. Nitekim Danıştay 6. Dairesinin 1998/2072 E, 1999/6209 K ve 07.12.1999 tarihli kararında; *".....Yukarıda yer alan Anayasal düzenleme ile akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden herhangi bir ayırım gözetilmeksizin vakıflar tarafından kurulan yüksek öğretim kurumlarının devlet tarafından kurulan yüksek öğretim kurumları ile eşit statüde olduğu belirlenmiştir.*

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, kamu hizmeti yaptığı tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin... " hükmünü vermiş ve "vakıf üniversitelerinin kamu hizmeti yaptığı tartışmasızdır" kararına varmıştır.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Dönmez, ss.114-115.

⁵⁹⁹ Aydın, s.120.

⁶⁰⁰ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (20.12.2014).

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2009/704 E , 2013/997 K ve 20.03.2013 tarihli bir kararında; "...*Mali ve idari konular dışındaki akademik çalışmalar ve öğretim elemanlarının sağlanması yönlerinden, devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarını bağlayan Anayasa hükümleri vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarını da bağlayacağından, Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumlarından farklı olması; vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen akademik personelin Devlet üniversitesinden alınan lisansüstü eğitim noktasında farklı uygulamaya tabi kılınması sonucuna yol açamaz. Zira, mali ve idari yönden farklılık; vakıf üniversitesinde görev yapan akademik personelin devlet üniversitesinden aldığı "öğretim elemanı sağlanması" kapsamında sayılabilecek lisansüstü eğitim hizmetinde farklı uygulamaya tabi tutulmasını sağlayacak bir anlam taşımamaktadır. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği üzere gerek devlet, gerekse vakıf yükseköğretim kurumlarında görev yapan akademik personelin, akademik ve mesleki yönden aynı Yasal düzenlemelere tabi olduğu ve 2547 sayılı Yasa uyarınca aynı niteliği haiz olduğu açıktır.*

Ayrıca, Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, ***birbiriyle aynı hukuki durumda olanlara veya olması gerekenlere ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Zorunlu ve istisnai hallerde belli kesimler için uygulanan pozitif ayrımcılık dışında eşitlik ilkesi uyarınca hukuki nitelikleri ve durumları benzer olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz ve aynı durumda bulunanlar için farklı düzenlemelere gidilmesi bu ilkeye aykırılık oluşturur. Bu bağlamda, somut olayda eşitlik ilkesine konu olan taraflar, Daire kararında belirtildiğinin aksine üniversiteler değil akademik personeldir ve Anayasa ile 2547 sayılı Yasa uyarınca vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personel ile devlet üniversitelerinde görev yapan akademik personelin hukuki durumu arasında akademik konular ve mesleki yönden yetiştirilmeleri açısından bir fark bulunmamakta olup bilakis 2547 sayılı Yasada anılan akademik personelin aynı niteliği haiz olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla hukuki durum itibariyle aynı konumda bulunan akademik personelin....."*** kararı verilmiştir.⁶⁰¹ Bu karardan anlaşılacağı üzere Danıştay İdari

⁶⁰¹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> ,

Dava Daireleri Genel Kurulu'na göre vakıf ve devlet üniversitelerinin akademik personeli aynı yasal düzenlemelere tabi olup, bu yasa 2547 sayılı yasadır ve nitelikleri de aynıdır. Daha da önemlisi, hukuki durumu aynı durumda bulunanlar arasında farklı düzenlemelere gidilmesinin, eşitlik ilkesine aykırı olduğu vurgulanmaktadır. İleride işlediğimiz gibi, Danıştay'ın bu kararı, sonradan verdiği bazı kararlar ve bazı Anayasa Mahkemesi kararları ile çelişmektedir.

Danıştay 8. Dairesinin 1998/6329 E, 1999/5758 K ve 3.11.1999 tarihli kararında; *"...Bütün bu hükümlerin incelenmesinden, vakıflarca kurulun üniversitelerin de yasa ile devletin gözetim ve denetimi altında kurulduğu, yine devletin gözetim ve denetimi altında devlet üniversiteleri gibi akademik faaliyetlerini yürüttükleri, devletin eğitim ve öğretim yükünü bir bölümünü kar amacı gütmeyen üstlenerek kamu hizmetleri yürüttükleri ve tüzel kişiliğe sahip oldukları yasayla belirtilmektedir. Yükseköğretim sisteminin de yer alan ister devlet üniversiteleri olsun, ister vakıf üniversiteleri olsun: üniversitelerin yükseköğretimde eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma yapmakla görevli olup, amaç yönünden bir farklılıkları bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. "* hükmü verilmiştir.⁶⁰² Danıştay'ın bu kararında da vakıf üniversitelerinin statüleri tekrar belirtilmiş ve devlet üniversiteleri ile aynı amaca yönelik kamu hizmeti yürüttüklerinin altı çizilmiştir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2011/11432 E, 2011/11791 K ve 14.11.2011 tarihli kararında ; *" Davalı O.. Üniversitesi, 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasası gereğince kurulmuş bir vakıf üniversitesi olup vakıf üniversiteleri Anayasa'nın 130 ve 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasası'nın Ek 2 nci maddesi gereğince kamu tüzel kişisidir. Kamu tüzel kişiliği bulunan davalı Üniversitenin sorumluluğu kamu hizmetiyle ilgili ve hizmet kusuruna ilişkindir. Hizmet kusuru sebebiyle uğranılan zararın 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince tam yargı davası olarak idari yargı yerinde açılacak davada ileri sürülmesi gerekir, yerel mahkemece uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu benimsenerek yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı sebebiyle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın*

(20.12.2014).

⁶⁰² kazanci.com, (27.12.2014).

bozulması gerekmiştir. " hükmünü vermiştir.⁶⁰³ Yargıtay'ın bu kararında, daha önceki bölümde incelediğimiz vakıf üniversitesinin hukuki sorumluluğunun idari yargının konusu olduğunu, aynen devlet üniversitelerinde olduğu gibi hizmet kusuruna dayanılarak açılacak davaların idari yargı yerinde açılması gerektiğini vurgulamış, bu kararını bu üniversitelerin kamu tüzel kişiliği olması ve kamu hizmetiyle ilgili olmasına bağlamıştır.

Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2012/5625 E, 2012/8918 K ve 21.5.2012 tarihli kararında da benzer bir karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2012/4-729E, 2013/163K ve 30.1.2013 tarihli kararında vakıf üniversitesi hastanesinde çalışan hekimin tıbbi uygulama hatası ile ilgili davada verdiği kararda; "*Kanunla kurulmuş olan bir Vakıf Üniversitesi olan ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde çalışan davalı doktorun eyleminden sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:*

*2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişi düzenlenmiş olup, bu yasa kapsamında dava dışı ... Üniversitesi 4282 sayılı kanun ile kurulmuştur. Üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi halka sunduğu sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğindedir **davalı çalışanı da kamu görevlisidir.***

***Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında yer almaktadır. T.C.Anayasasının başlıklı 40.maddesinin Ek fıkrası (03/10/2001 - 4709 S.K./16. md.) uyarınca; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."** Hükmünü içermektedir.*

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."; son fıkrasında da "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." şeklindedir.

Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129.maddesinin birinci fıkrasında: Beşinci fıkrasındaki düzenleme ile de; hükümleri yer almaktadır.

⁶⁰³ kazanci.com, (27.12.2014).

Anayasanın bu hükümleri ile amaçlanan, **memur ve diğer kamu görevlilerinin** yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, 12.05.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik, 13. maddesinde yer almaktadır. Anılan kanunun değişik, birinci fıkrasında; hükmü öngörülmüştür.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5 maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; açıkça ifade edilmiştir.

Diğer taraftan uyuşmazlığın çözümünde Anayasanın 129/5 maddesinde yer alan ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır:

Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğretisi ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.2003 gün ve 2003/11-756 E., 2003/743 K. sayılı ilamı).

İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru

oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir (Danıştay 10.Daire 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E.; 1989/857 K. sayılı ilamı).

Yeri gelmişken ve kavramlarıyla amaçlanın ne olduğu üzerinde durulmalıdır: Devletin sorumluluğunun diğer bir şartı da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından ve gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Şu halde, görev ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır.

Memur ve diğer resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur (Eren F., Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Beta, 10. Bastı, s. 590 vd.).

Öte yandan, kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru da sayılmalı ve bu nedenle açılacak dava idareye yöneltilmelidir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Yasanın 13üncü maddesindeki ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasanın 129/5 maddesinde şartından bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirdiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmıştır.

*Davacının bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de **kamu görevlisinin** ihmaline dayanmaktadır.*

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir." hükmü verilmiştir.⁶⁰⁴ Bu kararda açıkça ve değişik paragraflarda Vakıf Üniversite personelinin kamu görevlisi olduğu, kamu görevlisinin tabi olduğu kurallara göre yargılanacağı belirtilmiştir. Daha kısa bir anlatımla vakıf üniversitesi personeli yasalarımıza göre kamu görevlisi statüsündedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 2012/57 E, 2013/213 K ve 5.11.2012 tarihli kararında yine vakıf üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerle ilgili ; ".....Davalı Başkent Üniversitesi de mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilat Kanununun Ek 33. maddesi ile Vakıf Yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur.

*İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konulan ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de **kamu hukukuna tabidirler.***

Dosyanın incelenmesinden davacının, 11.08.2007 tarihinde davalı Üniversite hastanesinde Ampiyem teşhisi ile yapılan yanlış, yersiz ve gereksiz tedavi sonucunda idarenin hizmet kusuru nedeni ile bedensel ve ruhsal bütünlüğünde zarar meydana geldiğini öne sürerek, oluşan zararlara karşılık 20,500 TL maddi ve 100,000.00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte müteselsilen davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle dava açtığı anlaşılmıştır.

⁶⁰⁴ <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (07.01.2015).

Bu duruma göre, Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir. "⁶⁰⁵

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 2012/189 E, 2012/234 K ve 05.11.2012 tarihli kararında; "...DANIŞTAY BAŞSAVCISI; Uyuşmazlığın hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini ortaya koymak için vakıf üniversitesi ile davacı arasında akdedilen sözleşmenin niteliğinin tespiti, bu tespiti yapmak için de sözleşmenin konusu olan **hizmetin, kamu hizmeti olup olmadığı**nın belirlenmesinin gerektiği; kamu hizmetinin, öğretilde ve uygulamada devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulan sürekli ve düzenli hizmetler olarak tanımlandığı, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik isteyen yükseköğretim hizmetinin de niteliği gereği kamu hizmeti olduğu; **ister vakıf üniversitesinde, ister Devlet üniversitesinde olsun öğretim elemanlarına gördürülecek eğitim-öğretim hizmetinin kamu hizmeti olduğunda kuşku bulunmadığından**: vakıf yükseköğretim kurumlarınca bu hizmetin yürütülmesi için, istihdam edilen akademik personel ile vakıf yükseköğretim kurumu arasında akdedilecek sözleşmenin, Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 4.7.1964 günlü, E: 1964/4, K: 1964/344 sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesinin 22.12.1988 günlü, E: 1988/5, K: 1988/55 sayılı kararında, taraflardan birisi kamu tüzel kişisi olan, konusu kamu hizmetiyle ilgili bulunan ve düzenleme biçimi ile yürütme yöntemi, özel hukuk kurallarından çok kamu hukuku kurallarına tabi olması yanında yönetime üstünlük tanıyan hükümler içeren sözleşme olarak tanımlanan "idari sözleşme" niteliğini taşıdığı: idari sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünün ise, 2577 sayılı Yasanın 2'nci maddesinin 1 'inci fıkrasının (c) bendi ile 2576 sayılı Yasanın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendi uyarınca, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için

⁶⁰⁵ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf-9a7f6469ddc7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (07.01.2015).

yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara bakmakla görevli idari yargı yerine ait bulunduğu gerekçesiyle; dava konusu işlemle ilgili olarak, 2247 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi uyarınca yapılan başvurunun reddinin uygun olacağı yolunda yazılı düşünce vermiştir. (...)

ESASIN İNCELENMESİ: (...) Davalı İstanbul Bilgi Üniversitesi de anılan mevzuat hükümleri çerçevesinde 2809 sayılı "Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu"na 4142 sayılı Yasa ile eklenen Ek 38. madde ile vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuştur.

İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstten ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir.

Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır.

Somut olay ve mevzuat hükümleri birlikte irdelendiğinde; davalı Üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştığı davacının; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bu açıdan davacının, iş akdinin feshine ilişkin işleminin de 2577 sayılı Kanununun 2'inci maddesinin 1'inci fıkrasını (a) bendinde tanımlanan iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem

niteliği taşıdığı; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, Anayasayla bu denetim için oluşturulan İdari Yargı'nın görev alanında bulunduğu sonucuna varılmıştır."⁶⁰⁶ Uyuşmazlık mahkemesinin her iki kararında da vakıf üniversitelerinde çalışanların kamu görevlisi olduğu, kamu hukukuna tabi olacakları ve bu nedenle de hukuki anlaşmazlıklarda idari yargı yerinin yetkili olduğu açıkça ortaya konulmuştur.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 2012/190 E , 2012/235 K ve 05.11.2012 tarihli kararında da aynı doğrultuda hüküm verilmiştir.⁶⁰⁷

Buraya kadar olan yasalar, Danıştay, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında vakıf üniversitelerinin kanunla kurulan birer kamu tüzel kişiliği olduğu, bu üniversitelerde çalışan öğretim elemanlarının devlet üniversitelerinde çalışanlarla aynı statüye sahip kamu görevlileri olduğu, hatta sözleşmelerinin idari hizmet sözleşmesi olduğu tartışmasızdır. Yine bu görevliler hakkında açılacak tazminat davalarının aynen memurlar ve diğer kamu görevlileri gibi idari yargıda açılabileceği, bu üniversitelerin de tümüyle 2547 sayılı yasaya tabi oldukları açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Ancak ceza yargılamasına gelince "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılan vakıf üniversitesi öğretim elemanları için bu durum geçerli olamamaktadır. Vakıf Üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının yargılanması usulünde 2547 sayılı yasanın 53/c maddesi uygulanmamakta, kamu görevlisi olmalarına rağmen başta bu üniversitelere bağlı hastanelerde çalışan hekimler olmak üzere tüm öğretim görevlileri genel hükümlere göre yargılanmaktadırlar. Bu durum, bu akademik personelin idare hukuku yönünden kamu görevlisi sayılırken, ceza hukuku yönünden kamu görevlilerine tanınan haklardan yararlanamaması gibi tutarsız bir durum oluşturmaktadır.

Daha önce yazdığımız gibi, devlet üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının ceza soruşturması, 2547 sayılı kanunun 53/c maddesine göre yürütülmektedir. 2547 sayılı kanunun ilk halinde, yükseköğretim personelinin işledikleri suçlardan dolayı yargılanmasıyla ilgili 53/c maddesinde ;" ceza

⁶⁰⁶ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/dd04c688-ffbe-425c-a378-fa1a15093904?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (07.01.2015).

⁶⁰⁷ <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/b298881e-0923-4926-8779-c415ae6d5282?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (07.01.2015).

kovuşturması usul ve esaslarında genel hükümler uygulanır" demek suretiyle bu personelin de soruşturma ve kovuşturmasının genel hükümlere göre yapılacağı vurgulanmıştır. Ancak bazı yazarlara göre diğer kamu kurumlarındaki memurların faydalandığı korumadan, onlardan daha hassas bir iş olan bilimsel faaliyette bulunan üniversite personelinin faydalanmaması hem eşitliğe aykırı bir durum ortaya çıkarmış, hem de bazı yükseköğretim personelinin sık sık hakim önüne çıkması sonucunu doğurduğu yakınmalarına neden olmuştur. Bu düşüncelerle 14.04.1982 tarih ve 2653 sayılı Kanun'la 53. maddenin ilgili fıkrası değiştirilmiş ve yükseköğretim kurumu personeli için de özel soruşturma usulü öngörülmüştür.⁶⁰⁸

Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği olduğu, öğretim görevlilerinin kamu görevlisi olduğu ve hukuki sorumlulukları bakımından kamu hukuku ve idare hukukuna tabi olduklarını kararlarında belirten Danıştay'ın, bu görevlilerin cezai sorumluluklarına bakış açısı ise farklıdır. Danıştay 2. Dairesi'nin 2001/1035 E, 2002/3424 K ve 10.10.2002 tarihli kararında şu hüküm verilmiştir; "2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek maddelerinde Vakıf Üniversitelerinin kuruluş ve işleyişlerine ilişkin düzenlemeler açıklandıktan sonra, Devlet yükseköğretim kurumlarından farklı olarak Ek 5 inci madde de; Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumunun vakıf yönetim organı dışında vakıf idare uzvu tarafından seçilen en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti olacağı, vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğinin temsil eden bu mütevelli heyetin vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticilerini Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşünü alarak atayacağı, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ile öğretim elemanları ve diğer personelin sözleşmelerini yapıp atamalarıyla görevden alınmalarını onaylayacağı belirtilmiş, Ek 8 inci maddede de; vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumundaki akademik organlar ve öğretim elemanlarının niteliklerinin Devlet yükseköğretim kurumundakiler gibi düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi ilgili yasalarda vakıf üniversiteleri mensuplarının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinin değişik bendinde öngörülen soruşturma usulüne veya Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'a tabi

⁶⁰⁸ Serkan Çınarlı, Sevinç Arslan Hızal, Abdullah Hızal, " Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", **Leges Hukuk Dergisi**, Sayı:3 , 2013,(CEZA),sayfa:40.

olacaklarına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Buna göre vakıf üniversitesi personeli hakkında yukarıda anılan Yasalar uyarınca özel soruşturma usulünün uygulanabilmesi, buna olanak veren bir yasa hükmünün mevcudiyetine bağlı bulunduğundan sanıklar hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle ... Üniversitesi Rektör Vekili ile beraberindekiler hakkında anılan yasalar uyarınca soruşturma yapılmasına ve karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, meni muhakemeleri yolunda verilen YÖK Başkanlığı Yetkili Kurul kararının bozulmasına, haklarında karar verilmesine yer olmadığına ve genel hükümlere göre işlem yapılmak üzere dosyanın yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi için yerine geri çevrilmesine 10.10.2002 gününde oybirliği ile karar verildi. " ⁶⁰⁹

Yine Danıştay 1. Dairesinin 2005/325 E. , 2005/938 K. sayı ve 12.07.2005 tarihli kararında; "...Hükümlerine yer verilmiş, **bu kurumlarda görevli akademik veya diğer personelin, görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.**

Bu durumda, sözü edilen personel hakkında 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, suç işledikleri ileri sürülen bu kişiler hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir." hükmü verilmiştir. ⁶¹⁰

Danıştay 1. Dairesinin 2013/777 E. , 2013/804 K. ve 11.06.2013 tarihli yeni bir kararında şu hükmü vermiştir; "...öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yükseköğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejim gözönünde bulundurularak bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini

⁶⁰⁹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (08.01.2015).

⁶¹⁰ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, (08.01.2015).

yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olmalarına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Bu durumda, ... Üniversitesi Rektörü hakkında 2547 sayılı Kanun'un 53 üncü maddesi hükümlerinin uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından, suç işlediği ileri sürülen ... hakkında genel hükümler uyarınca işlem yapılması gerekmektedir."

Bu karara yazılan karşı oy yazısında ise şu görüşlere yer verilmiştir;

*" Yükseköğretim üst kuruluşlarının başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında özel ceza soruşturması usulü düzenlemelerini içeren 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin (c) fıkrasında, **hiçbir ayırım yapılmaksızın, tüm yükseköğretim kurumları fıkra kapsamında zikredilmiştir.***

*Vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personele yönelik disiplin, sözleşme süresinin uzatılmaması gibi işlemlerin idari yargıda açılan davalarda görülmekte olduğu, bunlar yönünde 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin uygulanamayacağı belirtilmesinin, anılan Kanun kapsamında **Devlet üniversitelerinde görevli akademik personelle vakıf üniversitelerinde görev yapan akademik personel arasında Kanun nezdinde sağlanan eşitliği zedeleyeceği, öte yandan, vakıf üniversitelerinin 2547 sayılı Kanun'a tabi birer yükseköğretim kurumu oldukları ve bu üniversitelerde görevli akademik personelin anılan madde hükmü dışında tutuldukları yolunda açık yasal düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim gerek Anayasanın 130'uncu maddesi gerek Anayasa Mahkemesi kararları ve Danıştay'ın ilgili daire ve kurul içtihatlarının bu doğrultuda olduğu, başka bir anlatımla Devlet Üniversitelerinde görev yapan akademik personel ile Vakıf Üniversitelerinde görev yapan akademik personelin aynı statüde bulunduğu kabul edilmektedir.**"⁶¹¹ Bu karşı oy yazısında yukarıda yasal mevzuat ve çeşitli yargı kararlarıyla belirtmeye çalıştığımız vakıf üniversiteleri personelinin sorunlu durumu ortaya konmaktadır. Bu yazıda belirtilen "devlet ve vakıf üniversitelerinde görev alan akademik personel arasında kanun nezdinde sağlanan eşitlik", "vakıf*

⁶¹¹ <http://m.friendfeed-media.com/4ba6f8481e8f50d6bbe1425ae8031d4055549429> , (20.02.2015).

üniversitelerinin 2547 sayılı Kanun' a tabi olduğu" ve çeşitli yargı kararlarına yapılan atıflar özellikle önemli ve çelişkiye dikkat çeken noktalar olarak görünmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 2013/58 E, 2013/114 K ve 10.10.2013 tarihli kararında ise devlet ve vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının eşitliği konusunda şöyle bir yorumda bulunmuştur; *"...Başvuru kararında, yargılama makamları tarafından icra edilmeyen iddia ve savunma görevlerinin, başka kişi veya kişilerce yerine getirilmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile 140. maddesinde yer alan hâkimlik ve savcılık meslek ilkelerine aykırılık teşkil edeceği, bunun yanında vakıf üniversitelerinde çalışan kişilerle, Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin farklı yargılama usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasında, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile 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 yapılacak ceza soruşturması usulü düzenlenmektedir. Bu fıkrada, anılan görevleri yapanlar hakkındaki ceza soruşturmasının Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmayacağı; bu görevlilerin Kanun'da belirtilen kişi ve kurullar tarafından soruşturulacağı; eğer kamu davası açılmasına gerek görülürse soruşturma dosyasının "kamu davası açılmak üzere" yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'a göre, ceza soruşturmalarında genel görevli olan Cumhuriyet savcısının, bu görevleri yapanlar hakkındaki ceza soruşturmalarında herhangi bir değerlendirme ve karar yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil,

hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da toplumlar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Hukuk devletinde kanun koyucu, yargılama hukukuna ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede soruşturma makamlarının belirlenmesi, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." denilmek suretiyle bu husus hüküm altına alınmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk, antlaşmalar ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlara ilişkin ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır.

*Devlet üniversitelerinde görev yapanlar hakkındaki soruşturma usulünün itiraz konusu kural çerçevesinde özel olarak düzenlenmesi de bu kapsamda **kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde** kalmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanarak, **Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin ceza***

soruşturmalarının idari kurullar tarafından yürütülmesi hususunu düzenlemesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

*Diğer yandan, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır."*⁶¹² Görüldüğü gibi bu kararla Anayasa Mahkemesi, devlet ve vakıf üniversitelerinin aynı hukuksal durumda olmadığını bu nedenle de aynı kurallara tabi olamayacaklarını vurgulamıştır. Oysa yukarıda verdiğimiz bir çok karar ve mevzuatta bu durum farklı yorumlanmış ve hukuksal durumlarının aynı olduğuna karar verilmiştir. Ülkemizdeki vakıf ve devlet üniversitelerinin tamamının 2547 sayılı yasaya tabi olduğunu bu yasanın 2/1. maddesi belirttiği halde, Anayasa Mahkemesi, 53/c maddesinin sadece devlet üniversiteleri için geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu hükmün çelişkili ve sorunlu olduğu açıktır.

Daha eski ve 1961 Anayasasına göre alınmış bir kararda farklı bir yoruma gidilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1976/1 E, 1976/28 K ve 25.05.1976 tarihli kararında; "*...Aynı kamu hizmeti görenlerin bir bölümünün üniversite ile olan ilişkilerinde kamu hukukuna, diğerlerinin de özel hukuk hükümlerine tâbi tutulması başlı başına bir eşitsizlik oluşturur. Çünkü eşit durumda bulunan ve Devletin başta gelen öğrenim ve eğitim gereksinmesini sağlamak üzere görevlendirilmiş olan kişilerin değişik hukuk kurallarına bağlanmalarında hiç bir haklı neden yoktur ve gösterilemez.*" hükmünü vermiştir.⁶¹³ Görüldüğü gibi aynı mahkemenin 1976 ve 2013 tarihli kararları ve gerekçeleri arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Zira, vakıf üniversitelerinde olduğu gibi Mütevelli Heyeti tarafından yönetimi belirlenen ve o yıllarda görece özerk bir üniversite olan Ortadoğu Teknik Üniversitesi için verilen bu kararda bu üniversite ve çalışanlarının da kamu hukukuna tabi oldukları, çünkü devlet üniversiteleriyle eşit oldukları vurgulanmaktadır.

⁶¹² <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b881ef25-1627-46c6-8251-7a3fdd84908b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (08.01.2015).

⁶¹³ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (09.01.2015).

Yukarıda belirttiğimiz anayasa ve yasa maddeleri, Danıştay, Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında Vakıf Üniversiteleri, devlet üniversiteleri ile tamamen eşit statüde ve aynı hukuki konuma sahip olduğu belirtilmekteyken, Anayasa Mahkemesinin 2013/58 E, 2013/114 K ve 10.10.2013 tarihli kararında "aynı olmadıkları", "statülerinin farklı olduğu" belirtilmiş ve idarenin takdir hakkından söz edilmiştir. Bu karar ve önceki yazdığımız kararlara göre, vakıf üniversitesi personeli bazı durumlarda yasalarımıza göre "kamu görevlisi" statüsünde kabul edilmekte, bazı durumlarda ise kamu görevlisi statüsünün getirdiği yasal haklardan yararlanamamaktadırlar. Oysa 2547 sayılı yasanın birinci maddesinde " *bütün yükseköğretim kurumlarının ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları* " ibaresi ile, yasanın tüm yükseköğretim kurumlarını kapsamına aldığı açıktır. Bu durum kanunun belirli maddelerinin Vakıf Üniversitelerini kapsamaması, belirli maddelerin ise kapsam dışında olması gibi çelişkili bir durum yaratmaktadır. Diğer bir deyimle "bu üniversiteler 2547 sayılı yasaya göre kurulur, idare edilir ve denetlenir, ancak ceza soruşturmasını düzenleyen 53/c maddesi bu kapsam dışındadır" gibi sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır. Başka bir yorumla vakıf üniversitesi personeli, kamu görevlilerine tanınan özel ceza soruşturma usulleri açısından, diğer kamu görevlilerinin **istisnası** durumunda kalmaktadır.

Vakıf üniversitelerinin hukuki niteliklerini tartışırken kanaatimizce Anayasanın 123. ve 130. maddelerini birlikte ele almak gerekecektir. Anayasa Mahkemesi, kararlarında, vakıfların "üniversite" adı ile kuracakları yükseköğretim kurumlarının, Anayasa'nın 130. maddesi gereğince "kamu tüzel kişisi" olduklarını kabul etmektedir. Yine Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme ile genel bir kural getirilerek kamu tüzel kişilerinin yasa ile veya yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağını öngörmektedir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, öğretilerde bazı yazarlar kanun koyucu tarafından yapılan bu düzenlemelerin, açıkça kamu tüzel kişiliğini Anayasa'dan alan bazı hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının kurulabilmesini sağlamak amacıyla yönelik olduğunu ifade etmektedirler. Bu durumda vakıf üniversiteleri her ne kadar özel kişi olarak nitelenen "vakıflar" tarafından kurulmuş olsalar da, ortaya çıkan kuruluş, görev ve yetkiler bakımından kamusaldır. Bu yüzden; vakıf üniversiteleri özel kişi

olarak değerlendirilemezler. Gerek yargı içtihatları gerekse doktrin yönünden incelendiğinde vakıf üniversitelerinin kamu hizmetini yürütmekle görevli, kamu gücü ile donatılmış, kamu kurumları olarak kabul edildikleri görülmektedir. Nihayet 2809 sayılı Yükseköğretim Teşkilatı Hakkındaki Kanuna eklenen ek maddelerle kurulan tüm vakıf üniversitelerinin "yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlere tabi olmak üzere kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar" olduğu belirtilmektedir.⁶¹⁴

Danıştay kararlarından anlaşılan, Danıştay, Vakıf Üniversitelerindeki personelin öncelikle 4483 sayılı yasaya değil, özel kanun olan 2547 sayılı yasaya tabi olduğunu kabul etmekte, sonrasında ise 53/c maddesine atıf olmadığı gerekçesi ile kamu görevlisi statüsüne sahip bu personelin yargılanmasının genel hükümlere göre yapılacağına hükmetmektedir. Danıştay'ın bu konuda önerdiği çözüm, yasa koyucunun yeni yasal düzenleme yapmasıdır. Danıştay'ın bu yorumu nedeniyle Vakıf Üniversitesinde çalışan öğretim elemanları, yine Danıştay kararlarına göre, kamu görevlisi olmalarına rağmen hem 4483 hem de 2547 sayılı kanunların kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durum, bu üniversitelerdeki kamu görevlilerinin mağdur olmasına yol açmakta ve gerek 2547 ve gerekse 4483 sayılı yasaların gerekçelerine aykırı sorunlara yol açabilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda yer alan özel ceza soruşturması usulü 14.04.1982 tarihli 2653 sayılı Kanunun 3. maddesi ile getirilmiştir. Türkiye'de ilk vakıf üniversitesi ise 20 Ekim 1984 tarihinde kurulan Bilkent Üniversitesidir. Görüldüğü üzere söz konusu ceza soruşturması usulü yürürlüğe girdiğinde vakıf üniversiteleri henüz kurulmamış idi. (...) Üniversite personeli hakkında özel soruşturması usulünün benimsenmesine ilişkin yukarıdaki görüşleri de göz önünde bulundurduğumuzda yasa koyucunun vakıf üniversitelerini kanun kapsamına almama gibi bir iradesinin bulunduğu dair bir yorum yapılması kanımızca mümkün değildir. Vakıf üniversitesi personeli kamu personeli statüsünde olduğuna göre bugün itibarıyla bu özel düzenlemeye tabidir. Aksi bir düşünce yasa koyucunun amacı ile çelişir. Çünkü kanaatimizce, özel bir soruşturması usulü getirilmesindeki amaç öğretim üyelerini yapılan şikayetler neticesinde gereksiz yere Cumhuriyet savcısının karşısına çıkararak işlerini yapamaz hale gelmelerinden korumak olduğuna göre, aynı statüye tabi fakat bir kısmı devlet üniversitelerinde, bir kısmı

⁶¹⁴ Çınarlı, (CEZA), s.40.

vakıf üniversitelerinde görev yapan personeli bu yönde ayırmak Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.⁶¹⁵

Kuruluşundan itibaren tümüyle 2547 sayılı yasaya tabi olarak çalışan Vakıf Üniversiteleri Öğretim Elemanlarının ve konumuz olması nedeniyle de burada çalışan hekimlerin, devlet üniversitelerinde çalışan meslektaşları ile aynı maddelerle yargılanmasının gerekli olduğuna inanıyorum. Yargı mercilerinin, 2547 sayılı kanuna tabi oldukları halde, 53/c maddesine atıf bulunmaması gerekçesi ile vakıf üniversitesi personelinin ceza soruşturmasının genel hükümlere tabi olacağına karar vermeleri sonucunda yapılması gereken hızla bir yasal düzenleme ile bu kamu görevlilerini de 2547 sayılı yasa kapsamına alınması ve kamu görevlisi olan bu personelin her an dava açılması veya şikayet edilme baskısı olmadan çalışmasının sağlanması gereklidir.

Diğer yandan, Vakıf Üniversitelerinde çalışan personel yeni bir yasal düzenleme yapılana kadar, Danıştay kararlarında belirtildiği gibi 2547 sayılı yasanın 53/c maddesi dışında tutulacaksa, bu durumda özel kanundan yararlanamayan kamu görevlisi personelin, genel kanun olan 4483 sayılı yasanın 2/1 maddesi gereği, bu yasa kapsamında soruşturulmalıdır düşüncesindeyim. Zira Danıştay, çeşitli kararlarında Vakıf Üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği, bu üniversitelerin personelinin de kamu görevlisi olduğunu kabul etmiştir. Yine Danıştay kararları ile 2547 sayılı yasanın getirdiği özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin Vakıf Üniversiteleri personeline uygulanamayacağı kararı esas alınırca, bu durumda bu kamu görevlilerinin tabi olacağı yasa, 4483 sayılı yasa olmalıdır inancındayım. Yukarıda da belirtildiği gibi aksini düşünmek, yasa koyucunun iradesine ters düşmektedir.

Yükseköğretim Kurumu tarafından bu konuda yeni bir yasa tasarısı hazırlanmıştır. Bu taslağa göre üniversiteler sadece devlet ve vakıf olarak ayrılmamış, üçüncü bir kategori olarak özel üniversite kavramı da tasarıya alınmıştır. Bu tasarının 29. maddesinde vakıf üniversitelerinin statüsü tanımlanmıştır, buna göre;

" Vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluşu ve tabi olduğu esaslar

⁶¹⁵ Çınarlı, (CEZA), s.40.

MADDE 29 - (1) Kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluşuna izin verilebilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir.

a) Vakıf senedinde amaçlar arasında yükseköğretim kurumu kurmaya yer verilmiş olması,

b) Vakfın yönetim organlarının yükseköğretim kurumu kurma hususunda aldığı kararın Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından uygun bulunmuş olması,

c) Vakfın mülkiyetindeki taşınmazlar ile en az yüzde 40'ı nakit olmak kaydıyla malvarlığının Kurul tarafından belirlenen miktardan az olmaması,

ç) Talep edilen yükseköğretim kurumu bünyesinde yürütülecek olan yükseköğretim faaliyeti için asgarî miktarı Kurul tarafından belirlenen büyüklükte taşınmaz veya taşınmazlar üzerinde kurulacak olan yükseköğretim kurumu lehine en geç yükseköğretim kurumunun kuruluş tarihinden itibaren altı ay içinde aynî hak tesis edilmesine yönelik malikler tarafından noter tasdikli taahhütte bulunulmuş ve bu taahhüdün tapuya şerh verilmiş olması,

d) Bu taşınmazın yürürlükteki imar planlarına göre eğitim amaçlı yapılaşmaya müsait olması,

e) Vakfın, Kurul tarafından kabul edilebilecek mücbir sebepler dışında yükseköğretim kurumunu, tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren üç yıl geçtiği halde açmaması veya açamaması veya açılan birimlerde Kurulca belirlenen yetersizliği bir yıl içinde gidermemesi ve Kanun hükümlerine ve tespit edilen esaslara aykırı hareket edilmesi hallerinde, yükseköğretim kurumuna tahsis edilen taşınır ve taşınmazların ve hakların Kurulca belirlenen bir Devlet yükseköğretim kurumuna devrini kabul ettiğine dair taahhüt belgesinin Kurula sunulmuş olması,

f) Kurucu vakfın bulunduğu ilde veya bitişik illerden birinde bulunan devlet üniversitelerinden birisi ile hami üniversite sıfatıyla gerektiğinde eğitim-öğretim faaliyetlerini sürdürme ve destekleme hususunda sorumluluk üstlenmek konusunda protokol yapmış olmak.

(2) Kurulan yükseköğretim kurumuna tahsis edilen taşınır ve taşınmazların mülkiyeti ile aynî haklar, tüzel kişiliğin kazanılması ile yükseköğretim kurumuna intikal eder. Tahsis edilen mal ve haklarla ilgili tescil ve teslim işlemleri kuruluştan itibaren altı ay içinde gerçekleştirilir.

(3) Birinci fıkranın (ç) bendi hükmüne göre vakıf yükseköğretim kurumuna tahsis edilen taşınmazlar üzerinde yükseköğretim amacı dışında başka bir faaliyette ve tasarrufta bulunulamaz. Vakıf yükseköğretim kurumuna tahsis edilen taşınmazlar üzerinde bu Kanun hükümlerine aykırı olarak aynî ve şahsî hak tesisine ilişkin işlemler hükümsüzdür.

(4) Kurulan yükseköğretim kurumu bünyesinde yükseköğretim faaliyetine başlanabilmesi ancak; yükseköğretim biriminin faaliyeti bakımından gerekli ve yeterli altyapı tesislerinin en geç üç eğitim-öğretim yılı sonuna kadar eğitim-öğretime hazır hale getirilmiş olması, eğitim-öğretime başlayacak birimlerin bir yıllık cari giderlerinin yüzde yirmisini karşılayacak tutardaki paranın yükseköğretim kurumu hesabına aktarılmış olması ve Kurul tarafından belirlenen asgari sayıdaki öğretim elemanının sağlanması şartıyla Kurul tarafından verilecek izinle mümkündür.

(5) Kurucu vakıf, ilgili yükseköğretim kurumu mezun verinceye kadar her eğitim-öğretim yılı başında o yıl öngörülen cari eğitim giderlerinin yüzde yirmisini hangi kaynaklardan nasıl karşılayacağını Türkiye Yükseköğretim Kurumuna sunacağı yeminli mali müşavir tarafından düzenlenecek rapor ile taahhüt eder.

(6) Vakıf yükseköğretim kurumlarının ilan edilen öğrenci kontenjanının her programında mevcut öğrencilerin en az yüzde onu tam burslu olarak öğrenim görür.

(7) Vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen akademik personelin Devlet memurluğuna girişe engel bir mahkûmiyetinin bulunmaması gerekir.

(8) Vakıf yükseköğretim kurumlarının eğitim-öğretim faaliyetine ilişkin işlemleri ile öğretim elemanlarının atanma, yükselme ve disiplin işlemleri bu Kanun hükümlerine tabidir ve bu işlemlerden doğan ihtilaflara ilişkin davalar idari yargı mercilerinde görülür.

(9) Vakıf yükseköğretim kurumları mal varlıklarının yüzde ellisini aşacak düzeyde borçlanamazlar. Gelir gider ve kredi işlemleri ile borçlanma durumlarını yıllık olarak Kurula bildirirler.

(10) Vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluşuna ilişkin esas ve usuller Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." Görüldüğü gibi bu kanun taslağı ile vakıf üniversitelerinin hukuki statüleri daha net bir şekilde belirlenmeye çalışılmış ve bu üniversitelere daha sıkı bir denetim mekanizması getirilmiştir.

Tasarının 76. maddesi ise Adli Soruşturmaları dzenlemektedir. Bu taslağa göre adli soruşturmalar;

"MADDE 76 - (1) Görevi ile bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı;

a) Başkan hakkında Başkanın katılmadığı ve Milli Eğitim Bakanının başkanlığında yapılan Genel Kurul toplantısında, kendi yeleri arasından seçilecek en az üç kişiden oluşan bir komisyon oluşturulur. Bu komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapora istinaden, Kurul Milli Eğitim Bakanının başkanlığında yapılan ancak Başkanın katılmadığı toplantıda yapılacak olan gizli oylama ile,

b) Genel Kurul yeleri, ölüme Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanı ve yönetim kurulu yeleri hakkında, Genel Kurulun kendi yeleri arasından seçeceği en az üç kişiden oluşan bir komisyonca yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapora istinaden, Genel Kurulda yapılacak olan gizli oylama ile,

c) Vakıf ve özel yükseköğretim kurumları mütevelli heyet başkan ve yeleri, niversite konseyi başkan ve yeleri, rektörler, yükseköğretim kurumu statüsündeki özel veya vakıf meslek yüksekokulu müdürleri hakkında Genel Kurulun kendi yeleri arasından seçeceği üç kişilik komisyonun hazırlayacağı rapora istinaden, Yüksek Disiplin Kurulunda yapılacak gizli oylama ile,

) Kurul idari personeli hakkında, Başkanın görevlendireceği üç kişi tarafından yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapora istinaden, Başkan tarafından,

d) İdarî görevi olsun veya olmasın, ğretim elemanları ile yükseköğretim kurumlarının idari personeli hakkında, rektörün görevlendireceği üç kişi tarafından yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapora istinaden, niversite yönetim kurulunda yapılacak olan gizli oylama ile, soruşturma izni verilmesine karar verilebilir.

(2) Görevi ile bağlantılı olarak suç işlediği iddia edilen kişi, hakkında karar verecek olan kurulun yesi olduğu takdirde, bu kurulda kendisiyle ilgili olarak inceleme komisyonu oluşturulması ve soruşturma izni verilip verilmemesi için yapılan müzakere ve oylamalara katılamaz.

(3) Öğretim üyeleri ile ilgili olarak oluşturulan inceleme komisyonlarına seçilecek öğretim üyelerinin, suç işlediği iddia edilen öğretim üyesi ile aynı veya daha üst akademik unvana sahip olması şarttır.

(4) Soruşturma izni verilmesine ilişkin kararlara karşı ilgili kişi, izin verilmemesine ilişkin kararlara karşı ise Cumhuriyet savcısı veya zarar gören Danıştay'a itiraz edebilir.

(5) Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibarıyla üst dereceliye göre tayin olunur.

(6) Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

(7) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar hakkında diğer kanunların doğrudan soruşturmaya başlamayı öngören hükümleri uygulanmaz. Bu hallerde de bu maddede belirlenen hükümlere göre soruşturma yapılır.

(8) Üniversite konseyi başkan ve üyeleri ile vakıf ve özel yükseköğretim kurumları mütevelli heyet başkan ve üyeleri, öğretim elemanları ve diğer idari personeli, bu Kanun kapsamına giren görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bu kişilere karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar.⁶¹⁶

Bu taslakla, üniversitelerde yapılacak ceza soruşturmalarında "görevi ile bağlantılı" suçlar vurgusu yapılarak, 2547 sayılı yasadaki "görevi sırasında" işlenen suçlar ibaresi kaldırılmış, bu kamu görevlilerinin tabi olduğu özel ceza soruşturması usulünün kapsamı daraltılmıştır. Ancak, bu yasa taslağı ile, vakıf üniversiteleri de devlet üniversiteleri ile aynı kapsama alınmış, 2547 sayılı yasadaki soruşturma usulüne ise pek dokunulmamıştır. Eğer bu taslak yasalaşırsa, şu an vakıf üniversitesi personelinin ve konumuz olan vakıf üniversite hastanelerinde çalışan hekimlerin ceza yargılaması usulü daha netleşecektir.

Sonuç olarak, şu an itibarıyla Vakıf Üniversitelerinde çalışan öğretim üyelerinin ceza soruşturma ve kovuşturmaları, Özel Hekimlik bölümünde söz ettiğimiz gibi, genel usullere göre yapılabilmekte ve Cumhuriyet Savcılığı'nca bu

⁶¹⁶ **Yükseköğretim Kanunu Taslağı Önerisi**,
<https://yeniyasa.yok.gov.tr/files/deaed4775cb01c29786a7dda47c57672..pdf>, (10.01.2015).

kamu görevlileri hakkında, herhangi bir ön incelemeye gerek duyulmadan adli yargıda doğrudan dava açılabilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUKLARI

Latince “disciplina” ve Fransızca “discipline” kökenli olan disiplin sözcüğü; Türkçede sıkı düzen, yöntem, yol, yordam, eğitime, yola getirme ve güdüleme anlamına gelmektedir. Sözlük anlamı ile disiplin , “yasa ,kural ve toplum düzenine uygun davranma niteliği” demektir. Disiplin kelimesi çoğunlukla ceza sözcüğü ile birlikte ve onunla yan yana düşünülür.⁶¹⁷

Disipline ilişkin kurallar sadece memurlara özgü uygulama alanı bulmaz. Bunlar kamu otoriteleri kadar, yarı kamusal ya da tamamen özel nitelikli teşekküllerde de etkili ve geçerlidir. Özel işletmelerde disiplinin başlıca gerekçesi ekonomi ve verimliliğin sağlanmasında bir araç olmasıdır. (...) Hukuksal anlamda disiplin kavramının ne olduğunu belirleyen ve bütün unsurlarını ihtiva eden genel bir tanım bulunmamakla birlikte, Anayasa'da, özellikle kamu personeli disiplin hukukunu ilgilendiren bir çok hükme rastlamak mümkündür. Disiplin hukuku ve onun branşları üzerinde, kamu görevlileri hukuku oldukça etkili olmuştur. Disiplin hukukuna giren bir fiil aslında sadece kamu görevlilerinin işlediği bir fiil değildir. Bütün bunlardan ülkemiz bakımından disiplin uygulamasının birden çok yargı düzenini, örneğin idari, adli yargıyı ilgilendirebilen bir özellik taşıdığı söylenebilir.(...) Modern devletlerde bu hukuk dalı kodlaştırılmış, kurumlaştırılmış ve ayrı bir yargı sistemi meydana getirilmiştir. Kanunlaştırma hukuk gelişiminde ileri bir aşamayı oluşturur, ancak Türk disiplin hukukunun henüz bu aşamaya ulaşmadığını, disiplin hukukunun sadece askerlerle ilgili bölümünün kanunlaştırılmış olduğunu belirtmeliyiz.⁶¹⁸

"Disiplinin amacı, var olduğu toplulukta veya kurumda, hizmetlerin iyi bir şekilde görülmesi olarak öngörüldüğünden bu amaca ulaşmak için müeyyideye ihtiyaç duyulur. Ord.Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın yapmış olduğu tanım bütün

⁶¹⁷ **Disiplin Hukuku ve Uygulaması,**

http://www.ibb.gov.tr/sites/teftiskurulu/seminerler/Documents/Disiplin_Hukuku.swf,
(06.02.2015), s.2.

⁶¹⁸ Sancakdar, s.149.

makale ve diğer eserlerde hemen hemen kullanıla gelmektedir. Buna göre “Disiplin cezaları memurun mesleki hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı kendisine tatbik edilen zecri müeyyidelerdir.” Prof. Gözübüyük’ün yaptığı tanım ise şöyledir; “Memurların birlikte bulunmasının ve çalışmasının sağlanabilmesi için uygulanan yaptırımlardan biri de disiplin cezalarıdır.”

Bir kurumda çalışan memurların kurum düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlara kısaca disiplin cezaları olarak ifade edilmektedir.

Literatürde rastlanan diğer bir tanım ise şöyledir; “Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamunun yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak getirilmiş bulunan yaptırımlardır.”

Sonuç olarak; kamu hizmeti ve görevlerinin sağlıklı, düzenli ve zamanında gereği gibi yürütülmesini ve yerine getirilmesini temin etmek için kanun, tüzük ya da yönetmeliklerin kamu görevlilerine ve hizmetlilerine emrettiği ödevleri yurt içinde ya da yurt dışında yerine getirilmesini öngören anlayışa “disiplin”, bu ödevleri yerine getirmeyenler ile uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara ve yasakladığı işleri yapanlara eylemin niteliğine ve ağırlığına göre uygulanan idari yaptırımlara da “disiplin cezası” denilmektedir.”⁶¹⁹

Alman disiplin hukuku incelendiğinde, görülen disiplin hukukunun bir “**ultima ratio**” olduğudur. Ceza hukuku terimi olarak bütün hukuk dallarındaki çözüm yollarının tüketilip en sonunda ceza hukukuna başvurulması anlamına gelen bu terim, Alman disiplin hukukunda disiplin hukukuna gitmeden, amirin ya da kurumun memur üzerindeki diğer tüm yaptırım ve denetim yollarını tüketmesi ancak bunların yeterli olmaması durumunda disiplin hukukuna başvurulması anlamına gelir. Aslında bu durum son derece yerindedir. Burada amaç, memurun verdiği yanlış kararları ya da hataları cezasız, diğer bir deyişle disiplinsizliği cezasız bırakmak olmayıp, kamu hizmetinin eksiksiz yerine getirilmesinin sağlamaktır. Alman hukukunda memurlara yönelik disiplin soruşturması ve ceza verilebilmesi için İdare Mahkemelerinin disiplin davalarına bakan bölümleri ve Yüksek İdare Mahkemeleri'nin disiplin konularına bakan senatoları oluşturulmuştur. Eyaletler bir

⁶¹⁹ **Disiplin Hukuku ve Uygulaması,**

http://www.ibb.gov.tr/sites/teftiskurulu/seminerler/Documents/Disiplin_Hukuku.swf,
(06.02.2015), ss.3-4.

bölgede birden fazla mahkemeyi disiplin konusu ile ilgili olarak görevlendirebilirler. Eyalet disiplin kanununa göre, bir mahkeme disiplin konusunda görevli ise, aksi belirtilmedikçe bu mahkeme bölgesinde aynı zamanda bu kanuna göre davalara bakmaya yetkilidir.⁶²⁰

Disiplin Rejimi memurların disiplin suçlarını cezalandırmaya yönelik bir rejimdir. Disiplin rejimi önleyici değil, cezalandırıcı niteliktedir. Ancak disiplin cezası korkusu, memurları gerektiği gibi davranmaya da sevk ettiği için önleyici bir etkiye de sahiptir.⁶²¹

Bir başka görüşe göre ise, disiplin sistemleri 3 gruba ayrılmaktadır. Bunlar "otokratik", "demokratik" ve "karma" sistemlerdir. Disipline yapıcı (constructive) ve bastırıcı (repressive) olmak üzere iki farklı işlev yüklenebilir. Bu bağlamda bastırıcılığı esas alan otokratik disiplin çalışma hayatında en geniş ölçüde hakim olan disiplin anlayışı olup bu tür disiplinde yaptırımlar sert, şiddetli olmakta ve empoze edilmektedir. Dolayısıyla korku disiplinin temelidir. (...) Demokratik disiplinde bastırıcılık yerine yapıcı bir anlayış esas alınmakta, emirlerin kaynağını oluşturan işin icapları astlarca bilinirse emirlere kendiliğinden uyulmaya başlanmış olacağı anlayışı esas alınmaktadır.⁶²²

"Disiplin rejimi, oluşan disiplin suçlarını cezalandırmaktadır. Her ne kadar "ceza" terimi kullanılsa da , disiplin cezası kavramı ile ceza hukuku anlamında ceza kavramı arasında önemli farklar ve benzerlikler vardır. Farklılıkları şöyle özetleyebiliriz;

1-Ceza Hukuku suç ve cezaları geneldir ve herkese uygulanırken, Disiplin Hukuku suç ve cezaları sadece memurlara uygulanır.

2-Ceza Hukuku cezaları hürriyeti kısıtlayıcı nitelikte iken , Disiplin Hukuku cezalarında bu nitelik yoktur.

3-Ceza Hukuku suç ve cezaları adli, disiplin hukuku suç ve cezaları idari niteliktedir.

⁶²⁰ Serkan Çınarlı, "Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:1, 2011,(DİSİPLİN), ss.52-53.

⁶²¹ Serkan Çınarlı, "Memurların Disiplin Rejimi", **İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Programı Ders Sunumu**, (MEMUR) 2014.

⁶²² Sancakdar, s.150.

4-Ceza Hukukunda kıyas yoluyla suç ve ceza oluşturulması mümkün değilken, Disiplin Hukukunda kıyas mümkündür. (Ancak yargı kararlarında “kanunilik” ilkesi öne çıkmıştır).

5-Ceza Hukuku suç ve cezaları ile kamu düzeni, Disiplin Hukuku suç ve cezaları ile kurum düzeninin korunması amaçlanmıştır.

6-Ceza Hukukunda hakim, Disiplin Hukukunda idari mercilerce cezalandırma yapılır.

7-Ceza Hukukunda kasıt ve taksir dikkate alınırken, Disiplin Hukukunda genel olarak dikkate alınmaz.

8-Ceza Hukukunda bazı suçların takibi şikayete bağlı iken , Disiplin Hukukunda şikayetten vazgeçmenin önemi yoktur.

İki kavramın benzerlikleri ise şöyle özetlenebilir;

1- Ceza ve Disiplin Hukuku cezaları şahsidir.

2- Ceza ve Disiplin Hukukunda yapılacak düzenlemeler geçmişe yönelik olamaz.

3- Ceza ve Disiplin Hukukunda yapılan düzenlemelerde ilgililer hakkında lehe olan hükümler uygulanır.

4- Ceza ve Disiplin Hukukunda adil yargılama ve savunma hakkı önemlidir.

5- Ceza ve Disiplin Hukukunda aynı eylemden dolayı aynı kişiye birden fazla ceza verilemez.

6- Ceza ve Disiplin Hukukunda zamanaşımı süreleri vardır.

7- Ceza ve Disiplin Hukukunda genel kural olarak kanunu bilmemek mazeret sayılmaz.

8- Ceza ve Disiplin Hukukunda hem ağırlaştırıcı ve hem de hafifletici haller söz konusudur."⁶²³

Yasa koyucu, disiplin suç ve cezalarını tüzük veya yönetmelikle değil, kanun ile düzenlemiştir. Disiplin hukukunda suçlar konusunda olmasa da cezalar konusunda *kanunilik ilkesi* geçerlidir. Yani disiplin hukukunda "kanunsuz ceza olmaz (*nulla poena sine lege*)" ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, disiplin cezası vermeye

⁶²³ Çınarlı, (MEMUR), 2014.

yetkili makam sadece kanun tarafından öngörülmüş olan disiplin cezalarından birini verebilir; öngörülmemiş bir cezaya hükmedemez.⁶²⁴

Buna karşılık Disiplin hukukunda "kanunsuz suç olmaz (*nullum crimen sine lege*)" ilkesi geçerli değildir. Bunun çeşitli nedenleri vardır. Bir kere, disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz bir listesini yapmak imkansızdır. Eğer disiplin hukuku alanında kanunilik ilkesi geçerli olursa, kanunla öngörülmemiş ama kurumun düzenini bozan fiillerin disiplin cezasıyla cezalandırılması mümkün olmaz. Keza, disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olursa, kıyas yoluyla disiplin suçu da yaratılamaz.⁶²⁵

Disiplin cezalarının hangi disiplin suçları için verileceği mevzuatta düzenlenmiştir. Ceza hukukundaki kıyas yasağının, disiplin hukukunda uygulanmayacağı ve dolayısıyla kıyas yoluyla disiplin suçu ihdas edilebileceği söylenebilir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 12. maddesinde "*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir.*" demek suretiyle kıyas müessesesini kabul ettiği görülmektedir. Buradaki "benzer eylem" teriminin kıyas yolu ile ceza tayini olduğu kabul edilmektedir. Ancak Danıştay'ın kıyas müessesesini kabul etmediği "*Türk Ceza Yasasının 1.maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olamaz kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğuna kuşku bulunmadığına*" yönündeki görüşünden anlaşılmaktadır.⁶²⁶

Akyılmaz'a göre, disiplin suçları, kamu hizmetinin, hizmetten yararlananlara düzenli ve verimli bir şekilde sunulması için, kurum içi düzeni, disiplini ve hizmeti sunanların statüsünü düzenleyen normlara aykırı hal ve davranışları ifade eder. Disiplin cezası yaptırımını tehdidi taşıyan bu hal ve davranışlar, disiplin mevzuatında, disiplin cezalarının her biri için ayrı listeler halinde sıralanmıştır. Ancak mevzuatta, sayılan bu hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen fiillere de aynı türden cezaların verileceğine dair hükümlere yer verilmek suretiyle, disiplin suçları bakımından "tipiklik" ve "açıklık" ilkelerinden uzaklaşmıştır.⁶²⁷

⁶²⁴ Gözler, s.659.

⁶²⁵ Gözler, s.661.

⁶²⁶ Çınarlı, (DİSİPLİN), ss.43-44.

⁶²⁷ Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1-2, 2002,

Anayasa Mahkemesi de bu konuda 1987/16 E, 1988/8 K ve 19.04.1988 tarihli kararında;" *Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de 'uymama'nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin 'uymama' sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli 'uymamak' kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır."* şeklinde hüküm vermiştir.⁶²⁸ Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi de sadece "kanunsuz ceza olmaz" ilkesinin değil, aynı zamanda "kanunsuz suç olmaz" ilkesinin de disiplin hukukunda geçerli olduğuna vurgu yapmaktadır. Bunun gerekçesini ise, eşitsizlikler, haksızlıklar ve yönetimde keyfiliği önlemek olarak açıklamaktadır ki kanımızca bu karar çok önemli ve doğrudur.

Akyılmaz'a göre; henüz sosyal devletin gereklerini tam olarak yerine getirmemiş olan ülkemizde, kamu görevlisi sayısı da dikkate alınarak disiplin cezalarını, sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife

(DİSİPLİN), s.4.

⁶²⁸ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (15.01.2015).

almak; yine amacının kurum düzenini sağlamak olduğunu ifade ederek, aslında hukuka aykırı disiplin işlemleriyle devlete duyulan saygınlığın ve güvenin zedelenmesi suretiyle toplum düzenine aykırı bir durumun gelişeceğini göz ardı etmek doğru değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi zaten disiplin mevzuatında idareye geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan, belki pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi bulunmaktadır. Bundan daha fazla dikkate alınması gereken ise torba hükümlerdir. Disiplin hukukunda kıyas ilkesini getiren bu hükümler adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedirler. Bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, disiplin suç ve cezalarının 38. madde çerçevesinde değerlendirilmesi halinde bırakın yönetmelikleri, kanun hükmünde kararname ile bile disiplin hukukuna ilişkin bir düzenleme yapılamayacağı; buna bağlı olarak uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinde sıkıntı yaşanabileceği akla gelebilir. Ancak bu meselenin yukarıda ifade ettiğimiz ve Anayasa Mahkemesinin de 38. maddeye aykırı bulmadığı açık ceza normu uygulaması ile aşılması mümkündür. Kaldı ki disiplin suç ve cezalarının 38. madde değil de 128. madde kapsamına girdiği kabul edilse bile maddede açıkca kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden disiplin suçlarının da cezalarının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğu açıktır.⁶²⁹

Her ne kadar Gözler' in yazdığı gibi her disiplin suçunun eksiksiz bir listesini yapmak mümkün değilse de, yönetmelikle "benzer" ibaresinin konularak ceza düzenlemesine kıyas yolunun açılmasının doğru olmayacağına, bunun keyfiliğe yol açabileceğine inanıyorum. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı karşısında , yönetmeliklerle yok sayılması da Normlar Hiyerarşisi kavramına göre mümkün görünmemektedir.

⁶²⁹ Akyılmaz, (DİSİPLİN), s.11.

4.1. ÖZEL SEKTÖRDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Ülkemizde Özel Hastanelerde çalışan hekimlerin tabi olduğu tek tip ve ülke çapında geçerli bir disiplin yönetmeliği bulunmamaktadır. Bu konuda daha çok hastanelerin tek tek kendi çalışma kuralları bulunmakta olup disiplin kuralları da bu kapsamda her hastane için ayrı ayrı belirlenmiştir.

"Özel hastanede çalışan hekim ile hastane arasındaki ilişki, iş sözleşmesi ilişkisi olup, iş hukukuna tabidir. İş mevzuatındaki hükümler dışında, ülkemizde disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeler genellikle toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde yer almaktadır. Uygulamada, iç yönetmelikler ya toplu iş sözleşmesinin eki olarak bu sözleşmenin taraflarınca ya da toplu iş sözleşmelerinden bağımsız olarak işverenlerce hazırlanmaktadır. Toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde disiplin suçları ayrıntılı olarak sayılmakta ve bunlara uygulanacak disiplin cezaları gösterilmektedir. Hukukumuzda, toplu iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde yer alan en yaygın disiplin cezası türleri, uyarı, kınama, ücret kesintisi ve işten çıkarma olmakla birlikte daha ender olarak işin veya işyerinin değiştirilmesi, terfi ettirilmeme, geçici işten uzaklaştırma gibi cezalara da rastlanmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinde düzenlenen disiplin cezaları, bu sözleşmelerde yer alan disiplin kurullarınca verilmektedir. Bu kurullar işçi ve işveren temsilcilerinin eşit katılımıyla oluşturulmakta, kurullara genel olarak işverenin atadığı kişi başkanlık yapmakta, daha ender olarak dönüşümlü başkanlık sistemi uygulanmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinde disiplin cezalarının verilmesinde uygulanacak usule ilişkin kurullar da öngörülmektedir. (...) Her ne kadar iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işverence belirsiz süreli iş akitlerinin süreli feshinde işçinin savunmasının alınması gerekiyorsa (İK 19/2) da, isabetsiz olarak işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle yapılan haklı nedenle derhal fesihlerde (İK 25/II) savunma alma zorunluluğu getirilmemiştir. Hukuk sistemimizde en ağır disiplin cezasını oluşturan haklı nedenle derhal işten çıkarmalarda dahi işçiye savunma hakkı tanınmadığından diğer disiplin cezalarında (iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işçinin davranışı nedeniyle süreli fesihler dışında) böyle bir zorunluluğun bulunmadığının kabulü öncelik gereğidir.(...) Hukuk sistemimizde bu yönde açık bir düzenleme yer almadığından, iş mahkemesince işverenin verdiği

disiplin cezasının iptali ve işvereni bir işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar verilmesi mümkün değildir. Nitekim yüksek mahkemeye göre: "*İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfiin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz*".⁶³⁰ Bu karara göre, mahkeme kararına göre verilen ceza hatalı bile olsa mahkeme sadece bunu tespit ile yetinecek ama işverenin yönetim hak ve yetkisini kısıtlamamak adına verilen kararın düzeltilmesini sağlayamayacaktır. Bu durumun ne kadar adil olduğu tartışmaya açıktır.

Ülkemizde hekimlerin toplu sözleşme yapma olanağı ve şansı olmadığı gibi, sözleşmeler çoğunlukla bireyseldir ve işverenin şartlarını hekimin zorunlu olarak kabul etmesi üzerine kuruludur. Bu nedenle özel sektördeki hastanelerde çalışan hekimlerin yukarıda söz ettiğimiz, toplu sözleşme yapan işçiler kadar hak sahibi olmadığı açıktır. Ciddi bir disiplin sorunu olan durumlarda özel hastanelerin hekimlerle olan sözleşmelerini hemen feshettikleri bilinmektedir. Nadiren az bulunan branşlarda, kısa sürede yeni bir hekim bulamayacağı için hastane yönetimi bazı kuralları esnetiyor olsa da, genel olarak disiplin uygulaması pratikte hekimin işten çıkarılmasına giden bir süreç olmaktadır.

4.2. KAMUDA ÇALIŞAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Kamuda çalışan hekimler için disiplin yaptırımları oldukça büyük önem arz etmektedir. Memur olan hekimlerin disiplin sorumlulukları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124-145. maddelerinde düzenlenmiştir. Üniversitelerde görev yapan hekimlerin disiplin sorumluluğu ise, 2547 sayılı kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu bölümde öncelikle 657 sayılı kanun kapsamında memur olan hekimlerin disiplin sorumluluğunu sonra da 2547 sayılı yasa kapsamında görev yapan hekimlerin disiplin sorumluluğunu inceleyeceğiz.

⁶³⁰ Sarper Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", **Çalışma ve Toplum**, Sayı:1, 2011, ss.12-14.

4.2.1. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Disiplin Sorumluluğu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124-145. maddelerinde devlet memurunun disiplin suçları, bu suçlara verilecek cezalar, yetkili amirler ve kurullar ve diğer kurallar detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre ;

" Madde 124 – *(Değişik birinci fıkra: 29/11/1984 - KHK 243/25 md.) Disiplin amirleri; kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı'nın görüşüne dayanılarak özel yönetmeliklerinde tayin ve tespit edilecek amirlerdir.*

(Değişik: 12/5/1982 - 2670/30 md.) Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir." hükmü getirilmiştir. Bu maddede memurların ceza vermeye yetkili disiplin amirleri tanımlanmış, 2. fıkrada ise disiplin suçu kavramının açıklaması yapılmıştır.

Kamuda çalışan hekimler ve sağlık personeli için disiplin amirleri 19.12.2012 tarihli Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği ile de bu disiplin amirlerinin kimler olduğu daha açık ve detaylı bir şekilde açıklanmıştır.⁶³¹

Bu disiplin amirlerinin görev, yetki ve sorumlulukları ise 24.10.1982 tarihinde resmi gazetede yayınlanan Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik ile açıklanmıştır.

Yönetmeliğin 16. maddesinde disiplin amirlerinin tayin ve tespitine dair esaslar belirlenmiştir. Aynı yönetmeliğin 18 ve 19. maddelerinde ise disiplin amirlerinin yetki ve sorumlulukları ise;

" Madde 18 – *Disiplin Amirleri, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet Memuru olarak emrettiği görevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun*

⁶³¹ Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği,
http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=936:salik-bakanlii-dspln-amrlr-yoenetmel&Itemid=33 , (11.01.2015).

niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 657sayılı Kanunda yazılı disiplin cezalarından yetkisi dahilinde bulunanları vermeye,

Özel kanunların disiplin işleriyle ilgili olarak verdiği yetkileri kullanmaya,

Disiplin ve Yüksek Disiplin Kurullarınca reddedilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile Devlet Memurluğundan çıkarma cezaları yerine, ret kararlarının alındığı tarihi izleyen 15 gün içinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uyulmak kaydıyla başka bir disiplin cezası vermeye,

Bir üst disiplin amiri sıfatıyla uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazları gözden geçirerek verilen cezayı aynen kabule, hafifletmeye veya tamamen kaldırmaya, yetkilidirler.

Madde 19 – Disiplin amirleri, disiplin işlerinde kendilerine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve özel kanunlarla verilen yetkileri kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla; memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınan hakları göz önünde tutan, hakkaniyet ve eşitliği esas alan bir tutum ve davranış içinde kullanmak ile yükümlüdürler.

Bu genel sorumluluğun dışında disiplin amirleri ayrıca;

a) Memurların uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve memurluktan çıkarma cezalarından biriyle cezalandırılması gereken disipline aykırı davranışlarını öğrendikleri tarihten itibaren kanunen belli süreler içinde disiplin soruşturmasını başlatarak; gerekli cezayı uygulayarak, disiplin cezası verme yetkisinin zaman aşımına uğramasını önlemek,

b) Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı tarihi izleyen 15 gün içinde vermek,

c) Uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazları, cezalarla ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde inceleyerek sonuçlandırmak, zorundadırlar." şeklinde belirlenmiştir.

Kanunun 124/2. maddesinde ise aslında "disiplin" kavramının ne olduğu ve hangi durumlarda disiplin sorumluluğunun doğacağı genel olarak tanımlanmıştır. Aynı husus yukarıdaki yönetmelikte 18/1. maddesinde de vurgulanmıştır. Bu maddelere göre kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin;

- Devlet Memuru olarak emrettiği görevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere,
- Uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara,
- Yasakladığı işleri yapanlara,

vurgusu yapılarak disiplin suçlarının kapsamı belirlenmiştir.

Devlet memurları kanunu soruşturmaya yetkili amirin soruşturma açılmasına karar verdikten sonra yapması gereken işlemleri belirtmemiştir. Ancak bunun usulü genelde şöyledir: Soruşturmaya yetkili amir, isterse disiplin soruşturmasını kendi yapabilir. Ancak çoğunlukla disiplin soruşturmasını kendisi yapmaz; bunun için bir "soruşturmacı" veya "soruşturma kurulu" atar. Soruşturmacı tanık dinler, keşif yapabilir, ve bilirkişiye başvurabileceği gibi bunları gerektiğinde istinabe sureti ile de yapabilir.⁶³²

Kanunun 125. maddesinde ise disiplin sorumluluğunun doğduğu durumlarda verilebilecek cezalar, bu cezaların ne anlama geldiği ve bu cezaların uygulanacağı halleri açıklamıştır. Buna göre;

" Madde 125 – (*Değişik: 12/5/1982 - 2670/31 md.*)

Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

A - Uyarma : *Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir. Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır*

a) *Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,*

b) *Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek,*

c) *Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek,*

d) *Usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak,*

e) *Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,*

⁶³² Gözler, s.664.

f) Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak,

g) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,

h) Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak.

B - Kınama : Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir. Kınama cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak,4218/(4218-1/2)

b) Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek,

c) Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak,

d) Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,

e) Devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak,

f) Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzeri eşyayı kaybetmek,

g) İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak,

h) İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak,

ı) Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret, resim ve benzeri şekiller çizmek ve yapmak,

j) Verilen emirlere itiraz etmek,

k) Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak,

l) Kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak.

m) (Ek:17/9/2004-5234/1 md.)Yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç vermek.

C - Aylıktan kesme : Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır. Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

- a) Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak,
- b) Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek,
- c) Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak,
- d) Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak,
- e) Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek,
- f) Görev yeri sınırları içerisinde her hangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak,
- g) (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.)
- h) (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.)
- ı) Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,
- j) (Mülga: 13/2/2011-6111/111 md.)

D - Kademe ilerlemesinin durdurulması : Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

- a) Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek,
- b) Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek,
- c) Görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak,
- d) Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak,
- e) Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak,
- f) Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek,
- g) (Mülga:17/9/2004-5234/33 md.)
- h) Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak,

t) Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,

j) Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak,

k) Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak,

l) Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek,

m) Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir sebebe dayanmaksızın borcunu ödemededen yurda dönmek,

n) Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak,

o) Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak.

E - Devlet memurluğundan çıkarma : Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır. Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımında bulunmak,

b) Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,

c) Siyasi partiye girmek,

d) Özürsüz olarak (...)bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,

e) Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak,

f) (**Değişik: 13/2/2011-6111/111 md.**) Amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak,

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,

- h) Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,
ı) Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,
j) Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,
k) 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek.

Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulamasında bir derece ağır ceza verilir.

Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir. Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.

Öğrenim durumları nedeniyle yükselebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının ¼'ü – ½'si kesilir ve tekerrüründe görevlerine son verilir.

Özel kanunların disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümleri saklıdır.

Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez."

Kanuna göre memurlar için başlıca 5 ana ceza başlığı bulunmaktadır, bunlar Uyarma, Kınama, Aylıktan Kesme, Kademe İlerlemesinin Durdurulması ve Devlet Memurluğundan Çıkarma cezalarıdır. Kanuna göre Uyarma cezası " Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Kınama cezası ise; " Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir." şeklinde tanımlanmıştır. Dikkat edilirse uyarma cezasında memura yönelik doğrudan bir suçlama ifadesi yok ve sadece daha dikkatli olması istenirken, kınama cezasında açıkça memurun bir "kusur" undan söz edilmektedir.

Kanundaki tanımıyla aylıktan kesme cezası; " Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır". Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirince verilebilecek cezalar olup, daha üst cezaları disiplin amiri değil ilgili kurullar verebilecektir. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yine kanunda " Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Kademe ilerleme cezası kurum disiplin kurulu görüşü alındıktan sonra atamaya yetkili amir veya il disiplin kurulu kararı varsa valiler tarafından verilebilir. Ancak atamaya yetkili amir veya valinin disiplin kurullarının verdiği cezayı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır.

Maddeden dikkati çeken bir diğer husus ise, geçmiş olumlu hizmetleri, ödül veya başarı belgesi olanlara bir alt cezanın verilebileceğini, yani cezanın ölçülü ve orantılı olması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim Danıştay 8. Dairesinin 1995/3706 E, 1995/3622 K ve 14.11.1995 tarihli kararında ; " *Ancak, davacı hakkında. Devlet Tiyatroları Genel Müdürlerinin, il dışına çıkışlarında, bu güne kadarki uygulamalar ile, davacının geçmiş hizmetleri ve sicilleri de dikkate alınarak bir işlem yapılması gerekirken, davalı idarece, doğrudan eylemin karşılığı ceza ile cezalandırılmasında hukuka ve hakkaniyete uyarlık görülmemiştir.* " hükmü verilmiştir.⁶³³

Memurlar için verilebilecek en ağır ceza olan devlet memurluğundan çıkarma cezası ise kanunda " Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır." şeklinde tanımlanmıştır. Bu cezayı ancak memurun bağlı olduğu kurumun Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilebilmektedir. Disiplin kurullarının yeni bir ceza veremeyeceği, ancak cezayı kabul veya reddedebilecekleri, bu durumda amirin yetkileri ve süreleri aşağıda 126.maddede detaylı olarak açıklanmıştır.

Kanunun 126 ve 127. madde hükümleri şu şekildedir:

"Madde 126 – (Değişik birinci fıkra: 29/11/1984 - KHK 243/27 md.) Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler il disiplin kurullarının kararlarına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir.

(Değişik fıkralar: 12/5/1982 - 2670/32 md):

⁶³³ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).

Devlet memurluğundan çıkarma cezası amirlerin bu yoldaki isteği üzerine, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kurulu kararı ile verilir.

Disiplin kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul veya reddeder. Ret halinde atamaya yetkili amirler 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbesttirler.

Özel kanunların disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullarla ilgili hükümleri saklıdır.

Madde 127 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/33 md.)

Bu Kanununun 125 inci maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren;

a) Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına,

b) Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına, Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.

Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar."

127. maddede ise disiplin cezaları için zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerleme için soruşturma zamanaşımı öğrenilmesinden itibaren 1 ay, memurluktan çıkarma cezasında ise 6 ay olarak düzenlenmiştir. Ceza zamanaşımı ise fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren 2 yıldır. Burada sorun ceza zamanaşımı süresindeki "fiil ve hallerin işlendiği tarih" ibaresindedir. Zira 2 yılın dolmasına çok az zaman kala veya süre geçtikten sonra öğrenilen disiplin suçlarına bir işlem yapılamayacaktır. Burada da sürenin "öğrenildiği tarihten itibaren" şeklinde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Kanununun 128 ve 129. maddelerinde karar süreleri ve disiplin kurullarına gidecek durumlar ile disiplin ve yüksek disiplin kurullarının işleyişleri açıklanmıştır.

"Madde 128 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/34 md.)

Disiplin amirleri uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren 15 gün içinde vermek zorundadırlar.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyası, kararını bildirmek üzere yetkili disiplin kuruluna 15 gün içinde tevdi edilir.

Disiplin kurulu, dosyayı aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde soruşturma evrakına göre kararını bildirir.

Memurluktan çıkarma cezası için disiplin amirleri tarafından yaptırılan soruşturmaya ait dosya, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren azami altı ay içinde bu kurulca, karara bağlanır.

Madde 129 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/35 md.)

Yüksek disiplin kurulları kendilerine intikal eden dosyaların incelenmesinde, gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidirler.

Hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, (...) soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir. "

Disiplin ve Yüksek Disiplin Kurulları kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezasını kapsayan suçları konusunda karar verebilirler. Bu cezalar memurun amirleri tarafından teklif edilir. Kurullar bu cezaları kabul veya ret kararı verebilirler, farklı bir cezaya karar veremezler. Diğer yandan yetkili amirler önerilen cezanın reddi durumunda yeni bir ceza belirleyebilirler. Önerilen cezanın kabulü halinde yetkili amire farklı bir ceza verme yetkisi tanınmamıştır. Danıştay 12. Daire'sinin 2003/497 E., 2003/672 K. sayı ve 20.03.2003 tarihli kararında bu nokta şu şekilde yorumlanmıştır;"657 sayılı Yasanın 125/D-ı maddesinde; "Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar ve zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak." kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmış, aynı Yasanın 125/C-a maddesinde de; "Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak." aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır.

Öte yandan, 657 sayılı Yasanın, "Disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar" başlıklı 126. maddesinde ise; "Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, memurun

bağlı olduğu kurumdaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra, atamaya yetkili amirler, il disiplin kurullarının kararına dayanan hallerde Valiler tarafından verilir. Disiplin Kurulu ve yüksek disiplin kurulunun ayrı bir ceza tayinine yetkisi yoktur, cezayı kabul veya reddeder. Ret halinde atamaya yetkili amirler 15 gün içinde başka bir disiplin cezası vermekte serbesttirler." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacı hakkında yapılan soruşturma sonucunda "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasıyla cezalandırılması gerektiği sonucuna varılmakla birlikte disiplin kurulu kararının atamaya yetkili amir olan Bakan tarafından yeniden değerlendirilerek ilgilinin sicil ve disiplin durumu dikkate alınıp bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda anılan 657 sayılı Yasanın 126. maddesinde; önerilen ve disiplin kurulunca aynen kabul edilen cezanın atamaya yetkili amir tarafından değiştirilemeyeceği açıkça hükme bağlanmış olup, İdare Mahkemesince olayın değerlendirilmesi sonucunda davacının eyleminin aylıktan kesme cezasını gerektirdiği sonucuna varılmasında isabetsizlik bulunmamakla birlikte, disiplin kurulu kararının ilgili Bakan tarafından değiştirilmesinin uygun görülmesine dair gerekçesinde hukuka uyarlık görülmediği gibi, kararın yukarıda belirtilen gerekçesine uygun olarak davacıya aylıktan kesme cezası önerilmesi durumunda, bu cezayı vermeye yetkili amirin takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde bir alt ceza verilmesi gerektiği yolundaki gerekçesinde isabet görülmemiştir."⁶³⁴

Yüksek Disiplin Kurullarının karar süreleri ve usulleri Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinde de şu şekilde düzenlenmiştir;

" Madde 12 – Amirlerin memurluktan çıkarma cezasına ilişkin talepleri, soruşturma dosyasının memurun bağlı bulunduğu kurumun Yüksek Disiplin Kuruluna tevdiinden itibaren en geç 6 ay içinde karara bağlanır.

Yüksek Disiplin Kurulları kendilerine intikal eden dosyaların tetkiki sırasında gerekli gördükleri takdirde ilgilinin sicil dosyasını ve her türlü evrakı incelemeye, kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkilidirler."

⁶³⁴ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet?> , (14.01.2015).

657 sayılı Kanun'un en önemli maddelerinden biri "savunma hakkı" nın düzenlediği 130. maddedir. Buna göre;

"Madde 130 – Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez.

Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır."

Anayasa'nın 36. maddesine göre "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Anayasa koyucu yargılama usullerine benzer usullerle verilen disiplin cezaları için savunma hakkını ise m. 129/2 de düzenlemiştir: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez."⁶³⁵

130.Maddeden anlaşıldığı üzere, bir disiplin suçuna ceza verebilmenin ön şartı memurun savunmasının alınmasıdır. Bu işlem yapılmadan verilecek bir disiplin cezası geçersiz olacaktır. Disiplin soruşturmalarında dar ve katı anlamda savunma hakkı, iddia karşısında yapılan savunmadır. Geniş anlamda savunma hakkı ise söz konusu disiplin yaptırımının verilmesi anına kadar geçen süreç ve usulde ilgilinin bilgi sahibi olma hakkı, talebi reddetme hakkı ile kararın değiştirilmesi için hukuki başvuru imkanının mevcudiyetini kapsamaktadır. Esasen savunma hakları deyimi başlıca iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, genel ilke niteliğinde savunma haklarına saygı ilkesi (Principe du respect des droits de la defense), diğeri ise savunma hakları kapsamına giren haklardır (Droits de la defense).⁶³⁶

"Memurun savunma yapması için verilecek süre en az 7 gün olarak belirlenmiştir. Bu süre asgari süre olup hakkındaki suçlamanın memura yazılı olarak ve açıkça bildirim yapılması ile başlar. Bu süre içinde memur kendisi hakkında varsa yapılan şikayetin belgelerini ve ilgili evrakları inceleme hakkına sahiptir. Ayrıca savunma belli bir kurala tabi değildir. Memur savunmasını yazılı olarak ta yapabilir veya sonradan zapta geçirilip imzalanmak kaydı ile sözlü olarak ta yapabilir. Verilen süre içinde haklı bir sebep olmaksızın savunmasını yapmayan memurun savunma

⁶³⁵ Akyılmaz, (DİSİPLİN), ss.12-13.

⁶³⁶ Sancakdar, s.151.

hakkından vazgeçtiği kabul edilir. Ancak her ne olursa olsun, memurun savunmasını almaksızın, ya da gerekli süreyi vermeksizin yetkili amirce verilen cezaların hukuka uygun olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Danıştay, yasal zorunluluğa rağmen, ilgiliye “savunma hakkı” tanınmadan verilen disiplin cezalarını, hukuka aykırı bulmakta ve “usul” bakımından iptal etmektedir. Danıştay 5. Dairesinin, savunma hakkını, idari usul ve yargılama usulü ayrımı yapmadan ele aldığı karar önemlidir: “*Olayda davacı hakkındaki işleme dayanak yapılan ve uyumsuzluğun kanıtı olarak değerlendirilen ‘raporlar’ daki suçlamalar, idarece, işlemin tesisinden önce davacıya bildirilmediği gibi Mahkemenin de söz konusu belgeleri davacıya tebliğ etmeden karar verdiği anlaşılmaktadır. Oysa savunma hakkı 1982 Anayasasının 36/1. maddesiyle güvenceye bağlanmış olduğu gibi temel hak ve hürriyetlerle ilgili uluslararası sözleşmelerle de ...güvenceye alınmıştır. Görülmeyene bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın güçsüzlüğü hatta imkansızlığı acıktır. ...İlgiliye, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularını önceden açıkça bildirerek savunmasını almasının idari işlemlere güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını artıracak kuşkusuzdur. İdarenin bu yola gitmeden işlem tesis etmesi halinde ise mahkemenin, ...ilgili belgeleri davacıya tebliğ edip savunmasını aldıktan sonra hüküm tesis etmesi ‘adil’ ve ‘hakça’ bir yargılamanın temel koşuludur*”.⁶³⁷

Danıştay 1.Dairesi 2008/721 E., 2008/800 K. ve 27.06.2008 tarihli kararında sadece memur veya vekilinin belgeleri incelemesi değil, belgelerin bir örneğinin verilmemesi ile ilgili; “*Yüksek Disiplin Kurulunun ... günlü,sayılı yazısıyla belgelerin verilmesinin mümkün olmadığına şikayetçi vekiline bildirildiği görülmekte olup, soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu...*” hükmünü vermiştir.⁶³⁸

Danıştay 8.Dairesinin 1991/1717 E., 1992/571 K. ve 30.03.1992 tarihli kararında verilen karar, gerek savunma hakkı ve gerekse yetkili amirlerin soruşturma

⁶³⁷ Akyılmaz, (DİSİPLİN), ss.13-14.

⁶³⁸ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).

ve ceza yetkilerini açıklar niteliktedir; " 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 126. maddesinde uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarının disiplin amirleri tarafından verileceği belirtilmektedir.

Aynı yasanın 130. maddesinde de savunma alınmadan ilgili memura disiplin cezası verilemeyeceği, disiplin soruşturmasını yapan kişi veya kuruluş 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir günde savunmasını yapmayan bir memurun bu bakımdan da geçmiş sayılacağı kuralına yer verilmiştir.

Anılan yasa maddesinde soruşturmanın; memurun savunma hakkını kullanması için usulüne uygun bir bildirim yapılması ile başladığı görülmektedir. Başka bir anlatımla, savunma istenilmesini disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak yoktur. Bu nedenle disiplin amirince savunma istenilmesi soruşturmanın yapılması anlamına gelmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının amirine karşı hakareti üzerine savunma alındıktan sonra 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda davacının üzerine atılı disiplin suçunu işlediği ve savunmasının da alındığı gözetilmeden, disiplin soruşturmasının açılmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal eden mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."⁶³⁹

Kanunun 131. maddesinde cezai kovuşturma ve disiplin soruşturması arasındaki ilişki düzenlenmiştir.

"Madde 131 – Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez.

Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.

(Ek: 6/10/1983 - 2910/1 md.) 160 sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşlarda çalışan personel hakkında; görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarla kişisel suçları sebebiyle Cumhuriyet savcıları veya askeri savcılar veya sorgu hakimlikleri veya Memurun Muhakematı hakkında Kanun uyarınca yetkili kurullarca yapılan soruşturma sonunda düzenlenen takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme karar suretleri ile ilgili mahkemelerce verilen kesinleşmiş

⁶³⁹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (10.01.2015).

karar suretleri bu personelin bağı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşa gönderilir."

Maddede de görüldüğü gibi, memur hakkında ceza soruşturması açılması, disiplin cezasını geciktirememektedir. Zira uzun süren ceza soruşturma ve kovuşturmalarda disiplin cezasının beklemesi her şeyden önce ceza zamanaşımı yönünden sorun oluşturmaktadır. Diğer yandan memurun ceza alması veya almaması da disiplin yönünden önem taşımamaktadır. Başka bir deyişle, memurun yaptığı iş veya işlem ceza kanunu anlamında suç oluşturmaya da disiplin anlamında suç oluşturabilmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2010/1391 E. , 2011/273 K. ve 21.04.2010 tarihli kararında bu konuda şu vurgu bulunmaktadır; *"...ceza yargılaması yönünden delil yetersizliğine bağı olarak verilen bu hükmün, yapılan soruşturma sonucu sübuta eren memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunma eylemini ortadan kaldırmadığı, söz konusu kararda isnat edilen eylemlerin kesin olarak davacı tarafından gerçekleştirilmediği yönünde bir belirleme olmadığı, sadece davacının ceza hukuku yönünden cezalandırılabilmesi için kasetin yeterli delil olamayacağına hüküm altına alındığı; dolayısıyla anılan Ceza Mahkemesi kararının davacının disiplin cezası ile cezalandırılması açısından bağlayıcı olmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine..."*⁶⁴⁰

Kanunun 132. maddesinde disiplin cezalarının verildikleri anda geçerli olacaklarını ve hüküm ifade edeceklerini, diğeri bir deyimle hemen uygulanacaklarını ifade etmiştir. Sadece özelliğı dolayısı ile aylıktan kesme cezası zorunlu olarak bir sonraki ay uygulanabilmektedir. Maddenin diğeri fıkralarında ise alınacak cezaların bildirileceğı yerler ve disiplin cezası sonrasında doğuracağı sonuçlar belirtilmiştir.

"Madde 132 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/36 md.)

Disiplin cezaları verildiğı tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır.

Aylıktan kesme cezası, cezanın verilış tarihini takip eden aybaşıında uygulanır.

Verilen disiplin cezaları üst disiplin amirine, Devlet memurluğundan çıkarma cezası ayrıca Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.

⁶⁴⁰ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelistmisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).

(Değişik dördüncü fıkra: 13/2/2011-6111/112 md.) Aylıktan kesme cezası ile tecziye edilenler 5 yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziye edilenler 10 yıl boyunca daire başkanı kadrolarına, daire başkanı kadrosunun dengi ve daha üstü kadrolara, bölge ve il teşkilatlarının en üst yönetici kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlık ve üyeliklerine, vali ve büyükelçi kadrolarına atanamazlar.

(Mülga beşinci fıkra: 13/2/2011-6111/112 md.)"

Kanunun 133. maddesi, disiplin cezaları verildikten sonra cezaların özlük dosyasından silinme süreleri yıl olarak belirlenmiştir. Bu süreler verilmekle birlikte cezaların dosyadan silinmesi idarenin takdirine , kademe ilerleme cezasının silinmesini ise disiplin kurulunun görüşüne bakılarak yine idarenin takdirine bırakmıştır. Dolayısı ile bu süreler kesin süreler olmayıp, idarenin cezayı silmeme hakkı da bulunmaktadır. Bu cezaların silinmesinin önemi 132. maddede açıklanmıştır. Zira aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası alanların mesleklerinde yükselme ve daha üst makamlara gelmeleri 132. madde ile engellenmektedir.

" Madde 133 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/37 md.)

Disiplin cezaları memurun özlük dosyasına işlenir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının özlük dosyasından silinmesini isteyebilir.

Memurun, yukarıda yazılan süreler içerisindeki davranışları, bu isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, isteğinin yerine getirilmesine karar verilerek bu karar özlük dosyasına işlenir.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının özlük dosyasından çıkarılmasında disiplin kurulunun mütalaası alındıktan sonra yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır."

Kanunun 134. maddesinde disiplin kurulları ve disiplin amirleri belirlenmiştir. Maddeye göre;

"Madde 134 – (Değişik: 2/2/1981 - 2381/2 md.)

Disiplin ve soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere Kurum merkezinde bir Yüksek Disiplin Kurulu ile her ilde, bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve kurum merkezinde ayrıca Milli Eğitim müdürlüklerinde birer Disiplin Kurulu bulunur.

(Değişik: 12/2/1982 - 2670/38 md.) Bu kurulların kuruluş, üyelerinin görev süresi, görüşme ve karar usulü, hangi memurlar hakkında karar verebilecekleri ve disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususlar Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmü getirilmiştir.

Disiplin Kurulları ve Yüksek Disiplin Kurullarının görevleri Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 8. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır;

" Madde 8 – (Değişik: 13/1/1986 - 86/10286 K.)

Başbakanlık ve Bakanlıklar ile bunların bağlı kuruluşlarında görevli memurların kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işleri memurların bağlı oldukları kurumların disiplin kurullarınca karara bağlanır. Ancak, bu kurumların illerde görevli memurlarından Bakanlar Kurulu kararı veya ortak kararlar atananlar dışındakilerin aynı disiplin cezası ile ilgili işleri hakkında karar verme yetkisi ilgili İl Disiplin Kuruluna; illerde Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı teşkilatta görevli öğretmen, yönetici, uzman ve uzman yardımcısı ile gezici öğretmenlerin kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işleri hakkında karar verme yetkisi ise ilgili İl Milli Eğitim Gençlik ve Spor Disiplin Kuruluna aittir. Yukarıda sayılan memurların Devlet Memurluğundan çıkarma cezaları hakkında bunların bağlı buldukları kurumların Yüksek Disiplin Kurullarınca karar verilir." Diğer bir deyimle, illerde memur olarak çalışan hekimler hakkında kademe ilerlemesi cezası teklifinin inceleneceği yer İl Disiplin Kurulu olacaktır. Yine aynı yönetmeliğin 4/I maddesine göre İl Disiplin Kurulu;

" I - (Değişik: 13/1/1986-86/10286 K.) İL DİSİPLİN KURULU:

Valinin veya görevlendireceği Vali Muavininin Başkanlığında,

a) Hukuk İşleri Müdürü,

b) Defterdar,

c) Milli Eğitim Gençlik ve Spor Müdürü,

- d) Sağlık ve Sosyal Yardım Müdürü,
e) Tarım Orman ve Köy İşleri Müdürü,
f) Bayındırlık ve İskan Müdüründen." oluşmaktadır.⁶⁴¹

Disiplin amirlerinin verdiği *uyarma* ve *kınama* cezasına karşı itirazlar, varsa üst disiplin amirine, yoksa disiplin kuruluna yapılacaktır. Başbakan, Bakanlar ve en üst disiplin amirlerince doğrudan verilen *uyarma* ve *kınama* cezalarına karşı ilgili memurlarca yapılan itirazlar, cezayı veren amirin esas görev yerindeki Disiplin Kurulunca karara bağlanır. (...) Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının memurun sicilinden silinebilmesi için memurun bağlı olduğu kurumun *disiplin kurulunun* görüşü alınacaktır. *Disiplin kurulu* tarafından kademe ilerlemesinin durdurulması cezası kabul yada red anlamında ceza tayinine yer olmadığı kararı verilebileceği gibi disiplin soruşturması dosyasının eksik bulunması halinde soruşturmanın genişletilmesi kararı yada çeşitli nedenlerle soruşturmanın bir müfettiş tarafından yapılması kararı verilebilecek yada kurul yetkisi dışında kalan bir ceza önerilmiş ise görevsizlik kararı verebilecektir. (...) *Yüksek Disiplin Kurulları* kendisine intikal eden dosyalarla ilgili olarak sicil dosyalarını ve diğer evrakları incelemeye, ilgili kuruluşlardan bilgi almaya, tanık ve bilirkişi dinlemeye, keşif yapmaya yada yaptırmaya yetkilerine haiz olarak memurluktan çıkarma cezalarına ilişkin olarak dosyanın kurula tevdiinden itibaren 6 ay içinde karar vermek durumundadır. Disiplin kurullarında, üyeler çekimser kalamazlar, eşitlik halinde başkan oyu geçerlidir, karşı oyların gerekçesi yazılır.⁶⁴²

Kanunun 135. maddesinde verilen cezalara itirazlar, itiraz süreleri, itiraz mercileri ve karar süreleri belirlenmiştir. 136. maddenin 1. fıkrası yürürlükten kaldırılmış, 2. fıkrasında ise 2381 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 126 ve 134 ncü Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un geçici maddesine göre hüküm verilecektir denilmiştir. Bu maddede ; "*Halen sonuçlandırılmamış*

⁶⁴¹ **Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik,**

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=235:dl-kurullari-ve-dl-amirlerhakkinda-yetmel&catid=2:yemelik&Itemid=33 , (11.01.2015).

⁶⁴² Serdar İğdeler, "**Disiplin Hukuku ve Uygulaması**",

http://www.erbaa.gov.tr/ortak_icerik/erbaa/Mevzuat%20&%20E%C4%9Fitim/w-Disiplin%20Hukuku%20A%C3%A7%20B1klamalar%C4%B1-Serdar%20C4%B0C4%9EDELER.doc, (13.01.2015), ss.18-19.

disiplin ve soruşturma işlemlerinde bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmü getirilmiştir.⁶⁴³

"Madde 135 – (Değişik: 13/2/2011-6111/113 md.)

Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.

İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.

İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır.

İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.

Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir.

Madde 136 – (Mülga: 13/2/2011-6111/117 md.)

(2) Bu fıkra için bu kanun sonunda yer alan işlenemiyen hükümler kısmındaki 2/2/1981 tarih ve 2381 sayılı Kanunun geçici maddesine bakınız."

135. maddedeki bu değişiklik, 6111 sayılı kanunun 13. maddesi ile yapılmıştır. 657 sayılı yasanın 135. maddesinde yapılan değişiklikle kanunun uygulamaya girdiği 25 Şubat 2011 tarihinden itibaren uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde disiplin kuruluna itiraz edileceği, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı da 7 gün içinde Yüksek Disiplin Kuruluna itiraz edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu süre içinde itirazlar yapılmaz ise kararlar kesinleşecek ve yargıya dava açılmayacaktır. İtirazlar yapıldıktan sonra 30 gün içinde karar verilmesi gerekmektedir. İtirazlar reddedilir veya daha hafif ceza verilir ise süresi içerisinde idari yargı yoluna başvurulabilir.⁶⁴⁴

135. maddenin 4. fıkrası incelendiğinde, itiraz durumunda cezanın hafifletilebileceği veya tamamen kaldırılabilirliği öngörülmüştür. Diğer bir deyimle, cezalar daha ağırlaştırılmamaktadır. Danıştay ceza hukukunun temel kurallarından olan aleyhe bozma yasağını, disiplin cezalarına itiraz durumlarında da kabul etmiştir.

⁶⁴³ **657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 126 ve 134 ncü Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun** , http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402381.pdf , (13.01.2015).

⁶⁴⁴ Ayfer Beşirik, "**Disiplin Hukuku**", www.zonguldak.gov.tr/.../4-DİSİPLİN%20HUKUKU-A.BEŞİRİK.ppt , (13.01.2015).

Kanunun 137-145. maddelerinde görevden uzaklaştırma, bu işleme yetkili olan makamlar, görevden uzaklaştırmada amirin sorumluluğu, ceza soruşturmasında uzaklaştırma, memurun hak ve yükümlülükleri, görevden uzaklaştırmanın kaldırılması ve bu kararda amirin takdir yetkisi ve görevden uzaklaştırmanın süresi gibi kurallar düzenlenmiştir. Bu maddelere göre;

"Madde 137 – Görevden uzaklaştırma, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek Devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir.

Görevden uzaklaştırma tedbiri, soruşturmanın herhangi bir safhasında da alınabilir.

Madde 138 – Görevden uzaklaştırmaya yetkililer şunlardır.

a) Atamaya yetkili amirler;

b) Bakanlık ve genel müdürlük müfettişleri;

c) İllerde valiler;

ç) İlçelerde kaymakamlar (İlçe idare şube başkanları hakkında valinin muvafakati şarttır.)

Valiler ve kaymakamlar tarafından alınan görevden uzaklaştırma tedbiri, memurun kurumuna derhal bildirilir.

Madde 139 – (Değişik: 23/12/1972 - KHK 2/1 md.)

Görevinden uzaklaştırılan Devlet memurları hakkında görevden uzaklaştırmayı izleyen 10 iş günü içinde soruşturmaya başlanması şarttır.

Memuru görevden uzaklaştırdıktan sonra memur hakkında derhal soruşturmaya başlamayan, keyfi olarak veya garaz veya kini dolayısıyla bu tasarrufu yaptığı, yaptırılan soruşturma sonunda anlaşılan amirler, hukuki, mali ve cezai sorumluluğa tabidirler.

Madde 140 – Haklarında mahkemelerce cezai kovuşturma yapılan Devlet memurları da 138 inci maddedeki yetkililer tarafından görevden uzaklaştırılabilirler.

Madde 141 – (Değişik: 30/5/1974 - KHK/12; Aynen kabul; 15/5/1975 - 1897/1 md.)

Görevden uzaklaştırılan ve görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınan memurlara bu süre içinde aylıklarının üçte

ikisi ödenir. Bu gibiler bu Kanunun öngördüğü sosyal hak ve yardımlardan faydalanmaya devam ederler.

143 üncü maddede sayılan durumların gerçekleşmesi halinde, bunların aylıklarının kesilmiş olan üçte biri kendilerine ödenir ve görevden uzakta geçirdikleri süre, derecelerindeki kademe ilerlemesinde ve bu sürenin derece yükselmesi için gerekli en az bekleme süresini aşan kısmı, üst dereceye yükselmeleri halinde, bu derecede kademe ilerlemesi yapılmak suretiyle değerlendirilir.

Madde 142 – Soruşturma sonunda disiplin yüzünden memurluktan çıkarma veya cezai bir işlem uygulanmasına lüzum kalmayan Devlet memurları için alınmış olan görevden uzaklaştırma tedbiri, 138 inci maddedeki yetkililerce (Müfettişler tarafından görevden uzaklaştırılanlar hakkında atamaya yetkili amirlerce) derhal kaldırılır.

Görevden uzaklaştırma tedbirini kaldırmayan görevli hakkında 139 uncu madde hükmü uygulanır.

Madde 143 – Soruşturma veya yargılama sonunda yetkili mercilerce:

- a) Haklarında memurluktan çıkarmadan başka bir disiplin cezası verilenler;
- b) Yargılamanın men'ine veya beraatine karar verilenler;
- c) Hükümden evvel haklarındaki kovuşturma genel af ile kaldırılanlar;
- ç) Görevlerine ve memurluklarına ilişkin olsun veya olmasın memurluğa engel olmayacak bir ceza ile hükümlü olup cezası ertelenenler;

Bu kararların kesinleşmesi üzerine haklarındaki görevden uzaklaştırma tedbiri kaldırılır.

Madde 144 – 140 ıncı ve 142 nci maddelerde 143 üncü maddenin a, b, c fıkralarında yazılı olanlar hakkındaki görevden uzaklaştırma tedbiri, Devlet memurunun soruşturmaya konu olan fiillerinin, hizmetlerini devama engel olmadığı hallerde her zaman kaldırılabilir.

Madde 145 – Görevden uzaklaştırma; bir disiplin kovuşturması icabından olduğu takdirde en çok 3 ay devam edebilir. Bu süre sonunda hakkında bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır.

Bir ceza kovuşturması icabından olduğu takdirde görevinden uzaklaştırmaya yetkili amir (Müfettişlerin görevinden uzaklaştırdıkları memurlar hakkında atamaya

yetkili amir) ilgilinin durumunu her iki ayda bir inceleyerek görevine dönüp dönmemesi hakkında bir karar verir ve ilgiliye de yazı ile tebliğ eder. "

Konumuzla ilgili olması nedeniyle 145. madde, disiplin suçlarında görevden uzaklaştırmanın süresini düzenlemektedir. Bu maddeye göre bir disiplin suçundan dolayı görevden uzaklaştırma tedbirine baş vurulursa, bunun süresi en fazla 3 ay olabilecektir. Eğer karar verme süresi gecikir ve bu süre aşılsa memur görevine geri dönebilecektir. Bu süre sonunda memurun göreve başlatılması zorunlu olup, başlatmayan amir sorumlu olacaktır.

Kanun'un disiplin suç ve cezaları ile ilgili maddelerini inceledikten sonra, bir disiplin soruşturması işleyişini özetlemek gerekirse, yapılması gereken işlemler şu sırayı izleyecektir; "amir tarafından atanan soruşturmacı öncelikle bir soruşturma planı hazırlar, takiben genellikle bir yeminli sekreter görevlendirilir. Bundan sonra soruşturmacı tarafından gerek kendi kurumu ve gerekse diğer kurumlardan gerekli bilgi ve belgeler istenir. Bir sonraki aşamada muhbir veya müşteki davet edilir ve dinlenir. Muhbir veya müşteki zorla getirilemez, ifadesi yeminsiz alınır. Muhbir veya müştekinin dinlenmesinden sonra yeminsiz olarak hakkında şikayette bulunulan memur dinlenir. Bu ifade yazılı veya sözlü olabilir. Bu aşamadan sonra varsa tanıklar davet edilir ve soruşturmacı tarafından dinlenir. Tanıklar için de zorla getirme yoluna başvurulamaz. Bilgi ve belgeler tamamlanıp, gerekiyorsa bilirkişi incelemeleri yapıldıktan sonra raporlama yapılarak yetkili disiplin amirine sunulur.⁶⁴⁵

Disiplin Suçları ve cezalarına dair verilmiş bazı Danıştay kararları şunlardır;

"Disiplin soruşturması açılmadan, disiplin cezası verilemez." (Danıştay 8. Dairesi 18.02.1997 gün ve E.1995/5200, K.1997/507) , "Disiplin amirince savunma alınmakla, disiplin soruşturmasına başlanmış sayılır." (Danıştay 8. Dairesi 30.03.1992 gün ve E.1991/1706, K. 1992/549) , "Müfettişler hariç olmak üzere, disiplin soruşturmalarında görevlendirilen diğer soruşturmacıların, hakkında disiplin soruşturması yapılan memurun statü ya da rütbesi açısından üstü ya da en az eşiti olması gerekir. " (Danıştay 2. Dairesi 09.02.1993 gün ve K.1993/486) , "Disiplin amirleri, soruşturmacılar tarafından önerilen cezayı aynen kabul etmek zorunda değildir. " (Danıştay 10. Dairesi 12.11.1990 gün ve E.1989/1717, K.1990/2544), "Disiplin cezasını doğuran eylemin meydana geldiği tarihte mevcut

⁶⁴⁵ İğdeler, (DİSİPLİN), ss.4-8.

düzenlemelere göre suç sayılmamasına rağmen, sonradan yapılan düzenlemeye dayanarak disiplin cezası uygulanamaz." (Danıştay 10. Dairesi 12.06.1984 gün ve E.1984/958, K.1984/1262) , "657 sayılı Kanununun 127 inci maddesinde yer alan belli cezalar için 30 günlük soruşturma açılması zamanaşımı süresi geçirildikten sonra soruşturma yapılarak ceza verilmez. " (Danıştay 10. Dairesi 20.03.1991 gün ve E.1988/2495, K.1991/1002), "Memuriyet görevinden ayrılmış olsa dahi, memuriyet görevi sırasında işlenen suç için disiplin cezası uygulanır." (Danıştay 3. Dairesi 27.01.1997 gün ve E.1997/47, K.1997/142).⁶⁴⁶

4.2.2. Üniversitelerde Çalışan Hekimlerin 2547 sayılı yasa kapsamında disiplin sorumluluğu

2547 sayılı yasanın 53/b maddesi : "*Öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.*" hükmünü getirmiştir. Aynı kanunun 65/9. maddesi ise bu düzenlemeler için yönetmeliklere atıf yapmıştır. 21.08.1982 tarihli Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde de disiplin ceza sistemi, disiplin suçları ve cezaları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlemelere benzer şekilde düzenlenmiştir. Devlet Memurları Kanunu'nda olmayan bazı maddeler ve Yönetim Görevinden Ayırma, Görevinden Çekilmiş Sayılma gibi bazı cezalar değişik tarihlerde ilga edilmiştir. Bu yönetmelikte bugün geçerli olan disiplin suçları ve cezaları şunlardır;

" Uyarma Cezası :

Madde 5 - Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a - Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, göreve ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,

b - Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek,

⁶⁴⁶ Beşirik, "**Disiplin Hukuku**", www.zonguldak.gov.tr/.../4-DİSİPLİN%20HUKUKU-A.BEŞİRİK.ppt , (13.01.2015).

- c - Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek,*
d - Usulsüz müracaat veya şikâyette bulunmak,
e - Taşındığı sıfatın gerektirdiği vakara yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,
f - Görevine ve iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak,
g - Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak
h - Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak,
ı - Öğrencilerle olan ilişkilerinde, Devlet memurluğu ve öğretim elemanı saygınlığına aykırı davranışlarda bulunmak,
j - Üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, özel bir maksada dayalı olmaksızın, yetkili olmadığı halde organ dışına sızdırmak veya yaymak (Kanuni nedenlerle resmi mercilere yapılacak başvurular bu hükmün dışındadır.)

k - Kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre yetkili olan organlarca sorulacak hususları haklı bir sebep olmaksızın zamanında cevaplandırmamak.

l - Çalışma saatleri içinde görevi dışında başka işlerle meşgul olmak,

m - Maiyetindeki elemanların yetiştirilmelerine özen göstermemek,

Kınama Cezası:

Madde 6 - Kınama cezası gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a - Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak,

b - Eşlerinin, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarının kazanç getiren sürekli faaliyetlerini belirlenen sürede kurumuna bildirmemek,

c - Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak,

d - Hizmet dışında, resmi sıfatın gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,

e - Devlete veya döner sermayeye ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak,

f - Kuruma ait resmi belge, araç gereç ve benzeri eşya ile yerine konması mümkün olmayan bilimsel doküman veya kitabı kaybetmek,

g - İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele, iş sahiplerine veya öğrencilere kötü muamelede bulunmak,

h - İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak,

i - Görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak ve bu tür yazı yazmak, işaret resim ve benzeri şekiller çizmek veya yapmak,

j-Yükseköğretim kurumlarında hizmetlerin kurallara uygun olarak yürütülmesi bakımından, yetkili makamlarca alınan kararlara, verilen emir ve talimatlara, 657 sayılı Kanununun 2670 sayılı Kanunla değişik 11. maddesinde gösterilen haller hariç olmak üzere itiraz etmek,

k - Borçlarını kasten ödemeyerek hakkında yasal yollara başvurulmasına neden olmak,

l - Kurumların huzur, sükun veya çalışma düzenini bozmak,

m - Üniversiteye veya bağlı birimlerine bildirilmesi gereken hal ve durumları eksik veya yanlış bildirmek veya hiç bildirmemek,

n - Bağlı veya görevli olduğu fakülte, enstitü veya yüksekokul öğrencilerine ücret karşılığı özel ders vermek,

o - Yetkili bulunmadığı halde, üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, özel bir maksada dayalı olmaksızın, resmi merciler hariç, organ dışına yayarak veya sızdırarak organ veya üyelerin leh veya aleyhinde davranışlara yol açmak,

ö- (Ek:RG-29/1/2014-28897) Bilimsel tartışma ve açıklamalar dışında, yetkili olmadığı halde basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına resmi konularda bilgi veya demeç vermek,

p- (Ek:RG-29/1/2014-28897) Yazılı uyarıya rağmen kurulları toplamamak.

Yönetim Görevinden Ayırma:

Madde 7 – (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

Aylıktan Kesme:

Madde 8 - Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a - Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak veya hor kullanmak,

b - Özürsüz olarak en çok iki gün göreve gelmemek, kısmi statüde bulunan öğretim üyesi için kesintisiz en çok sekiz saat devamsızlık göstermek,

c - Devlete veya döner sermayeye ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak,

d - Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak,

e - Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek,

f - Görev yeri sınırları içerisinde herhangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak,

g - (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

h - (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

i - Hizmet içinde taşıdığı resmi sıfatın gerektirdiği itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,

j - (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

k - Yetkili bulunmadığı halde, üniversite organlarında yapılan konuşmaları, alınan kararları, organ veya üyeler lehinde veya aleyhinde davranışlara yol açmak maksadıyla, resmi makamlar hariç organ dışına sızdırmak veya yaymak,

l - Görevi sebebiyle bağlı olduğu herhangi bir teşebbüsten veya görev sebebiyle denetim altında bulunan herhangi bir kuruluştan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mevzuat dışı herhangi bir menfaat sağlamaya teşebbüs etmek,

m - Üniversite yöneticisinin emri veya izni ile asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirletmek,

n - Görevi gereği verilen belgelerde tahrifat yapmak, tahrif edilmiş belgeleri kullanmak veya başkalarına kullandırmak,

o - Üniversite ve bağlı birimlerin sınırları içinde herhangi bir yeri yetkili merciin izni olmadan hizmetin amaçları dışında kullanmak veya kullanılmasına yardımcı olmak,

p - Devlete veya döner sermayeye ait motorlu taşıt araçlarını özel işlerde kullanmak,

r - Çağrıldığı veya görevlendirildiği toplantılara kabul edilir bir özrü olmaksızın katılmamak,

Kademe İlerlemesinin Durdurulması:

Madde 9 - Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a - Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek,

b - İzinsiz veya kurumlarca kabul edilen özrü olmaksızın kesintisiz 3-9 gün veya kısmi statüde bulunan öğretim üyeleri için 12-36 saat devamsızlık göstermek,

c - Görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak,

d - Amirine ve maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak,

e - Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz "kullanmak veya kullandırmak,

f - Gerçeğe aykırı rapor veya belge düzenlemek,

g - (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

h - Ticaret yapmak veya kısmi statüde bulunanlara 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun tanıdığı imkanlar dışında Devlet Memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak,

i - Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,

j - Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak,

k - Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak,

l - Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarete bulunmak veya bunları tehdit etmek,

m - Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak,

n - Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak,

o - Görevle ilgili resmi belge araç ve gereçleri, laboratuvar malzemesini görevin sona ermesine ve kurumca yazı ile istenmesine rağmen geri vermemek veya devir teslim işlemini zamanında yapmamak,

p - Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi menfaat sağlamak amacıyla hediye kabul etmek veya iş sahiplerinden veya öğrenciden borç istemek veya almak,

r - Yükseköğretim törenlerinin programlarını ihlal edecek hareketlerde bulunmak veya bu hareketlere başkalarını teşvik veya tahrik etmek,

s - Üniversite içinde yetkililerden izin almadan görevle ilgili olmayan ilân yapıştırmak veya teşvikte bulunmak,

t - Siyasal ve ideolojik amaçlar dışında olan boykot, işgal, işi yavaşlatma gibi eylemlere teşebbüs etmek veya kamu hizmetlerini aksatacak davranışlarda bulunmak,

u - Üniversite yöneticilerinden izin almadan yerinde toplantı yapmak, nutuk söylemek veya konferans, konser, temsil, tören, açık oturum ve benzeri faaliyetler düzenlemek,

v - (Değişik:RG-29/1/2014-28897) Ders, seminer, konferans, laboratuvar, grafik çalışma, sınav gibi öğretim çalışmalarının yapılmasına engel olmak, görevlileri, öğrencileri eğitim-öğretim alanı dışına çıkartmak, görev yapılmasına engel olmak, öğrencileri bu tür davranışlara teşvik etmek veya zorlamak ya da bu maksatla yapılacak hareketlere her ne suretle olursa olsun iştirak etmek,

Görevinden Çekilmiş Sayma:

Madde 10 – (Mülga:RG-29/1/2014-28897)

Kamu Görevinden Çıkarma

Madde 11 – (Başlığı ile birlikte değişik:RG-29/1/2014-28897)

Aşağıdaki disiplin suçlarını işleyenlere kamu görevinden çıkarma cezası verilir. Kamu görevinden çıkarma cezası alanlar yükseköğretim kurumlarında öğretim mesleğini icra edemezler.

Kamu görevinden çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a- İdeolojik, siyasi, yıkıcı, bölücü amaçlarla eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek suretiyle kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak; boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak ya da bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek, yardımda bulunmak,

b- Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları iş yerine veya iş yerindeki eşya üzerine yazmak, resmetmek ve asmak, teşhir etmek veya sözlü ideolojik propaganda yapmak,

c- İzinsiz veya kurumlarınca kabul edilebilir özrü olmaksızın bir yıl içinde toplam olarak devamlı statüde olanlar için 20 gün göreve gelmemek, kısmi statüde olanlar için 80 saat devamsızlık göstermek,

ç- Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerinin verdiği görev veya emirleri yerine getirmemek,

d- Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşlarına veya öğrencilere fiili tecavüzde bulunmak,

e- Kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,

f- Yetki almadan gizli belgeleri açıklamak,

g- Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,

ğ- Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,

h- 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna aykırı fiilleri işlemek,

ı- Kanun dışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlarda faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak,

i- Yükseköğretim kurumlarının çalışmalarını sekteye uğratacak nitelikte bir disiplin suçuna üniversite öğrencilerini veya mensuplarını teşvik veya tahrik etmek,

j- Uyuşturucu madde kullanmak,

k- İş yerinde veya bağlı yerlerde, arama, herhangi bir kimsenin eşyasına el koyma, bilerek postalarını açma ve benzeri eylemleri düzenlemek, başkalarını bu yolda kışkırtmak veya bu gibi eylemlerde görev almak,

l- Tehditle bir kimseyi veya grubu suç sayılan bir eylemi düzenlemeye veya böyle bir eyleme katılmaya yahut yalan beyanda bulunmaya veya yalan delil göstermeye veya suçu yüklenmeye zorlamak veya zorlamaya kışkırtmak,

m- Haksız edindiği mal varlığını gizlemek ve kurumu yanıltmak amacıyla mal beyanında bulunmamak ya da aynı amaçla gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak, haksız mal edinmek, mal varlığı ile geliri arasında uygunsuzluk olması halinde mal varlığının kaynağını açıklayamamak,

n- Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek.

Öngörülmemiş Disiplin Suçları:

Madde 12 - Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir.

Süre Durdurma Cezasının Uygulanamaması:

Madde 13 - Yönetici, öğretim elemanı, memur veya diğer personelin bulunduğu maaş derece ve kademesi itibariyle hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, fiilin ağırlık derecesine göre brüt aylıklarının ¼'ü - ½'si kesilir ve tekerrüründe görevlerine son verilir.

Süre Durdurma Cezasının Sonuçları:

Madde 14 - Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını alan öğretim elemanı, yönetici, memur ve diğer personelin bulunduğu derece ve kademedeki ilerlemesi ceza süresi kadar durdurulmakla beraber, öğretim elemanının akademik yükselme ve atanması ile ilgili işlemler de ceza süresince durdurulur ve mecburi bekleme süresinden düşürülür. Memurlar bu süre içerisinde yarışma sınav ve seçmelerine giremezler.

Disiplin Suçunun Tekerrürü:

Madde 15 – (Değişik birinci cümle:RG-29/1/2014-28897) Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından çıkarılmasına ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Aynı derecede cezayı gerektiren fakat ayrı fiil veya haller ceza nedeniyle verilen disiplin cezalarının üçüncü uygulanmasında bir derece ağır verilir.

İyi Halin Değerlendirilmesi:

Madde 16 – (Değişik:RG-29/1/2014-28897)

Geçmiş hizmetleri sırasında çalışmaları olumlu olan veya ödül veya başarı belgesi alan yönetici ve öğretim elemanları ile memurlar ve diğer personel için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir."⁶⁴⁷ Görüldüğü gibi, yönetmelikte disiplin suç ve cezaları küçük değişiklikler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda konulan hükümlerle benzerdir.

⁶⁴⁷[http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9897&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=,\(10.01.2015\).](http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.9897&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=,(10.01.2015).)

Yine disiplin soruşturmasının yapılışı, disiplin amirleri ve yetkileri, disiplin kurulları ve cezalar ve itirazlar da, yine 657 sayılı yasada yapılan düzenlemelere benzer şekilde düzenlenmiştir.

2547 sayılı yasa kapsamında Yükseköğretim Kurumlarında disiplin uygulamalarına dair bazı İdari Yargı karar örnekleri şunlardır;

"1. Danıştay 5.Dairesi E:1974/8042, K:1977/4295 sayılı kararında "uyarma" cezası ile ilgili; *"İdare yürütmekle sorumlu bulunduğu kamu hizmetlerinin gereklerine uygun hareket etmeleri yolunda kamu görevlilerinin dikkatini her zaman çekebileceğine"*

2. Danıştay 8.Dairesi ise E:1984/454, K.1984/1175 sayılı kararında;"*Yazılı ve sözlü olarak devamlı uyarılan davacının, idari yetersizliği nedeniyle görevden alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığına"* karar vermiştir.

3. Samsun 1.İdare Mahkemesinin E:2009/ 531, K:2010/366 sayılı kararında "kınama" cezası ile ilgili olarak ; *" Ondokuz Mayıs Üniversitesi ... Fakültesi Öğretim Üyesi olarak görev yapan davacının ... Fakültesi Dekanı olarak görev yaptığı dönemde 09.07.2005- 05.11.2008 tarihleri arasında Üniversite Senatosuna Fakülte Temsilcisini seçmediğinden bahisle hakkında başlatılan soruşturma neticesinde Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Yönetmeliğinin 7/g maddesinde belirtilen "yönetimiyle ilgili birimin idaresinde ihmalde bulunmak veya mevzuatın verdiği görevleri gereğince yerine getirmemek" fillini işlediğinden bahisle yönetim görevinden ayırma cezası ile tecziyesinin önerildiği, Yüksek Disiplin Kurulu tarafından anılan yönetmeliğin 16. maddesi dikkate alınarak bir alt ceza olan kınama cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığına» karar verilmiştir."*

4. Danıştay 12.Dairesi .E: 2007/2692,K: 2009/5558 sayılı kararında "aylıktan kesme" cezası ile ilgili olarak;"*İlköğretim Müdür Yardımcısı olan davacının bir öğrenciyi dövdüğü sabit olduğundan maaş kesim cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığına"* hükmedilmiştir. Aynı konuda Danıştay 8.Dairesi E:2004/3032, K.2005/4456 sayılı kararında; *"Öğrencileri bir öğretim görevlisi ile ilgili dilekçe vermeye teşvik eden öğretim görevlisinin eyleminin aylıktan kesme cezasını gerektirdiğine"* karar verilmiştir.

5. Danıştay 12.Dairesi'nin E:2007/6191, K:2010/1608 sayılı kararında "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezası ile ilgili;" *Davacının yapmış olduğu konuşmaların görev sırasındaki sorunların yüksek sesle dile getirilmesine yönelik olduğu, kullandığı sözlerin amir ya da üstlerinin eylem ya da işlemlerini eleştirici söz söylemek şeklinde nitelendirilemeyeceği bu nedenle 10 ay kısa süreli kademe ilerlemesi durdurma cezasının iptaline*" karar verilmiştir.

6. Danıştay 8.Daire'sinin E:2004/3135, K:2005/4668, K. ve 16.11.2005 tarihli kararında da; "*Dava konusu işlemde, kademe ilerlemesinin kaç yıl süreyle durdurulduğunun belirtilmemesi halinde, asgari süre olan bir yıl olarak anlaşılması gerektiği ve şekil yönünden hukuka aykırılık bulunmadığına*" karar verilmiştir.

7. Danıştay 12.Dairesi'nin E:2002/4325, K:2005/2510 sayılı kararında ise; "*Davacıya isnat edilen göreviyle ilgili çıkar sağlama fiili subut bulduğundan kademe ilerlemesinin durdurulmasında hukuka aykırılık bulunmadığına*" hükmedilmiştir.

8. Kamu görevinden çıkarma" cezası ile ilgili olarak, Danıştay 10.Dairesi'nin E:1984/1621, K:1985/410 sayı ve 05.03.1985 tarihli kararında; "*Öğrencisi ile ilişkilerinin söylenti olmaktan öteye gitmediği soruşturma dosyasından anlaşılan öğretim üyesinin, öğretim mesleğinden çıkarma cezasıyla cezalandırılmayacağına*" karar verilmiştir.

9. Danıştay 10.Dairesi E:1987/487, K:1988/576 ve 05.04.1988 tarihli kararında ise; "*Öğretim sıfatı mesleğini ve hekimlik mesleğini kullanarak bayan hastasıyla ilişki kurduğu şeklindeki üzerine atılı disiplin suçunu işlediği kanıtlanamayan ilgilinin, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasıyla cezalandırılmasında isabet olmadığına*" karar verilmiştir."⁶⁴⁸

Danıştay 1. Dairesi 2004/2984 E, 2005/4086 K ve 14.10.2005 tarihli kararında "yetkili merci" konusunda şu kararı vermiştir; "*Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından hareketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir.*

⁶⁴⁸ **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği**, www.omu.edu.tr/files/hukukmus/files/disiplin_degisiklik.pdf , (20.02.2015).

Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar yetkinin kullanımını da belirleyecektir.

Anılan Yönetmelik maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere; disiplin suçlarının soruşturulması konusunda sıralı disiplin amirlerinin yetkisi belirlenirken üst disiplin amirleri bu konuda açıkça yetkili kılınmış olmasına karşın, soruşturmaya yetkili amirlerin disiplin cezası verme konusunda yetkili olduklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi disiplin cezasını vermeye kimlerin yetkili olduğu başka bir madde de düzenlenmiştir. Böylece, soruşturma yapma yetkisi ile ceza verme yetkisi maddelerde yer alış şekliyle de birbirinden bağımsız düşünülmüştür. Bu hali ile, soruşturma açma konusunda üst disiplin amirlerine tanınan yetkinin, ceza vermeye ilişkin yetkiyi de içermediği açıktır.

Bu nedenle maddede; uyarma, kınama, aylıktan kesme cezalarını vermeye yetkili olduğu belirlenen disiplin amirleri tanımından birinci sırada yer alan disiplin amirinin anlaşılması gerekmektedir. Sayılan bu cezaların verilmesinde üst disiplin amirlerinin de yetkili olduğundan söz etmek olanaksızdır. Bu kabul, disiplin cezası verilirken, soruşturmada disipline konu eyleme ilişkin belirlenen unsurların yanı sıra ilgilinin daha önceki kişisel performansının da değerlendirmeye tabi tutulacağına yönelik olarak Yönetmeliğin diğer maddelerinde yer alan kuralların da doğal bir sonucudur. Bütün bu değerlendirmelerin, ilgiliyi en yakın tanıyan disiplin amirince yapılmasının amaçlandığı açıktır. Öte yandan, disiplin cezasına ilişkin yetkinin doğru kullanılmaması itiraz edilecek mercii konusunda Yönetmelikte öngörülen sıralamanın da bozulmasına neden olacaktır.

İncelenen olayda, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi ... Anabilim Dalı Öğretim Üyesi olan davacıya, uyarma cezasının disiplin amiri olan dekan tarafından verilmesi gerekirken rektör tarafından verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamakta olup, davanın esasına yönelik karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir."⁶⁴⁹

Disiplin soruşturmasında zamanaşımı konusunda ise Danıştay 8. Daire 2004/2891 E , 2005/1516 K ve 01.04.2005 tarihli kararında şu hükmü vermiştir; "Uyuşmazlık; Atatürk Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi olan davanın, alt ceza uygulanması suretiyle 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla

⁶⁴⁹ <http://www.kararara.com/danistay/1d/danistay6557.htm> , (20.02.2015).

cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali ve kesilen parasal bedelin ödenmesine karar verilmesi isteminden doğmuştur.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin "zamanaşımı" başlığını taşıyan 19. maddesinde, bu yönetmelikte sayılan disiplin suçu niteliğindeki fiil ve halleri işleyenler hakkında bu fiil ve hallerin işlendiğinin soruşturmaya yetkili amirlerce öğrenildiği tarihten itibaren;

a-Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına,

b- Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına, Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar. Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar" hükmüne yer verilmiştir.

Yönetmeliğin yukarıda aktarılan 19. maddesinin (a) bendi ile getirilen bir aylık süre idarenin iç işleyişiyle ilgili olup, kanıtların kaybolmasını önlemek, soruşturmanın daha çabuk yapılarak disiplin suçunu işlemiş olan kişiye daha etkin ve çabuk ceza verilmesini sağlamak amacıyla konulmuştur.

Bu nedenle, disiplin cezasının verilmesinden önceki evrelerde yönetmelikle getirilen belirli sürelerle uyulmaması, bu konuda görevli olanların kişisel sorumluluğu ile ilgili olup, disiplin suçu işleyen kişiye ceza verilmemesi sonucunu doğurmaz.

Bu durumda, işin esasına girilerek yapılacak incelemenin sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, soruşturmanın yönetmelikte öngörülen sürelerle uyulmadan yürütüldüğü gerekçesiyle işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir".⁶⁵⁰

Danıştay 8. Dairesi 1998/5912 E , 2000/4951 K ve 27.06.2000 tarihli kararında "kamu görevinden çıkarma cezası" ilgili olarak; "Yukarıda yer alan mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden, ... Tıp Fakültesinde yardımcı hizmetler kadrosunda santral memuresi olarak çalışan davacının, memur statüsünde görev yaptığı ve bu sıfatı nedeniyle kamu görevlilerinin uymak zorunda buldukları kurallara tabi olduğu anlaşılmaktadır.

⁶⁵⁰ <http://www.kararara.com/danistay/8d/danistay7243.htm> , (20.02.2015).

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesi (a) bendinde "ideolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak..." fiili kamu görevinden çıkarma cezası verilmesini gerektiren fiil olarak sayılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, ... Tıp Fakültesi yardımcı hizmetler sınıfında santral memuresi olarak görev yapan davacının, yapılan tüm uyarı ve ikazlara rağmen kılık kıyafetle ilgili kurallara uymadığı, göreve başörtülü olarak geldiği gerekçesiyle hakkında yapılan soruşturma sonucunda Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 29.2.1998 gün ve 44 sayılı kararı ile kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uyulması gereken kuralları biliyor olmasına rağmen, ideolojik veya siyasi amaçlarla kurumun huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak biçiminde gerçekleşen davranışlarını ısrarlı bir biçimde sürdüren davacıya Yükseköğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 11. maddesinin (a) bendi uyarınca verilen kamu görevinden çıkarma cezasında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır."⁶⁵¹

4.3. VAKIF ÜNİVERSİTELERİNDE ÇALIŞAN HEKİMLERİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Devlet Üniversitelerinde çalışan hekimlerin disiplin sorumluluğu, yukarıda belirttiğimiz gibi, devlet memuru olarak çalışan hekimlerin disiplin sorumluluğu ile benzerdir. Vakıf üniversitelerinde de devlet üniversitelerindeki yönetmelik uygulanmaktadır. Ülkemizde vakıf üniversiteleri için ayrı bir yasa ve yönetmelik bulunmamaktadır. Bu durum, daha önce belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi'nin 1987/16 E, 1988/8 K ve 19.04.1988 tarihli kararında belirttiği; "Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, **yasal belirleme ve dayanak olmadan** herhangi bir davranışın

⁶⁵¹ <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).

yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz." şeklindeki hükmü ile ters düşmektedir düşüncesindeyim.⁶⁵²

1984 yılından bu güne kadar Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının hala bir yasal düzenlemeye kavuşamaması ve gerekli mevzuat düzenlemelerinin yapılamaması, yukarıda ceza yargılaması ile ilgili konularda olduğu gibi sorunlara yol açabilmektedir. Bu konuda girişimler olmakla beraber, henüz bir yasal düzenleme gerçekleştirilememiştir. Yükseköğretim Kurumu tarafından hazırlanan kanun taslağının 29/f-8 maddesinde " *Vakıf yükseköğretim kurumlarının eğitim-öğretim faaliyetine ilişkin işlemleri ile öğretim elemanlarının atanma, yükselme ve disiplin işlemleri bu Kanun hükümlerine tabidir* " hükmü getirilerek yaşanmakta olan sorunlar aşılmaya çalışılmış, bu personelin gerek hukuki, gerek cezai ve gerekse disiplin sorumlulukları ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler hazırlanmış ancak henüz yasa çıkarılamamıştır.

Diğer yandan adı geçen yönetmeliklerde bulunan bazı cezaların vakıf üniversitesi personeline uygulanması da mümkün görünmemektedir. Örneğin Vakıf Üniversitesinde çalışan personel ve hekimler hakkında "kademe ilerlemesinin durdurulması" cezasının nasıl uygulanabileceği açık değildir. Yönetmelikte bu konu 13 ve 14. maddelerle açıklanmaya çalışılmış, bu durumdaki personelin maaş kesme cezası alacağı, tekerrür durumunda ise işine son verileceği belirtilmekte ve ayrıca akademik bazı haklarından mahrum kalacağı vurgulanmaktadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

HEKİMLERİN MESLEKİ VE ETİK SORUMLULUKLARI

5.1. TABİP ODALARINCA YAPILAN MESLEKİ VE ETİK İNCELEME KAPSAMINDA SORUMLULUK

Türk Tabipleri Birliği, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Anayasa'nın 135. maddesine göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları şu şekilde tanımlanmıştır; "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları;belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak*

⁶⁵² <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (15.01.2015).

gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usûllere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.

(Değişik fıkra: 23.7.1995-4121/13 md.)Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

(Değişik fıkra: 23.7.1995-4121/13 md.)Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde Siyasî partiler aday gösteremezler.

(Değişik fıkra: 23.7.1995-4121/13 md.)Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idarî ve malî denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.

(Değişik fıkra: 23.7.1995-4121/13 md.)Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir."

Ülkemizde meslek kuruluşlarının kökeni ortaçağın esnaf loncalarına ve âhilik Teşkilâtına kadar uzanmakta ise de, çağdaş anlamda meslek kuruluşları 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yabancı uyruklu tacirlerin İstanbul ve İzmir’de kurdukları ticaret odaları ile ortaya çıkmışlardır. Çeşitli meslek ve sanat dallarında faaliyet gösterenler her zaman aralarında birleşerek cemiyet ya da dernek niteliğinde bir takım topluluklar oluşturmak yoluna gitmişlerdir. Esnaf loncaları ve âhilik Teşkilâtı bunun eski örnekleridir. Çağdaş anlamda meslek kuruluşları ise XIX. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmıştır. Meslek kuruluşları, 1924 Anayasasında hiç düzenlenmemiştir. Meslek kuruluşları, kamu tüzel kişileri olarak 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Cumhuriyet döneminde, meslek odaları, özel kanunların yürürlüğe konulması suretiyle yasal dayanağa kavuşturulmasına karşılık; anayasal dayanağa ancak 1961 Anayasasının yürürlüğe girişiyle (madde 122) kavuşmuşlardır.1961 Anayasasının tersine, 1982 Anayasası, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını 135.maddesinde son derece ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.⁶⁵³

⁶⁵³ Serkan Çınarlı,Mithat Kara, "663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kurulan Sağlık

"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının varoluş gerekçelerinden birisi, meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ve meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmaktır. Avukatların meslek koşullarının düzeltilmesi için Baroların yaptığı çalışmalar; hekimlerin meslekî bağımsızlığının sağlanması için Tabip Odalarının yaptığı çalışmalar; mimarların projelerinin onaylanması için Mimarlar Odasının yaptığı çalışmalar bu kapsamda yapılan faaliyetler olarak kabul edilebilir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının diğer bir görevi ise, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlâkı korumaktır. Meslek kuruluşları, bu görev ve yetki tanımı ile, mesleğini uygulayanları denetlemek ve gerektiği takdirde yaptırım uygulamak yetkisine sahip olmaktadır."⁶⁵⁴ Konumuzla ilgisi nedeniyle hekimlik meslek etiği ve mesleki disiplin konusuna değineceğiz.

"Etik veya en yalın tanımıyla *töre bilimi* anlamına gelir. Etik terimi Yunanca *ethos* yâni "töre" sözcüğünden türemiştir. Etik, doğru davranışı, yanlış davranıştan ayırabilmek amacıyla ahlâk kavramının doğasını anlamaya çalışır. Etiğin batı geleneği zaman zaman *ahlâk felsefesi* olarak da anılmıştır. Türkçede etik sözcüğü yanlış biçimde ahlâk sözcüğüyle eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır. Etik ile ahlak arasındaki en temel fark, ahlak belirli bir toplum ve belirli bir zamandaki toplumsal değerlere dayanırken, etik evrensel insani değerlere dayanır.

Meslek etiği, özellikle doğrudan doğruya insanla ilgili mesleklerde uyulması gereken davranış kuralları olarak tanımlanabilir. Meslek etiğinin en önemli yanlarından biri, dünyanın neresinde olursa olsun, aynı meslekte çalışan bireylerin bu davranış kurallarına uygun davranmalarının gerekli olmasıdır. Meslek etiğinin en ayırt edici özelliği, mesleği yerine getirirken işlenen kusurların, meslek çevresi dışında çok fazla tepki görmemesi, kamu vicdanının bu tür kusurlara ilgisiz kalmasıdır. Etik ilkeler, herkesin görmediği görevleri düzenler, onun için herkes bu

Bakanlığı Sağlık Meslekleri Kurulu'nun, Tabip Odalarının Disiplin Yaptırımı Yetkisi Üzerine Etkileri", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2013,(663 KHK), ss.270-271.

⁶⁵⁴ Çınarlı, (663 KHK), ss.273-274.

görevlerin ne olduğunu, ne olması gerektiğini bu görevleri yerine getiren bireylerin özel ilişkilerinin ne olması gerektiğini bilemez.

Tıp alanında çalışan hekimlerin uymaları gereken mesleki etik ilkelerine ilişkin olarak bilinen ilk hekim andı, M.Ö 3000 yıllarında Mısırlı hekim-rahip "İmhotep" tarafından oluşturulmuştur. Ancak hekim andı deyince Hipokrat andı hatırlanır. Günümüzde ise dünyanın pek çok yerinde olduğu gibi, ülkemizde de hekim adayları mesleklerine başlamadan önce bir topluluk önünde ve o topluluğun tanıklığında ant içerler. Benimsenen başlıca etik ilkeler şunlardır; Dürüstlük ilkesi, Yaşama saygı ilkesi, Zarar vermeme ilkesi, Adalet ilkesi, Özerklik ilkesi ve Yasallık ilkesidir."⁶⁵⁵

"Tıbbi etik açısından ele aldığımız hekim sorumluluğunu dört temel başlık altında toplayabiliriz. Bunlar;

1. Hekimin insan olarak kendisine karşı sorumluluğu,
2. Hekimin hastalarına karşı sorumluluğu,
3. Hekimin meslektaşlarına sorumluluğu,
4. Hekimin topluma karşı sorumluluğudur."⁶⁵⁶

Etik kurallar, dünyanın bir çok ülkesinde yazılı değildir. Ama son yıllarda ülkemizde giderek daha fazla kurum ve kuruluş kendi faaliyet alanında yazılı etik kurallar koymakta, hatta çalışanlara etik sözleşmeler imzalatılmaktadır. Tüm bu çabalara rağmen, bu kurallara ne kadar uyulduğu, çalışanlarca bu ilkelerin ne kadar benimsendiği tartışılmalıdır. Etik kavramının tarihsel olarak geliştiği toplumlarda bu kavramların önce düşünsel olarak geliştirildiği ve arkasından içselleştirildiği açıktır. Bu nedenle bu toplumlarda, yazılı olmasa da etik kurallara uyulması şaşılabacak bir durum değildir. Bu kavramların çok sonra geliştiği veya çoğunlukla ithal edildiği toplumlarda ise, yazılı kurallar ve hatta sözleşmeler olsa da, bireyler tarafından içselleştirilemedikleri için kurallara uyulmaması beklenen bir durumdur. Yine bu toplumlarda her meslek grubunun, kendi mesleki etik kurallarına uyma konusunda toplumun genel ortalaması düzeyinde olması kaçınılmazdır.

⁶⁵⁵ Aslı Yürütücü, Hüseyin Gürbüz, " Hekimlerin Ahlaki Değerleri ile Meslek Etiğinin İstatistiksel Olarak İncelenmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1, 2001, s.160.

⁶⁵⁶ Serap Şahinoğlu Pelin, Neyyire Yasemin Oğuz, " Tıbbi Etik Açısından Hekim Sorumluluğu", **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, Sayı:2, 1994, s.161.

Deontoloji sözcüğü, latince "deontos (görev, yükümlülük)" ve "logos (bilim)" sözcüklerinden türetilmiştir. Hekimlerin hekimlik görevleriyle ilgili uymak zorunda oldukları kurallara da deontoloji adı verilmektedir. Ülkemizde hekimin etik sorumluluğu konusunda en önemli belgelerden biri 1960 yılında yayınlanan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesidir. Bu nizamnamede hekimlerin hastalarla, hekimlerin meslektaşları, hekimlerin idare ve toplumla ilişkileri, çok geniş biçimde düzenlenmiştir. Bu nizamname yanında bir başka belge ise, 1998 yılında kabul edilen Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarıdır. Ayrıca diğer bazı yasa maddeleri ve Uluslararası anlaşmalar, sözleşmeler , bildirgeler de kaynak alınan belgelerdir.

Türk Tabipleri Birliğinin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları şu şekildedir;

"Madde 1-Bu kuralların amacı, hekimlerin mesleklerinin gereklerini yerine getirirken uymaları zorunlu olan hekimlik meslek etiği kurallarını belirlemektir.

Madde 2-Türkiye'de hekimlik yapma hakkını kazanmış olup mesleğini uygulayan tüm hekimler bu kurallar kapsamındadır.

Madde 3-Bu kurallar bütünü 6023 sayılı yasanın 59/g maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Madde 4-Bu metinde geçen;

a)Bakanlık deyimi; Sağlık Bakanlığı'ni

b)Hekim deyimi; tıp doktorlarını,

c)Hekim örgütü deyimi; Türk Tabipleri Birliği'ni

ifade eder.

Madde 5-Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.

Madde 6-Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir.

Madde 7-Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

Madde 8-Hekim, mesleğini uygularken vicdani ve mesleki bilimsel kanaatine göre hareket eder.

Madde 9-Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

Madde 10-Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.

Madde 11-Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır.

Madde 12-Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz.

Madde 13-Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir.

Madde 14-Hekim öteki hekimlere veya tetkik-tedavi kuruluşlarına maddi çıkar karşılığı hasta gönderemez. Hekim, hasta sağlamak amacıyla aracı kişilerden yararlanamaz.

Madde 15-Hekimler endüstri kuruluşları ile hiçbir çıkar ilişkisi kuramazlar. Bilimsel araştırmalar ve eğitime yönelik ilişkiler ise, şeffaf ve kurumsal olmalıdır. Bu

ilişkilerde Türk Tabipleri Birliği'nin hazırladığı "Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri" geçerlidir.

Madde 16-Hekim, kendi meslektaşları ve insan sağlığı ile uğraşan öteki meslek mensupları ile iyi ilişkiler kurar, meslektaşlarına veya tedavi ekibinin bir başka üyesine karşı küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz.

Madde 17-Hekim, meslektaşlarını mesleki yönden onur kırıcı ve haksız saldırılara karşı korur.

Madde 18-Hekim tıbbi görevlerini yerine getirirken, gecikmenin hasta yaşamını tehdit edebileceği zorunlu durumlar dışında özel bilgi, beceri gerektiren bir girişimde bulunamaz.

Madde 19-Danışım ve ekip çalışması sürecinin düzenli işleyebilmesi ve bir hekim hakkı olarak yaşama geçirilebilmesi için;

a)Hasta izlemi sırasında, değişik uzmanlık alanlarının görüş ve uygulamalarına gereksinim doğduğunda, tedaviyi yürüten hekim durumu hasta ve/veya yakınlarına bildirmelidir. Konsültasyonu hastanın tedaviyi yürüten hekimi yazılı olarak ister. Yazılı istemde hastanın özellikleri, konsültasyon isteğinin nedenleri açık ve anlaşılır biçimde belirtilir.

b)Konsültasyon sürecinde konsültan hekim de, hastanın sürekli hekimi gibi hastadan sorumludur.

c)Konsültan hekim, alanında bilimsel ve teknik bilgiye sahip olmalıdır.

d)Konsültasyon sonucunda, konsültasyonun gerekçesi ve sonuçları, açık ve anlaşılır biçimde bir tutanak ile belgelenir.

e)Konsültasyonun sonuçlarından hastalar da yeterli ölçüde bilgilendirilir.

f)Konsültasyonun sonucunda hastanın tedaviyi yürüten hekimi ile konsültan hekimin görüş ve kanaatleri arasında fark olur ve hasta konsültan hekimin önerilerini kabul ederse, hastanın tedaviyi yürüten hekimi tedaviyi bırakabilir.

g)Konsültasyon istenen hekim davete uymak zorundadır.

Madde 20-Hekim meslektaşları ile meslek uygulaması konusunda uzlaşmaz bir anlaşmazlığa düştüğünde ya da tıp etiği açısından yanlış davranan bir meslektaşının bu davranışını kasıtlı bir biçimde sürdürmesi durumunda yerel tabip odasına konuyla ilgili bildirimde bulunur.

Madde 21-Hekim hastasının sağlığı ile ilgili kararlar alırken; bilgilenme hakkı, aydınlatılmış onam hakkı, tedaviyi kabul ya da red hakkı , vb. hasta haklarına saygı göstermek zorundadır.

Madde 22-Hasta, mevzuatın belirlediği kurallara, tıbbi uygulamanın özelliklerine ve kurumun koşullarına göre hekimini seçmekte özgürdür.

Madde 23-Hekim, acil vakalar gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz.

Madde 24-Hekim hasta üzerindeki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanamaz.

Madde 25-Hekim, ancak tıbbi bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya tedaviyi yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hastaya veya yakınlarına anlatır ve onları tıbbi yardımla ilgili başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci hekim bulunmadan hekim hastasını bırakamaz. Hekim, tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür.

Madde 26-Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır.

Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.

Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmamasın durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da

yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir.

Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.

Madde 27-Hasta hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır.

Bilinçsiz durumdaki hastalar için, yakınlarının bilgilendirilip bilgilendirilmemesine hekim karar verir.

Madde 28-Hekim, terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışır.

Madde 29-Hasta ücret konusunda önceden hekimden bilgi alabilir. Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için –masraflar dışında- ücret almaması uygundur.

Madde 30-Hekim, hastasının parasal durumu ne olursa olsun, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler öneremez, hastaya gereksiz harcamalar yaptıramaz ve yararı olmayacağını bildiği bir tedaviyi veremez.

Madde 31-Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.

Madde 32-Hekim, bizzat muayene ve tedavi ettiği hastasına gerekli gördüğünde hastalıkla ilgili rapor verir. Bu raporda tıbbi gerekçelere bağlı olarak istirahat, tedavi şekli, diyet, çalışma koşulları gibi hasta için gerekli geçici ya da kalıcı bilgiler ve hekimin önerileri bulunur.

Madde 33-Her hekim, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla yükümlüdür.

Madde 34-Hekim, tıbbi bilgi ve becerisiyle, işkence ve benzeri uygulamalara katılamaz, yardımcı olamaz, gerçeğe aykırı rapor düzenleyemez. İşkence iddiası olan olgularla karşılaşan hekim, mesleki bilgi ve becerilerini gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanır.

Madde 35-Tutuklu ve hükümlülerin muayenesi de öteki hastalarinki gibi, kişilik haklarına saygılı, hekimlik sanatını uygulamaya elverişli koşullarda yapılır ve onların gizlilik hakları korunur. Hekimin, bu koşulların sağlanması için ilgililerden istekte bulunma hakkı ve sorumluluğu vardır. Muayene sonucu düzenlenecek belge veya raporlarda hekimin adı, soyadı, diploma numarası ve imzası mutlaka bulunur. Belge ve raporun bir örneği kişiye verilir. Belge ve rapor baskı altında yazılmış ise, hekim bu durumu en kısa zamanda meslek örgütüne bildirir.

Madde 36-Hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar. Zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.

Madde 37-Hekim, hiçbir zaman ölüm cezasının infazında bulunamaz, infaza yardımcı olamaz, ölüm cezası uygulamasında tıbbi hizmet veremez.

Madde 38-Hekim, olağanüstü durumlar ve savaşta, evrensel nitelikteki tıbbi etik kurallarını yansızlıkla uygular. Hasta ve yaralı sayısının çokluğu nedeniyle, herkese gerekli tıbbi yardımın verilemediği koşullarda, hekim, tedavi olasılığı yüksek olan ağır vakalara öncelik verir.

Madde 39-Hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz. Hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz.

Madde 40-İnsan üzerinde yapılacak klinik, deneysel ya da epidemiyolojik araştırmalar, gerek ilaç gerek cerrahi yöntem araştırmaları olsun, bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek amacıyla yerel etik kurullardan geçmek koşuluyla yapılır. İnsan üzerinde yapılan tüm araştırmalar, bilimsel ve mesleki yönden yeterli

ve yetkin kişiler tarafından yürütülür. Araştırmanın sorumluluğu tümüyle araştırmacıya aittir.

Madde 41-İnsan üzerinde yapılan araştırmalarda her deneğe araştırmanın amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri hakkında, deneğin anlayabileceği dilde ve biçimde yeterli bilgi verilmesi zorunludur. Deneğe, çalışma başladıktan sonra isterse araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği ve onamını geri alabileceği, ancak bu nedenle daha sonraki tedavisinin ve takibinin aksamayacağı anlatılır. Bilgilendirme sonrasında deneğin konuyu yeterince anlayıp anlamadığı değerlendirilir. Araştırma hakkında yeterli bilgilendirme sağlandıktan sonra, deneğin yazılı onamı alınır. Bu onam, deneğin özgür iradesine dayanmalıdır.

Madde 42-Reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı gerekir.

Madde 43-İnsan üzerinde yapılan tıbbi araştırmalarda deneğin yaşamı, bedensel ve zihinsel bütünlüğü ile sağlığı her zaman toplumsal veya bilimsel çıkarların üzerinde tutulur. Deneğin özel yaşamına saygı gösterilmesi ve kişisel bilgilerin gizliliği sağlanır. Bilimsel araştırma ve yayınlar ile akademik-bilimsel amaçlı sunuşlarda deneğin kimliği gizli tutulur. Bir tıbbi araştırmada, beklenen katkı ne olursa olsun, denek için ciddi bir tehlike şüphesi doğduğunda araştırma durdurulur. Araştırmanın giderleri deneğe, yakınlarına ya da sosyal güvenlik kurumuna yansıtılamaz.

Madde 44-Hekim, araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtmalıdır. Çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adları o yayında yer alamaz. Kaynak göstermeden ve izin almadan başkalarına ait veriler, olgular ve yazılı eserler kullanılamaz.

Madde 45-Bu kurallarda yer almayan durumlarla karşılaşıldığında, hekim, genel etik ilkelere, ulusal düzenlemelere, uluslararası düzeydeki bildirge ve sözleşme hükümlerine uyar.

Madde 46-Hekimler bu kurallar bütünü hükümlerine aykırı davranışlarda bulduklarında, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'na göre tabip odaları yönetim kurulları tarafından onur kurullarına sevk edilirler. Hekimlerin disiplin soruşturmasına uğraması, haklarında ayrıca hukuki veya cezai takibat yapılmasına engel değildir.

Madde 47-Bu kurallar bütünü Türk Tabipleri Birliği Büyük Kongresi'nde kabul edilip, Türk Tabipleri Birliği yayın organlarından birinde yayımlandıktan bir ay sonra yürürlüğe girer ve Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi ve tabip odaları tarafından yürütülür."

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgesi dışında, Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (1981), Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi (1994), Bali Bildirgesi (1995) , Santiago Bildirgesi (2005), Biyotıp Sözleşmesi gibi bir çok uluslararası bildirge ve sözleşme yanında ulusal hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği ve Türk Tabipleri Birliği Etik Bildirgeleri de hekimlerin etik sorumluluklarını düzenlemektedir.

Hekimlerin mesleklerini icra ederken uymak zorunda oldukları mesleki ve etik kurallar, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği ve Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ile düzenlenmiş ve bu kurallara aykırı davranışlara uygulanacak yaptırımlar da belirlenmiştir.

1219 sayılı Tababet Kanunu'nun 15. maddesinde Tabip Odalarının kuruluşundan söz ettikten sonra, 16. maddede " *Etibba odaları divanı haysiyetleri adabı meslekiyeye riayet etmiyen tabipler hakkında tahriren ihtar, meclis huzurunda tevbih ve bir haftadan altı aya kadar muvakkat icrayı sanattan meni suretiyle mücazatu intibahiye tayin edebilirler.* " hükmü getirilmiştir. Bu maddeye göre, Tabip Odaları Haysiyet Divanlarının , meslek etik kurallarına uymayan hekimlere uyarma cezasından başlayarak meslekten 6 aya kadar men cezalarına karar verebileceği hükme bağlanmıştır.

6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 39. maddesinde de Haysiyet Divanı'nın yetkileri şu şekilde belirtilmiştir;

" *Haysiyet Divanı, evrakı kendisine tevdi edilen azaların fül ve hareketlerinin mahiyetine göre aşağıdaki inzibati cezaları verir:*

a) *Yazılı ihtar,*

b) *(Değişik bent: 5477 sayılı Kanun m.6 Resmi Gazete:30.03.2006 26124) b) O yılki en yüksek yıllık üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmayan para cezası,*

c)15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından meni,

d)Bir muntıkada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o muntıkada çalışmaktan meni.

Haysiyet divanları, bu cezaların verilmesine sıra gözetmeksizin geniş takdir hakkını kullanırlar."

Yine aynı kanununun 59/g maddesinde ise Türk Tabipleri Birliği'ne "*Meslektaşların birbiri ile ve hastaları ile münasebetlerini düzenleyen deontoloji nizamnameleri hazırlamak,*" görevi verilmiştir.

6023 sayılı kanununun 59. maddesine dayanılarak yapılan Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinde ise, Tabip Odalarına üye olsun ya da olmasın, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde hekimlik yapan herkesin ve hatta " İlgili hukuksal düzenlemelere göre yürüttükleri mesleki faaliyet gereğince hekimlik mesleğinden sayılanları," da kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Bu son grupta yer alanlar, Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'ne göre uzman olan ancak hekim olmayan eczacı, veteriner vb. mesleklerden olup da uzmanlık tüzüğü ile elde edilen haktan yararlanarak bakteriyoloji uzmanı, farmakoloji uzmanı ve biyokimya uzmanı gibi yetkileri kullanan, bu sebeple de yürüttükleri mesleki faaliyet gereği hekimlik mesleğinden sayılanları kapsamaktadır. Kanun ve yönetmelik maddesince Tabip Odalarına çok geniş kapsamlı bir yetki verilmiştir. Sıklıkla kamu görevlisi hekimlerin idari disiplin sorumluluğu ile mesleki disiplin sorumluluğu karıştırılmakta ve hekimler tarafından aynı nedenle iki kez ceza aldıkları şeklinde yorumlanabilmektedir. Bu yönetmelikle düzenlenen, hekimlerin idareye karşı olan disiplin sorumluluğu değil, mesleki disiplin sorumluluğudur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu sorumluluk kamuda, özel sektörde , vakıf üniversitesinde veya serbest çalışan tüm hekimleri kapsamaktadır. Bu yönetmelikle kurallara bağlanan, tıp mesleği mensubunun mesleki disiplin sorumluluğu olmaktadır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 2004/762 E , 2007/2427 K. ve 29.11.2007 tarihli kararında kamu görevlisi hekimlerin mesleki sorumlulukları ile ilgili şu kararı vermiştir;

"6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 1. maddesinde; serbest veya resmi görev yapan tabiplerin katıldığı Türk Tabipleri Birliği'nin kuruluş amaçları arasında, mesleki deontolojiyi korumak da yer almıştır.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 2. maddesinde, Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektedir.

Tabip ve dış tabibi hastanın "cinsiyeti, ırk, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir." hükmü yer almaktadır.

Anılan Tüzüğün 14. maddesinde, "Tabip ve dış tabibi hastaların vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı göstermek, hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde ızdırabını azaltmaya veya durdurmaya çalışmakla mükellef olduğu hüküm altına alınmıştır.

*Yukarıda yer alan düzenlemelere göre, disiplin hukuku bakımından meslek mensubu olup, kamu görevlisi statüsünde olanlarla, mesleğini serbest olarak icra edenler arasında kesin bir yetki alanı ayrımı yoktur. Başka bir deyişle, **meslek mensubu olup, kamu görevlisi olanların bağlı olduğu kamu tüzel kişiliğine karşı, mesleğini serbest icra edenlerin ise meslek kuruluşuna karşı disiplin hukuku açısından sorumlu olduğu şeklinde kesin bir sonuca ulaşılması mümkün değildir.** Disiplin hukuku bakımından önemli olan, disiplin cezasına konu eylemin ağırlıklı olarak hangi görevden kaynaklandığının tespitidir.*

Buna göre, Manisa Devlet Hastanesinde doktor olan davacının eylemi nedeniyle davalı Birlik tarafından soruşturulup sonucuna göre ceza verileceği tabii olup, kararın yetki yönünden bozulmasında hukuki isabet görülmemiştir."⁶⁵⁷

Her ne kadar mesleki ve etik sorumluluk konusunda detaylı düzenlemeler yapılmış ise de, bu düzenlemeleri etkin bir şekilde işletilebildiği söylenemez. Özellikle kamuda çalışan hekimler için Tabip Odası tarafından verilen disiplin cezaları çoğunlukla kamu idarecileri tarafından kamu hizmeti veya hekim gerekliliği gibi gerekçelerle işleme konmamakta ya da etkisiz hale getirilebilmektedir. Yargı mercilerinin verdiği bazı kararlar da Tabip Odalarının mesleki sorumluluk konusundaki yetkileri konusunda tereddüt yaşanmasına neden olmaktadır. Danıştay, kamu görevlisi hekimin Tabip Odasına üye olup olmaması, mesleki sorumluluk doğuran işlemin kamu görevi veya serbest çalışırken olması gibi kriterleri göz önüne

⁶⁵⁷ <http://www.kararara.com/danistay/iddk/danistay7802.htm> , (20.02.2015).

almakta ve Tabip Odasının Disiplin cezası verme yetkisini buna göre değerlendirmektedir. Danıştay 8. Dairesinin 2000/5508 E, 2000/2537 K ve 25.09.2000 tarihli kararında bu konuda şu yönde karar vermiştir;

" Öte yandan Anayasanın Kamu Kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkındaki 135. maddesinin 2. fıkrasında, kamu kuruluşlarında asli ve sürekli görevlerde çalışan meslek mensuplarının meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti olmadığı belirtilmiştir.

Bu durumda olup da meslek kuruluşlarına üye olmayanlar hakkında meslek kuruluşlarının disiplin cezası verme yetkisinin söz konusu olmayacağı açıktır. Tabipler ve üniversitelerde kısmi statüde çalışan meslek mensubu Profesör ve Doçentlerin, kamu kuruluşlarındaki hizmetleri dışında serbest meslek mensubu olarak yaptıkları hizmetlerde, meslek kusuru işlemleri halinde meslek kuruluşunun disiplin cezası verme yetkisi bulunduğu tartışmasızdır. (...) Doktor olan davacının, kamu görevi ifasında mevzuata aykırı davranışından ötürü soruşturma açmaya ve disiplin cezası vermeye ancak disiplin amirlerinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu nedenle, davacının görev yaptığı kamu kuruluşunca herhangi bir disiplin soruşturması açılmamasına karşın davalı odanın davacının görevinin niteliğini değerlendirmeden, görevinde kusurlu davrandığından bahisle kendi mevzuatına göre disiplin cezası uygulamasında hukuksal uyarlık bulunmadığı açıktır."⁶⁵⁸

Danıştay 8. Dairesi Başkanlığı 14.10.2005 tarihli ve 2004/6040 E, 2005/4087 K sayılı başka bir kararında şu görüşe varmıştır; "6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasasının 7.maddesinde, Anayasada yer alan kurala paralel bir düzenlemeye yer verilerek, sadece sanatını serbest olarak icra eden tabiplerin o il veya bölge tabip odasına üye olmakla yükümlü olduğu belirlenmiş, 49.maddesinde; memur olsun, serbest olsun Yüksek Haysiyet Divanı kararı ile geçici olarak sanat icrasından men edilen azaların hiç bir suretle hasta kabul edemeyecekleri, maddenin son cümlesinde de, sanat icrasından men müddetince memur azaların memuriyetleri ile ilgili vazifelerine hanel gelmeyeceği kurallarına yer verilmiştir.

⁶⁵⁸ <http://www.kararara.com/danistay/dnsty12/dnstyk11985.html> , (20.02.2015).

*Bu Anayasal ve Yasal düzenlemelerin bir arada değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere; aslolan kural, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun faaliyet alanı ile ilgili bir mesleği icra edenlerin bu kuruluşa üye olmak zorunda bulunmalarındır. Bu kuralın istisnası kamu görevlileri açısından tanınmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının; meslek mensuplarının ve bu mesleki faaliyetten yararlananların karşılıklı hak ve menfaatlerini koruyarak belli bir meslek disiplini sağlama amacına yönelik olarak örgütlendiği dikkate alındığında, meslek mensubu kimliğiyle disipline aykırı harekette bulunanların meslek kuruluşunun denetimine tabi olması da kaçınılmazdır. Kamu görevlileri açısından getirilen istisnai kural ise, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde, kamu görevlisinin mesleğe giriş, görevlendirilmesi, yükselmesi ve denetimi konularında belli bir makamın ya da idari merciin yetkili olması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. **Bu nedenle, meslek mensubu kimliğinin yanı sıra kamu görevlisi olanların yürüttükleri kamu hizmeti ve görevi ile ilgili olan iş ve eylemlerinden dolayı bağlı buldukları kamu tüzel kişiliğine karşı sorumlu olmaları esastır.***

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, meslek mensubu olup, kamu görevlisi statüsünde olanların disiplin hukuku açısından denetimi, disiplin cezasına konu eylemin niteliği ve sınırlarının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Eylemin hangi görevden kaynaklandığının tespiti disiplin cezası verme konusundaki yetkinin de belirlenmesini sağlayacaktır.

Uyuşmazlıkta, davacının disiplin cezasına konu eylemi özel muayenehanesine gelen hastanın teşhis ve tedavisinde kusurlu bulunup bulunmadığının irdelenmesine dayandığı ve bu konuda ceza verme yetkisinin de 6023 sayılı Yasadan kaynaklandığı açıktır."⁶⁵⁹

Görüldüğü gibi bu kararında Danıştay, Tabip Odalarının mesleki ve etik soruşturma açmasını hekimin çalıştığı yere ve hizmetin cinsine göre farklı yorumlamaktadır. Kamu kuruluşlarında çalışan hekimlerin kamu görevinden dolayı odalar tarafından soruşturmaya tabi tutulmasını kabul etmemekte, bunun idari soruşturma konusu olabileceğini belirtmektedir. Diğer yandan serbest çalışan veya kamu görevlisi olduğu halde serbest meslek icrası sırasında ortaya çıkan mesleki ve

⁶⁵⁹ <http://memurunyeri.com/2012-08-19-18-24-50/yargi-kararlari/disiplin-ceza-ve-gorevden-uzaklastirma/1329-tuerk-tabipler-birliginin-disiplin-nedeniyle-doktora-ceza-vermesi.html> , (20.02.2015).

etik sorumluluklarda ise Tabip Odalarının soruşturma yetkisi olduğu belirtilmektedir. Bu karar, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesine dayandırılmaktadır. Diğer yandan 6023 sayılı kanun'un 1. maddesi, Tabip Odalarının resmi veya özel tüm hekimler üzerinde yetkili olduğunu belirtmektedir. Danıştay'ın kararlarında mevcut farklılıkların, kanunun yayımlandığı 1953 yılından bu yana defalarca kısmi değişikliklere uğraması ve hukuki bütünlüğünün bozulmasına bağlı olduğuna inanıyorum.

Günümüzde Tabip Odalarının mesleki ve etik sorumluluk kapsamındaki disiplin cezalarının özel sektörde çalışan hekimler üzerinde daha etkin olabilmektedir. Vakıf Üniversitesi Hastanelerinde çalışan hekimler açısından ise, bu kurumların henüz çok yeni olması nedeniyle bir yorumda bulunmak için erkendir. Ancak kamu tüzel kişisi olan Vakıf Üniversitesi Hastanelerinde çalışan hekimlerin de İdari Yargı mercilerince kamu görevlisi hekimler ile benzer şekilde değerlendirilmesi mümkündür.

Bu alandaki önemli sorunlardan biri de, özellikle az sayıda hekimin üye olduğu küçük kentlerdeki Tabip Odalarında, hekimlerin birbirlerini koruma güdüsü ile davranmaları veya kendilerine, dünya görüşlerine veya inançlarına yakın gördükleri hekimlerin ceza almaması için gayret sarf etmeleridir. Bu nedenlerle çoğu zaman bu cezalar etkili olamamakta, sonuç olarak Tabip Odalarının gerek hekimler ve gerekse halkın gözünde itibarı azalmaktadır. Bir avukatın Baro'ya şikayet edilmesi son derece ciddi işlem olup, ciddi sonuçlar doğurabilmekte iken, aynı durumu Tabip Odası şikayetlerinde görebilmek zordur. Bu konuda gerek odaların ve gerekse hekimlerin özeleştirisi yapması ve var olan durumun düzeltilmesi için çalışmaları gerektiğine düşüncesindeyim.

28.04.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin 3-6. maddelerinde disiplin suçları ve cezaları şu şekilde düzenlenmiştir;

"Uyarma Cezası

Madde 3 - Uyarma (yazılı ihtar) cezası, hekime ve bu Yönetmelik kapsamındaki kişilere mesleğini uygularken ve/veya meslektaşları ile olan ilişkilerinde daha özenli tutum ve davranışlar içinde olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezası verilmesini gerektiren haller aşağıda gösterilmiştir:

- a) Tabip odası veya Birlik organlarına seçilmiş olup da yasa ve yönetmeliklerin kendisine yüklediği görevleri yapmamak,*
- b) Tabip odasına kayıtlı olup da mesleki faaliyetinde ortaya çıkan değişiklikleri, değişiklik tarihinden itibaren 15 gün içinde bildirmemek,*
- c) Meslektaşlarına ve diğer sağlık meslek mensuplarına karşı küçük düşürücü davranışlarda bulunmak veya kötülemek,*
- d) Hasta üzerindeki mesleki etkisini tıbbi amaçlar dışında kullanmak,*
- e) Hasta haklarına saygı göstermemek,*
- f) Hasta kayıtlarını usulüne uygun olarak tutmamak,*
- g) Hekimlik mesleğine ilişkin hukuksal düzenlemelere aykırı olmakla birlikte aşağıda belirtilen diğer disiplin suçları arasında sayılmış haller dışında kalan, nitelik ve ağırlık itibariyle diğer disiplin suçları arasına dahil edilemeyen bir eylemde bulunmak.*

Para Cezası

Madde 4 - Para cezası, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (b) bendinde belirtilen sınırlar dahilindeki paranın odaya ödenmesine dair verilecek cezadır.

Para cezasını gerektiren haller şunlardır:

- a) Resmi görevi dışında hekimlik faaliyetini yürüttüğü yerin bağlı bulunduğu odaya 30 gün içinde kayıt olmamak,*
- b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak,*
- c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak,*
- d) Bireysel olarak veya yöneticisi oldukları dernekler ya da çalıştıkları kurumlar aracılığıyla ticari ürün veya hizmetin tanıtımında yer almak veya reklamına aracılık etmek,*
- e) El ilanları, tabelalar, basın ve benzeri yollarla meslektaşlar arası haksız, tıp dışı rekabete yol açacak duyurular yapmak,*
- f) Meslek uygulaması sırasında veya tabip odası ile ilişkilerinde herhangi bir şekilde haksız kazanç teminine yönelik davranışlarda bulunmak,*

g) Tıpta Uzmanlık Tüzüğüne göre alınmış bir uzmanlık belgesi olmadan herhangi bir biçimde uzmanmış gibi tanıtım yapmak,

h) Bilimsel araştırmalar ve eğitime yönelik şeffaf kurumsal ilişkiler dışında, endüstri kuruluşları ile çıkar ilişkileri kurmak, Türk Tabipleri Birliği Hekim ve İlaç Tanıtım İlkeleri'ne aykırı davranmak,

i) Meslektaşlara maddi çıkar karşılığı muayene ve tedavi için hasta göndermek, kendisine hasta sağlaması için aracı kullanmak veya herhangi bir kişiye bu nedenle çıkar sağlamak, hastaları zorunlu durumlar dışında kendisine, yakınına veya ortağına ait özel sağlık kuruluşlarına yönlendirici tavır ve davranışlarda bulunmak,

j) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış tabela ile ilgili kurallara uymamak,

k) Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış asgari ücret tarifeleri altında ücret almak,

l) Türk Tabipleri Birliği Kanununun 5 inci maddesine uygun izin almadan çalışmak,

m) Aidatını ve oda veya Birlik Genel Kurulu tarafından belirlenen ödentileri haklı gerekçe olmaksızın süresinde ödememek,

n) Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 10 uncu maddesinde belirtilen görevi ilgili yıl sonuna kadar yerine getirmemek,

o) Oda veya Birlik organlarına seçilmiş üyelerin görev yapmasını engelleyici davranışta bulunmak,

p) Hasta sevkleri, rapor, reçete vb. belgelerde usulsüz uygulamalar yapmak, sevk belgelerine el koymak,

r) Acil durumlar dışında özel bilgi ve beceri gerektiren girişimlerde bulunarak hastaya zarar vermek,

s) Hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak,

t) Sonuçta hastanın ölümüne, sakatlığına sebep olmayıp da sağlığının kısa süreli geçici bozulmasına yol açan tıbbi hata ve ihmalde bulunmak,

u) Adli vakaların muayenesinde ve rapor tanziminde gerekli özeni göstermemek,

v) Sorumlusu olduğu sağlık kuruluşunda hekimleri ve diğer personelini sağlık alanı ile ilgili görev ve yetki alanı dışında çalıştırmak,

Geçici Olarak Meslekten Alıkoyma Cezası

Madde 5 - Geçici olarak meslekten alıkoyma cezası, meslek uygulamasından 15 günden 6 aya kadar sureyle alıkonulmadır.

Meslekten geçici olarak alıkoyma cezası alanlar, bu sure dolmadan Turkiye'nin hiçbir yerinde özel sağlık kuruluşu aamaz ve resmi veya özel herhangi bir yerde mesleğini uygulayamaz.

Geçici olarak meslekten alıkoyma cezasını gerektiren haller şunlardır:

a) Meslektaşlara, diğer sağlık meslek mensuplarına veya hastalara fiili saldırıda bulunmak,

b) Meslektaşlara, diğer sağlık meslek mensuplarına veya hastalara cinsel tacizde bulunmak,

c) Mesleğin uygulanması sırasında ve meslek sebebiyle öğrenilen hastalara ait sırları yasal zorunluluk dışında açıklamak,

d) Birden fazla yerde muayenehane açmak veya çalıştırmak,

e) Tıpta Uzmanlık Tuzu'ne göre alınmış bir uzmanlık belgesi olmadan herhangi bir biçimde uzmanmış gibi davranmak veya tanıtım yapmak suretiyle meslek uygulamasında bulunmak,

f) Kamu kurum ve kuruluşlarının dolandırılmasına yönelik eylemlerde bulunmak; bu amaca yönelik olarak sahte belge veya reçete düzenlemek, reçete ve belgeler üzerinde tahrifat yapmak,

g) Gerçeğe uymayan rapor ve/veya belge vermek,

h) Hasta kayıtlarında tahrifat yapmak,

i) Bilimsel araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtmamak; çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adlarına yayında yer vermek, kaynak göstermeden veya izin almadan başkalarına ait verileri, olguları veya yazılı eserleri kullanmak ve benzeri suretle bilimsel yayınlarda yayın etiğine aykırı davranmak,

j) Muayene ve tedavi sırasında hastaların cinsiyet, ırk, milliyet, etnik köken, din ve mezhep, ahlaki ve siyasi düşünce, kişilik, ekonomik ve sosyal durumuna göre ayrıcalıklı uygulama yapmak,

k) Kendisine başvuran veya çalıştığı kuruma gelen acil hastaların gerekli tıbbi tedavi veya girişimlerini başlatmamak, yapmamak ya da ilgili kuruluşlara sevkinin geciktirmek veya yapmamak,

l) Hastalıkların tanı ve tedavisinde bilimselliği henüz kanıtlanmamış ya da bilim dışı yöntemleri uygulamak veya önermek,

m) Usulüne uygun olarak ruhsatlandırılmamış maddeleri ilaç olarak önermek,

n) İlgili hukuksal düzenlemelere aykırı olarak canlılar üzerinde deneyler yapmak, yapılmasına destek olmak,

o) İlgili hukuksal düzenlemelerdeki sınırlar haricinde gebeliği kürtaj veya herhangi bir yöntem ile sonlandırmak veya usule aykırı organ nakline katılmak,

p) Meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya kalıcı zarar vermek,

r) Savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini yerine getirmek; savcılık ya da mahkeme istemi olsa dahi ilgilinin, veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamı olmaksızın cinsel ilişki muayenesi yapmak,

s) Mesleki bilgi ve becerilerini insan onuruna ters düşecek amaçlarla kullanmak, işkence yapmak, işkenceye katılmak veya işkence olarak nitelendirilebilecek işlem ve davranışlarda bulunmak, işkence bulgularının tespitinde gerçeğe aykırı rapor düzenlemek,

t) Belirlenmiş tıbbi etik değerler ile Türk Tabipleri Birliği ve/veya Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından benimsenen uluslararası belgeler ve kurallar dışında davranışta bulunmak.

Oda Bölgesinde Çalışmanın Yasaklanması

Madde 6 - Oda bölgesinde çalışmanın yasaklanması, bir oda bölgesinde üç defa meslek uygulamasından alıkoyma cezası alanların, meslek uygulamasından oda bölgesinde sürekli olarak alıkonulmasıdır.

Hekimlerden, oda bölgesinde üç defa meslek uygulamasından alıkoyma cezası almış olanların geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verilecek bir

durumun tespitinde, oda bölgesinde çalışmaktan sürekli olarak alıkonulmalarına karar verilir.

Bu ceza Merkez Konseyi tarafından bütün tabip odalarına bildirilir."⁶⁶⁰
Görüldüğü gibi, Yönetmelik, Tabip Odalarına uyarma, para cezası, geçici olarak meslekten alıkoyma ve oda bölgesinde çalışmanın yasaklanması cezalarını verme yetkisi vermektedir. Yakın zamana kadar meslekten alıkoyma cezası vermeye yetkili olan sadece tabip odaları iken, aşağıda değineceğimiz gibi 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu yetki Sağlık Meslekleri Kurulu'na da tanınmış, ancak bu yetki Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

5.1.1. Tabip Odalarında Soruşturma Usulü

Odaya yapılan bir ihbar, şikayet veya resen öğrenilme sonucu ya da Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin isteği ile soruşturma başlatılabilir. Öncelikle Oda yönetim kurulu şikayeti usul yönünden inceledikten sonra eksiklik yok ise esasa geçer. Bu aşamada gerekli bilgi ve belgeler toplanır, bilirkişi görüşüne başvurulabilir. Bu inceleme sonucuna göre yönetim kurulunca soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilir. Soruşturma açılması kararı verilirse, soruşturma oda yönetim kurulu veya görevlendireceği bir veya birkaç soruşturmacı tarafından yürütülür. Soruşturmacı ilgiliye hakkında suçlamayı bildirerek savunmasını 15 gün içinde yapmasını ister. Ayrıca kişinin leh ve aleyhindeki tüm bilgi, belge ve kanıtlar toplanır. Bu amaçla soruşturmacı, tüm kurum ve kuruluşlardan belge isteyebilir, tanık dinleyebilir, gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Bu işlemlerden sonra soruşturmacı ayrıntılı bir fezleke düzenler ve kendi görüşlerini de ekleyerek yönetim kuruluna sunar. Yönetim kurulu fezlekedeki düşünce ile bağlı değildir. Yönetim kurulu, soruşturmayı kendisi yapmış ise dosyayı, soruşturmacı tarafından yapılmış ise dosya ve soruşturma raporunu inceledikten sonra ilgili hakkında disiplin kovuşturması açılmasını gerektirecek bir nedenin olmadığını saptadığı takdirde, disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar verir. Eğer kurulda ilgili hakkında isnat edilen eylemin varlığı hakkında yeterli kanaat oluşmuş ise, dosyanın onur kuruluna sevkine karar verir. Böylece kovuşturma aşamasına geçilmiş olur.

⁶⁶⁰ **Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği** ,
http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan04/disciplin_y.php , (28.01.2015).

Kararlara itirazlar oda onur kuruluna yapılmalıdır. Onur kurulu kararına itirazlar ise TTB Yüksek Onur Kuruluna yapılabilir.⁶⁶¹

5.1.2. Tabip Odalarında Kovuşturma Usulü

Onur kurulu, kovuşturma açılan dosyaları karar vermek üzere incelemeye alır, raportörün görüşlerini dinler, gerekli görürse soruşturmacıyı ve ilgiliyi dinleyebilir. Konunun aydınlandığı, görüşmelerin yeterli olduğu ve toplanması gereken başka bir kanıt bulunmadığı sonucuna varıldığında oylamaya geçilir. Kararlar salt çoğunlukla ve Yönetmelikte açıkça belirtildiği üzere en az 3 üyenin kabulü ile alınır. Onur kurulu, kovuşturma dosyasının kendisine tevdiinden itibaren 3 ay içinde ilgililer hakkında karar verir. Bu karar "ilgiliye ceza verilmesine yer olmadığına" ya da "6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve TTB Disiplin Yönetmeliği hükümleri uyarınca, eylemin ve/veya yarattığı sonucun ağırlığına göre geniş takdir hakkını kullanarak, ilgilinin disiplin cezası ile cezalandırılmasına" şeklinde olabilir. Bu işlemleri tamamlayan onur kurulu kararını verdikten sonra dosyayı kararla birlikte yönetim kuruluna gönderir.⁶⁶²

5.1.3. Karar sonrası yapılacak işlemler

Kararın bir örneği, yönetim kurulu tarafından hakkında soruşturma açılan kişiye, varsa yakınıcuya ve bildirimde bulunana tebliğ edilir. Yapılacak bildirimde itiraz mercii, itiraz dilekçesinin verileceği yer ve itiraz süresinin açıklanması gerekir. Karara karşı taraflar Yüksek Onur Kurulu nezdinde itiraz edebilirler. Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi de onur kurullarının kararlarına itiraz edebilir. Onur kurulunun ceza verilmesine yer olmadığına dair kararına karşı, oda yönetim kurulu da itiraz edebilir. İtiraz yazılı olarak yapılır ve itiraz dilekçesi Yüksek Onur Kurulu'na gönderilmek üzere oda yönetim kurulu başkanlığına verilir. İtiraz süresinde yapılmış ise veya karar re'sen Yüksek Onur Kurulunun denetimine tabi

⁶⁶¹ Verda Ersoy , Mustafa Güler, " **Disiplin Soruşturması ve Kovuşturmasında Yöntem**", Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2006, ss.8-16.

⁶⁶² V. Ersoy, ss: 17-18.

(meslekten men cezası verilmesi niteliğinde) ise; dosya Yüksek Onur Kurulu'na gönderilir.⁶⁶³

5.1.4. Yüksek Onur Kurulu Kararları ve İtirazlar

Yüksek Onur Kurulu, meslekten men cezası niteliğindeki disiplin dosyalarını re'sen, diğer cezalar hakkındaki dosyaları itiraz üzerine inceler. Varsa şikâyet edilenin sözlü savunmasını veya şikâyet edenin sözlü açıklamalarını dinler ve tutanağa geçirir. Gerekli görülmesi halinde dosyayı bilirkişiye de verebilir. İncelemenin tamamlanmasının ardından dosya hakkında müzakereye geçilir. Müzakere sonucunda; soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasında bir usul hatası ya da eksikliği görmesi halinde, tabip odası onur kurulu kararının usulden bozulmasına, esas yönünden yapılan incelemenin ve varılan sonucun hatalı olduğu kanısında ise tabip odası onur kurulu kararının bozulmasına ya da oda onur kurulu tarafından verilen karar hukuka uygun bulunursa onanmasına karar verilir. Kararlar, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi tarafından, gerekçe ve gerekçeye esas ek belgelerle birlikte ilgili tabip odasına gönderilir. Tabip Odası tarafından, Yüksek Onur Kurulu kararının bir örneği ilgililere tebliğ edilir. Onur kurulu ,bozmaya uyularak yeni bir karar verilebileceği gibi, verilen önceki kararda ısrar da edilebilir. Karara süresi içinde itiraz edilmesi veya kararın meslekten geçici olarak men niteliğinde olması halinde karar Yüksek Onur Kurulu'na gönderilir. Bu durumda karara, bozmadan sonra yapılan işlemlere ilişkin tüm belgeler eklenir. Bozmaya uyularak yeni bir karar verilmesi halinde bu kararı inceleyen Yüksek Onur Kurulu iki şekilde karar verebilir: onur kurulu kararını onaylar veya bozar. Önceki kararda ısrar edilmesi halinde ise, bu kararı inceleyen Yüksek Onur Kurulu yine kararı onaylar veya bozabilir. Karar bozma şeklinde ise; 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 47/II maddesi uyarınca kendisi bir karar verir. Bu karara karşı ancak idari yargı yoluna başvurulabilir. Onur kurulu kararının Yüksek Onur Kurulu tarafından onanması halinde, karar ilgililere tebliğ edilir ve bu şekilde kesinleşen karar derhal uygulanır. Karara karşı ilgililer tarafından idari yargı yoluna başvurulabilir.⁶⁶⁴

⁶⁶³ V. Ersoy, s:19.

⁶⁶⁴ V. Ersoy, ss:20-21.

5.2. 663 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KAPSAMINDA SORUMLULUK

11 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile Sağlıkta Dönüşüm Programı kapsamında çeşitli düzenlemeler yapılırken hekimleri yakından ilgilendiren bazı maddeler getirilmiştir.

Anayasamızın 135. maddesinde yer alan meslek odaları, meslekî disiplini ve ahlâkı sağlama ile görevlendirilmiş olan kurumlardır. Elbette sağlık hizmetinin en önemli unsuru olan hekimlerin, meslekî disiplin ve ahlâk yönünden denetimleri önemlidir. Anayasa hükmüne binaen, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile Türk Tabipleri Birliği (TTB) ve Tabip Odalarına verilen yetkiler içerisinde en önemlilerinden birisi de aşağıda açıklanacağı üzere özel hukuk hükümlerine veya kamu hukuku hükümlerine tâbi olarak çalışan ayırımı yapmaksızın, tüm hekimleri kapsayan disiplin cezası verme yetkisidir. Bu yetki, 663 sayılı “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” uyarınca kurulmuş olan Sağlık Meslekleri Kurulu’nun hekimler üzerindeki disiplin yaptırımı yetkileri ile âdeta ortadan kaldırılmıştır. Sağlık Meslekleri Kurulu, meslek kuruluşlarının görev ve yetki alanına giren eylemlerin değerlendirmesinde de söz sahibi olacak ve bu yönüyle meslek kuruluşlarının disiplin yaptırımı yetkisini kısıtlayacaktır. Düzenlemede, kanunla kurulmuş meslek odalarının ve birliklerinin kuruluş kanunlarındaki disiplin hükümlerinin saklı olduğu ancak fiilin her iki kanuna göre de müeyyide gerektirmesi hâlinde 663 sayılı KHK hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu yönüyle, Tabip Odalarının yetkilerinin kısıtlandığı ifade edilebilir.⁶⁶⁵

Kanun Hükmünde Kararname'nin 23. maddesi ile kurulan Sağlık Meslekleri Kurulu ile, kanunla Türk Tabipler Birliği'ne verilmiş olan hekimlerin mesleki ve etik sorumluluklarının incelenmesi ve gereğinde cezalandırılması yetkisi bu kurula da tanınmıştır. Üstelik bu kararnamenin 23. maddesi incelendiğinde, sağlık meslekleri ile ilgisi ve uzmanlığı olmayan bürokratların da bu kurula alındığı görülmektedir. Kararname'nin 23. maddesi şu şekildedir;

⁶⁶⁵ Çınarlı, (663 KHK), s.268.

" MADDE 23- (1) Sağlık mesleklerinde eğitim müfredatı, meslekî alan ve dal belirlemesi gibi meslekî düzenlemelerde ve istihdam planlamalarında görüş bildirmek, meslekî yeterlilik değerlendirmesi yapmak, meslekî müeyyide uygulamak, etik ilkeleri belirlemek ve uyumu denetlemek üzere Sağlık Meslekleri Kurulu teşkil olunmuştur.

(2) Kurul aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Müsteşar veya görevlendireceği müsteşar yardımcısı ile Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü veya görevlendireceği bir yetkili temsilci, I. Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği hukuk müşaviri, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanları veya görevlendirecekleri yardımcıları,

b) Bakanın seçeceği en az doktora seviyesinde eğitim almış 5 ayrı sağlık meslek mensubu üye,

c) En az genel müdür yardımcısı seviyesinde Milli Eğitim Bakanlığı temsilcisi bir üye,

ç) Yükseköğretim Kurulunun seçeceği iki üye,

d) Meslekî Yeterlilik Kurumu temsilcisi bir üye,

e) Kanunla kurulan sağlık meslek birliklerinden birer üye.

(3) Sağlık meslek birliklerinin temsilcileri yalnızca kendi meslek mensupları ile ilgili konuların görüşüleceği toplantılara katılabilir ve kendi meslek alanları ile ilgili konularda oy kullanır.

(4) Seçilmiş üyelerin görev süresi iki yıldır. Kurul toplantılarına üst üste iki kez mazeretsiz olarak katılmayanların üyeliği düşer. İlgili kurumlar bir ay içinde üyelerini seçerek Bakanlığa bildirmediği takdirde o dönem için ilgili kuruma ait üyelik düşer ve üye sayısında dikkate alınmaz.

(5) Kurul, Müsteşar veya müsteşar yardımcısının başkanlığında üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve oy çokluğu ile karar alır. Oylamalarda çekimser oy kullanılamaz. Oyların eşitliği hâlinde başkanın oyu yönünde karar alınmış sayılır.

(6) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Yeni bir sağlık mesleğinin veya dalının ihdasında görüş bildirmek.

b) Sağlık mesleklerinin eğitim müfredatı hakkında görüş bildirmek.

c) Sağlık mesleklerinin etik ilkelerini belirlemek.

ç) Meslek mensuplarının meslekî yeterlilik ve etik eğitimi ile hasta hakları eğitimine tâbi tutulmasına ve eğitimlerin süresine ve müfredatına karar vermek.

d) Sağlık engeli sebebiyle mesleğin icrasının yasaklanmasına karar vermek.

e) Meslekten geçici veya sürekli men etmeye karar vermek.

(7) Meslekî yetersizliğe ilişkin ihbar ve şikâyetler Kurulca doğrudan değerlendirmeye alınmaz. Bu ihbar ve şikâyetler öncelikle denetim görevlileri veya il ve ilçe sağlık müdürlüklerince incelemeye tâbi tutulur. Yapılan inceleme neticesinde fiilin meslekî yeterlilik değerlendirmesi yapılması veya meslekî müeyyide uygulanması gerektirdiğinin tespit edilmesi hâlinde kanaat raporunu içeren inceleme dosyası Kurula gönderilir. Ayrıca fiil hakkında adlî kovuşturma yapılmış ise, verilen kararlar da Kurula intikal ettirilir. İdarî inceleme veya varsa adlî kovuşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler de değerlendirilerek, genel hükümler saklı kalmak üzere Kurulca;

a) Mesleğinde yetersizliği tespit edilenler ile dikkatsiz ve özensiz davranışla ölüme veya vücut fonksiyon kaybına sebep olanların yetersiz görüldükleri alanda meslekî yeterlilik eğitimine tâbi tutulmalarına karar verilir. Bu eğitim, yetersiz görülen alanda teorik ve/veya pratik eğitim ve/veya başka bir sağlık meslek mensubunun nezaret ve sorumluluğunda meslek icrası şeklinde yaptırılabilir. Yeterlilik eğitimine tâbi tutulanlar eğitim sonunda Kurulun belirleyeceği teorik ve/veya uygulamalı sınava tâbi tutulur. Bu sınavda başarılı olanlar mesleğini icraya devam eder; başarısız olanlar meslek icrasından men edilir. Meslekten men edilenler, durumlarına göre Kurulca belirlenen eğitime devam ettirilerek veya eğitime tâbi tutulmadan yapılacak müteakip sınavlarda başarı gösterdiği takdirde meslek icra etme hakkını yeniden kazanır.

b) Hasta hakları uygulamalarına veya etik ilkelere aykırı davranışı sebebiyle ikiden fazla yazılı ikaz edilen veya ilgili mevzuatına göre disiplin cezası uygulanan sağlık meslek mensubu, hasta hakları veya etik ilkeler eğitim programına tâbi tutulur.

c) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/2/2013 tarihli ve E.: 2011/150, K. 2013/30 Sayılı Kararı ile.; Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Meslek icrası esnasında sonucunu öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır

derecede olmayan engelliliğine sebebiyet verenlerin üç aydan bir yıla kadar meslekten geçici men edilmesine karar verilir. Bu fiillerin beş yıl içinde tekrarı hâlinde verilecek cezalarda alt ve üst sınırlar iki katı olarak uygulanır.

ç) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/2/2013 tarihli ve E.: 2011/150, K. 2013/30 Sayılı Kararı ile.; Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Meslek icrası esnasında sonucunu öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır engelliliğine veya ölümüne sebebiyet verenlerin bir yıldan üç yıla kadar meslekten geçici menine karar verilir. Bu fiillerin beş yıl içinde tekrarı hâlinde meslekten sürekli men kararı verilir.

(8) Mesleğini icra etmesine mâni ve iyileşmesi mümkün olmayan aklî, ruhî ve bedenî hastalığı ortaya konulan sağlık meslek mensupları, Kurulun kararı ile mesleğini icradan yasaklanabilir.

(9) Meslekî yetersizliğinden dolayı bir uzmanlık dalında mesleğini icra edemeyeceğine karar verilen meslek mensuplarının yetersizliğinin niteliğine göre uzmanlık öncesi sahip olduğu sağlık mesleğini icra edebilmelerine karar verilebilir.

(10) Aynı olaydan dolayı ilgili hakkında ceza takibatına veya disiplin soruşturmasına başlanmış olması bu maddeye göre işlem yapılmasını geciktirmez ve engellemez; ilgilinin mahkûm olması veya olmaması ile disiplin cezası verilmiş veya verilmemiş olması hâlleri, ayrıca meslekî müeyyide uygulanmasını etkilemez.

(11) Kanunla kurulmuş meslek odalarının ve birliklerinin kuruluş kanunlarındaki disiplin hükümleri saklıdır. Ancak fiilin her iki kanuna göre de müeyyide gerektirmesi hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır.

(12) Meslekten geçici men edilmesine karar verilen Devlet memurları, men müddetince aylıksız izinli sayılır veya talepleri hâlinde aynı süreyle mesleği ile ilişkisi bulunmayan durumlarına uygun başka bir kadroya atanır. Sözleşmeli olanların sözleşmeleri men müddetince ücretsiz olarak askıya alınır. Meslekten sürekli men edilmesine karar verilen Devlet memurları istekleri hâlinde, mesleği ile ilişkisi bulunmayan durumlarına uygun başka bir kadroya atanır, aksi halde görevleri sona erer.

Meslekten sürekli men edilmesine karar verilen sözleşmeli personelin sözleşmeleri sona erer.

(13) Bu maddeye göre mesleğini geçici olarak sürdüremeyeceklerin durumları kayıtlara işlenir. Meslekten sürekli men edilmesine karar verilenlerin veya mesleğini icra etmektен yasaklananların diplomaları, uzmanlık veya meslek belgeleri Bakanlıkça iptal edilir ve sistemden kaydı silinir.

(14) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."⁶⁶⁶

Bu maddeye göre oluşturulan ve çoğunluğu sağlık meslek mensupları dışında bürokratik kadrolardan oluşan Sağlık Meslekleri Kurulu, başta hekimler olmak üzere tüm sağlık personeline "yeterlilik eğitimine tabi tutma" (md.7/a), "hasta hakları ve etik ilkeleri eğitim programına tabi tutma" (md.7/b) , "geçici ve sürekli men cezaları" (md.7/c,ç, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir) gibi yaptırımlar uygulayabilecektir. Daha da ötesinde, sağlık meslek mensubu için açılacak ceza davaları, disiplin soruşturmaları ve bu incelemelerde personel lehine olan sonuçlar bile bu kurulun mesleki müeyyide uygulamasına engel olamayacaktır (md.10). Diğer bir önemli madde ise 11. maddedir. Bu maddeye göre hekimin meslek örgütü ve sağlık meslekleri kurulu aynı konuda müeyyide uygulama hakkına sahip ise, bu durumda bu kanunun maddeleri uygulanacaktır. Bu durum aslında Tabip Odalarının tümüyle devre dışı bırakılmaları ve mesleki denetim yapamamaları sonucunu getirmektedir.

Anayasamızda, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlâkını korumak görevinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına verilmesi normlar hiyerarşisi açısından anlamlıdır. Meslek kuruluşları, mesleğin etik değerlerini ve ilkelerini korumak, meslekî bağımsızlığı sağlamak için çoğu zaman idarî ve siyasî makamlara karşı mücadele vermek zorunda kalmıştır. İdarî ve siyasî otoritelere rağmen mesleğin etik değerlerini savunma görevini yürüten meslek kuruluşlarının sahip olduğu yetkilerin çoğunluğunun Sağlık Bakanı tarafından atanan idarî bir kurula verilmesinin meslekî bağımsızlığı zedeleyeceği ve Anayasa'nın 135. maddesine aykırı olacağı düşünülmektedir.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ **663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname,**

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.663.pdf> , (15.01.2015).

⁶⁶⁷ Çınarlı, (663 KHK), s.293.

Türk Tabipleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği ve Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından kuruluş Kanunlarına dayanılarak mesleki deontoloji belirlemek ve uymayanlara yaptırım uygulama yetkisi yaklaşık 60 yıldır kullanılmaktadır. Kararname ile bütün bu yetkilerin ağırlıklı olarak idare tarafından atanan kişilerin oluşturduğu bir kurula verilmesi Anayasal normların KHK ile ihlalidir.⁶⁶⁸

Anayasa Mahkemesi 2011/150 E , 2013/30 K ve 14.2.2013 tarihli kararıyla 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6/e ve 7/c-ç maddelerini iptal etmiştir. Mahkemenin bu kararında; " *KHK'nin 23. maddesinde, Sağlık Hizmetleri Kurulunun oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları ile sağlık meslek mensubuna uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir. Anılan maddenin (6) numaralı fıkrasının (e) bendinde, meslekten geçici veya sürekli men etmeye karar vermek Kurulun görevleri arasında sayılmış, (7) numaralı fıkrasının (c) bendinde, meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır derecede olmayan özürüllüğüne sebebiyet verenlerin üç aydan bir yıla kadar meslekten geçici men edilmesine karar verileceği, bu fiillerin beş yıl içinde tekrarı hâlinde verilecek cezalarda alt ve üst sınırların iki katı olarak uygulanacağı hükme bağlanmış, (ç) bendinde ise meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır özürüllüğüne veya ölümüne sebebiyet verenlerin bir yıldan üç yıla kadar meslekten geçici olarak men edilmesine karar verileceği, bu fiillerin beş yıl içinde tekrarı hâlinde meslekten sürekli men kararı verileceği belirtilmiştir.*

*Anayasa'nın 'Suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında,'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.' hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ve ikinci kısmının 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı ikinci bölümünde yer alan **suç ve cezalara ilişkin hükümlerin kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi mümkün değildir.***

Dava konusu kurallar, Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken sağlık meslek mensuplarının meslekten geçici men ve

⁶⁶⁸ Ziyet Özçelik ve diğerleri, "663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri", Türk Tabipler Birliği Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2012, s.43.

meslekten men edilmesini gerektiren fiiller ile bu fiillere uygulanacak yaptırımlara ilişkin hükümler içerdiğinden, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir." hükmünü vermiştir.⁶⁶⁹

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile, hekimlerin ve tüm sağlık çalışanlarının Sağlık Meslekleri Kurulunca meslekten geçici veya sürekli men edilmesi önlenmiş ve bu yetki yine meslek örgütü olan Türk Tabipleri Birliği ve diğer meslek örgütleri tarafından kullanılabilir hale gelmiştir. Buna rağmen, bu kadar geniş yetkilerle donatılan, tamamen siyasi irade tarafından belirlenen bir kurulun bulunuyor olması ülkemizdeki sağlık ortamı için ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Zira siyasi ortamın çok hızlı değiştiği ve henüz demokrasi kültürünün yeterince gelişmediği ülkemizde, tümüyle siyasi iradeye bağlı bir kurulun kolayca bir meslek grubuna ve özellikle siyasi iradeye karşıt dünya görüşlerine sahip olan meslek mensuplarına karşı kullanılacağı açıktır.

Diğer yandan, dünyanın diktatörlükle yönetilen ülkeler dışında hemen tüm ülkelerinde, sağlık mesleklerinin etik kurallarını belirlemek ve meslek mensuplarına gerekli eğitimi vermek meslek örgütlerinin görev ve yetkisindedir. Nitekim Anayasa'nın 135. maddesinde meslek kuruluşları için şu tanımlama yapılmaktadır; **"meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir."** Anayasa'nın bu açık hükmü, yasa ve tüzüklerle Türk Tabipleri Birliği'ne verilen bu yetki, kararnamenin 6/c-ç maddelerinde, Sağlık Meslekleri Kuruluna verilmektedir. Bir mesleğin mesleki kuralları ve meslek etik kurallarını belirleyebilmek için her şeyden önce o mesleğin içinde ve o mesleğin kurallarıyla yetişmiş olması gerekir. Özellikle hekimlik gibi yüzyıllardır var olan ve mesleki kurallarının uzun zaman içinde yavaş yavaş geliştiren bir meslek grubunda, mesleki ve etik kuralların ve mesleki eğitimi düzenleme görevinin çoğu bürokratlardan oluşan bir kurula verilmesi yasal olsa da, etik değildir. Esnaf Odaları, Barolar, Mühendis Odaları ve benzeri örgütler kendi etik kurallarını kendileri belirleyebilirken, ülkenin yüksek düzeyde eğitilmiş bir kesiminin meslek örgütünün yetkilerinin kısıtlanması kabul edilebilir değildir.

⁶⁶⁹ <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb9ea62a-3e48-4c9f-8738-95ef53e3daf5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (29.01.2015.)

663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 23. maddesinin, ülkemizde var olan sosyoekonomik ve siyasi ortamda, mesleki alanlarında yanlış gördüğünü söyleyebilen birkaç meslek grubundan biri olan hekimlerin kontrol altına alınması için çıkarılmış olması muhtemeldir. Bir diğer amaç ise uluslararası amaçlardır. Dünya Bankası'nın hazırladığı bir program olan "Sağlıkta Dönüşüm Programı" na göre sağlıkta sosyal devlet ilkesi terk edilmiştir. Bu program ile sağlık sisteminde köklü bir anlayış değişikliği ortaya çıkmıştır. Cumhuriyet döneminin toplumcu anlayışı ve koruyucu sağlık hizmetlerini önceleyen sağlık politikası terk edilmiştir. Bugün sağlık sisteminin tamamına, kar-zarar hesabını önceleyen, giderek daha fazla piyasa ekonomisi mantığı ile sağlık hizmetlerinin organizasyonunu oluşturan bir anlayış hakimdir.

Sosyal Sigortalar Kurumu'nun devri, Genel Sağlık Sigortası, Aile Hekimliği ve Tam Gün düzenlemeleri ile şekillenen Sağlıkta Dönüşüm Projesinin son aşamalarından birisi Sağlık Bakanlığı'nın yeniden yapılanmasıdır. Sağlık Bakanlığı yapılanmasında, bakanlık bünyesinde özerk ve yarı özerk kurullar ve kurumlar oluşturulmuş, sağlık hizmetleri ve sağlık personeli bu kurulların kaderine bırakılmıştır. Sağlık serbest bölgeleri ve yabancı hekim düzenlemeleri ile yerli ve yabancı sermayenin karlı sağlık hizmetlerinden daha fazla pay almasının önü açılmaktadır. Hekim emeğinin değersizleştirilerek yerli ve yabancı sermayenin ucuz iş gücü ihtiyacını karşılamayı hedefleyen siyasi iktidar aynı zamanda kamu sağlık kurumlarında görev yapan hekimlerin de emeğini değersizleştirilerek hekimleri istediği koşullarda çalıştırmayı kolaylaştırmak istemektedir.⁶⁷⁰

"T.C. Anayasası'nın 135. maddesi ve 6023 sayılı Kanun uyarınca, Tabip Odaları, Türkiye'de hekimlik mesleğini icrâya yetkili bütün hekimlerin meslekî faaliyetlerini denetleme ve gerektiği takdirde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Bu düzenleme karşısında 663 sayılı KHK ile Sağlık Meslekleri Kuruluna verilen görevlerin ki bunlar içinde disiplin yaptırımı yetkisi bulunmaktadır; hangi esaslara göre yerine getirileceğine dair temel kurallar, ne 663 sayılı KHK'nin 23.maddesinde ne de Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Kanunun uygulamasını göstermek üzere yayınlanan Sağlık Meslekleri Kurulu Yönetmeliği, kanun metninde yer alan düzenlemeleri tekrar etmekte, uygulamaya ilişkin açık ve

⁶⁷⁰ "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" Değerlendirme Raporu, İzmir Tabip Odası, İzmir, 2011, s.19.

net kurallara yer vermemektedir. Sağlık çalışanlarının sahip olduğu meslekî uygulama yetkisinin, çerçevesi çizilmeyen, kriterleri belirlenmeyen ve yoruma açık uygulamalarla geçici veya sürekli kısıtlanmasının çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 48.maddesine, çalışma hak ve ödevini düzenleyen Anayasa'nın 49.maddesine de aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz.

Anayasa'nın 135. maddesi ve 6023 sayılı Kanun ile, meslekî deontolojiyi koruma ve sağlama görevi Tabip Odalarına verilmiştir. Tabip Odaları, hekimler arasında ve hekimlerle hastalar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmeye yetkili kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Anayasa'nın 135.maddesindeki temel düzenleme ile kamusal yetkilerle donatılan Türk Tabipleri Birliği ve Tabip Odalarının yetkilerini kısıtlayan düzenlemenin anayasaya uygun olmadığı düşünülmektedir."⁶⁷¹

Uluslararası sermaye, ilaç, tıbbi malzeme ve benzeri satarak ülkemiz kaynaklarını transfer etmenin ötesinde, bu kez ülkede üretilen sağlık hizmetlerinden de payını almak istemiş ve bu doğrultuda bir program işleme konulmuştur. Bunun ilk aşamasında serbest hekimlik kanun zoru veya fiili uygulamalar ile ortadan kaldırılmış, hekimin mesleki özerkliği yok edilerek ya devlet kurumlarında memur, ya da özel sektörde işçi olarak çalışması sağlanmıştır. Böylece yüz yıllardır serbest bir meslek olan hekimlik, maaş-ücret baskısı altına alınmıştır. Bu durumu kabullenmeyen hekimler ve meslek örgütlerinin hala var olması nedeniyle de bu kez 663 sayılı kanun hükmünde kararname çıkarılarak, siyasi iradeye hekimlere karşı (Anayasa Mahkemesi kararı ile şimdilik meslekten çıkarma değilse de) her türlü yaptırım uygulama hakkı verilmiştir. Burada amaçlanan, sağlık sektörünün merkezinde yaşayan hekimlere ve meslek örgütlerine boyun eğdirmektir. Bunun arkasında yatan daha büyük amasın ise, Dünya Bankası programı kapsamında ülkemizde sağlık hizmetlerinde üretilen değer büyük bir kısmının uluslararası sermayeye transferi olduğuna inanıyorum.

⁶⁷¹ Çınarlı, (663 KHK), ss.270-271.

SONUÇ :

Hekimlik, insanlık tarihi kadar eski bir meslektir. Tarihin bilinmeyen dönemlerindeki hekimlik uygulamalarına dair bilgi ve bulgular oldukça kısıtlıdır. Bunun yanında yazının bulunması ve sonrasındaki süreçte olan gelişmeler hakkında daha ayrıntılı bilgilere sahibiz. Çok eski çağlarda tanrısal bir güce sahip olduğuna inanılan hekimlerin, zaman içerisinde bu konumu değiştirmiştir. Hekimlik, bilimsel gelişmelerin etkisiyle "kutsal ve dokunulmaz" olma özelliğini yitirmiş ve bilim dallarından bir tanesi konumuna dönüşmüş, bu kapsamda hekimler de toplumdaki eski ve özel statülerini kaybetmişlerdir. Diğer yandan hukuk sistemlerinin gelişmesine paralel olarak "hekimin sorumluluğu kavramı" da gelişim göstermiştir. İlk kez Hindistan, Eski Mısır ve Babil kaynaklarında "hekimin sorumluluğu" kavramının öncülleri görülmekle beraber, bu kavramdaki asıl dönüşüm son yüz yıllık süreçte gözlemlenmiştir.

Magna Carta Libertatum (1215) da ilk izleri görülmeye başlanan, Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve Büyük Fransız Devrimi gibi dönüm noktalarından geçen insan hakları kavramı özellikle yirminci yüzyılda büyük bir değişim göstermiştir. Son yüzyılda yaşanan iki büyük savaş, insan hakları kavramı üzerine daha yoğun düşünülmesine yol açmıştır. Her ne kadar birinci kuşak insan hakları daha önceye dayansa da, yirminci yüzyılda yaşanan büyük yıkımlar ve insan hakkı ihlalleri, insan hakları kavramının daha da ileriye taşınması ve sonuçta ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşak insan haklarının tanınmasını getirmiştir. Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları bu kapsamda olan haklardır. İnsan hakları kavramının genişlemesi günümüzde de sürmektedir.

Anayasamıza göre Türkiye Cumhuriyeti "sosyal hukuk devleti" dir. Sosyal hukuk devletlerinde devlet, yurttaşlarına çağın gerektirdiği sosyal hakları tanıyıp teminat altına alırken, bazı sorumluluklar da yükler. Bu sorumluluğun bir yansıması da sağlık personelinin ve konumuz özelinde hekimlerin sorumluluğudur. İnsan Hakları kavramının tarihsel gelişimi ile birlikte, hekimlerin sorumlulukları da giderek artmış ve çeşitlenmiştir. Bugün hekimlerin yaptıkları tıbbi müdahalelerden doğan sorumlulukları hukuki, cezai, disiplin ve mesleki etik sorumluluklar başlıkları altında toplanabilir. Bu sorumluluklardan kaynaklanan sorunlarda yargılama süreçleri ve yaptırımların uygulanması ülkemizdeki yargı sistemi gereği, farklı

sektörlerde çalışan hekimler için farklı seyirler gösterebilmektedir. Kamuda çalışan hekimlerin veya özel sektördeki hekimlerin yargılama süreçleri ve uygulanacak yaptırımlar, yasalar ve yargı kararları ile uzun süredir açıklık kazanmıştır. Diğer bir deyimle, özel sektörde olsun, kamu sektöründe memur veya üniversite personeli olsun, hekimlerin yargılanma usulleri belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan itibaren üniversitelerin kurulması ve yüksek öğretim hizmetlerinin yürütülmesi devletin tekelinde bulunmaktaydı. 1982 Anayasa'sı ile birlikte, devlet dışında sadece vakıflara üniversite kurma ayrıcalığı tanınmıştır. Anayasa'da belirtilen koşullara uygun olmak şartıyla kurulabilecek olan bu üniversiteler, ilk olarak 1984 yılında kurulmuş, 2000 li yıllarda ise sayıları hızlı bir artış göstermiştir. Yine bu üniversitelerdeki artışa paralel olarak, bu üniversitelerin bünyesi içerisinde çok sayıda Tıp Fakültesi açılmış, bunlara bağlı hastaneler kurulmuş, çok sayıda hekim de bu hastanelerde görev almıştır. Bununla birlikte, bu üniversitelerin kuruluşuna koşut olarak gerekli yasal düzenlemeler ne yazık ki aynı hızda yapılamamıştır. Anayasa ve yasalarımıza göre kamu tüzel kişiliği olan vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının hukuki durumu, gerekli düzenlemelerin yapılmamış olması nedeniyle yeterince açık olmayıp, uygulamada çeşitli sorunlar yaşanmaktadır.

Ülkemizde bugün kurulmuş olan vakıf üniversitelerinin tamamı, 2547 sayılı yasa kapsamında hizmet vermekte ve bir çok yargı kararında bu üniversitelerde çalışan öğretim görevlileri ve hekimler "kamu görevlisi" olarak tanımlanmaktadır. Yine bu personel, 2547 sayılı yasaya göre düzenlenen disiplin hükümlerine göre cezalandırılmaktadır. Ayrıca bu üniversitelerin her türlü denetim ve gözetimi de Yüksek Öğretim Kurulu tarafından yapılmaktadır. Vakıf Üniversite Hastanelerinde çalışan hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki (tazminat) sorumluluğu, gerek devlet üniversitelerinde ve gerekse kamu hastanelerinde çalışan hekimlere benzer şekilde idari yargının konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, bu personel hakkında özel sektörde çalışan hekimlerde olduğu gibi doğrudan tazminat davası açılmamakta, kamu görevlisi sayılmaları nedeniyle , ancak idareye karşı dava açılabilen, idare ise personele rücu hakkını saklı tutmaktadır. Zira, Danıştay'ın yerleşik kararları, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, vakıf üniversitelerinde çalışan personelin "kamu görevlisi" olduğu tartışmasızdır.

Gerek Anayasa hükmü ve gerekse yargı kararları ile kamu görevlisi olarak tanımlaması nedeniyle bu personelin kamu görevlilerinin sahip olduğu güvencelere sahip olması gerektiği açıktır.

Kamu görevlisi hekimlerin ceza soruşturması özel usullerle yürütülmektedir. Yasa koyucu kamu görevlisi olan hekimlerin görev sebebiyle işledikleri suçlar için 4483 sayılı yasa, üniversitelerde çalışan hekimlerin görev sebebi veya görev sırasında işledikleri suçlar için ise, 2547 sayılı yasanın 53/c maddesi ile bu özel soruşturma usullerini düzenlemiştir. Yasa koyucunun bu özel soruşturma usullerini getirmesindeki temel amaç, kamu görevlilerinin sık sık mahkemeye çıkmak zorunda kalmaması, görevlerine odaklanabilmeleri, haksız suçlamalarla görevlerinin aksatılmamasıdır. İlk bakışta kamu görevlilerine tanınmış bir ayrıcalık gibi görünse de, gerçekte kamu görevinin düzenli ve sağlıklı yürütülebilmesi için bu düzenlemeler yapılmıştır. Zira kamu görevlisinin, şikayet edilme korkusu olmadan, tarafsız ve herkese eşit koşullarda hizmet verebilmesi için bu bir gerekliliktir.

Vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının, bu arada konumuz kapsamında olması nedeniyle bu üniversitelerin hastanelerinde çalışan hekimlerin, tıbbi müdahaleden kaynaklanan cezai sorumlulukları ve yargılama usulleri ise en çok tartışılması gereken konulardan biridir. Kamu tüzel kişiliği taşıyan, personeli kamu görevlisi sayılan vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim üyeleri, bu üniversitelerin hastanelerinde çalışan hekimler, göreve alınma kriterleri, çalışma esasları, sorumlulukları, disiplin uygulamaları ile tümüyle 2547 sayılı yasa hükümlerine tabidirler. Kamu görevlisi sayılmaları ve 2547 sayılı yasaya tabi olmaları nedeniyle bu personel hakkında yapılacak ceza soruşturması usulünün de aynı yasaya göre yapılması beklenirken, bu yapılamamaktadır. Danıştay'ın yerleşik kararlarına göre, 2547 sayılı yasada yer alan vakıf üniversiteleri ile ilgili maddelerde ceza soruşturması usullerini düzenleyen 53/c maddesine atıf bulunmadığından, bugün en alt düzeyde çalışanıdan en üst düzeyine kadar vakıf üniversitesi çalışanları özel soruşturma usullerine tabi değildir. Diğer bir deyişle, bu personel genel usullere göre yargılanabilmektedir. Bu durumda vakıf üniversitelerinde çalışan personel, kamu görevlisi sayılmasına rağmen, tam da yasa koyucunun özel soruşturma usullerini düzenleme gerekçesinde belirttiği gibi, her an şikayet edilme ve sık sık mahkemeye gitme kaygısı taşımak durumunda kalmakta ve mağduriyetler ortaya çıkmaktadır. Bu

konuda Danıştay ve diğer yargı organları, yasa koyucuyu işaret etmekte ve yasal düzenleme yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır. 1982 yılından bu yana bu yasal düzenlemeler yapılamamıştır. Bu nedenle vakıf üniversitelerinde çalışan personel, şu an için tazminat davalarında kamu görevlisi konumunda görülmekteyken, ceza hukuku kapsamında açılan davalarda kamu görevlilerine uygulanan özel soruşturma usullerinden yararlanamamakta ve haklarında doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilmektedir. Bu durumun yarattığı eşitsizlik yanında, bu personelin üzerinde yarattığı baskı nedeniyle görevlerini gereğince yerine getirmeleri zor görünmektedir.

Bugün sayıları giderek artan vakıf üniversiteleri üzerine çeşitli eleştiriler olsa da, bu üniversiteler artık ülkemizin gerçeğidir. Gerekli yasal düzenlemelerin bugüne kadar yapılamaması ise büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda Yüksek Öğretim Kurulu'nun yaptığı bir yasa taslağı bulunmakla beraber, bugüne kadar herhangi bir yasal düzenleme ne yazık ki yapılamamıştır. Bu taslakta, vakıf üniversitelerinde çalışan personelin hukuki statüsü açık olarak tanımlanmış, hangi özel soruşturma usullerine tabi olacakları belirlenmiştir. Bu yasanın bir an önce çıkarılmasının, gerek vakıf üniversitelerinde çalışan personelin hukuki durumunun açıklığa kavuşturulması, gerek bu personelin sürekli şikayet baskısı altında çalışmasının önlenmesi ve gerekse çelişkili yargı kararlarının önüne geçilmesi açısından zorunluluk olduğu düşüncesindeyim.

KAYNAKÇA

A. KİTAPLAR

1. Akdur, Recep. **Sağlık Sektörü "Temel Kavramlar Türkiye ve Avrupa Birliğinde Durum ve Türkiye'nin Birliğe Uyumu"** , Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2006.
2. Akipek Öcal,Şebnem, Hayriye Şen (Ed). " Tüzel Kişi Kavramı, Türleri,Dernekler ve Vakıflar", **Medeni Hukuk-1 Ders Kitabı**, AÖF Yayınları, 5. Baskı, Eskişehir, 2013, ss.56-68.
3. Bayat, Ali Haydar. **Tıp Tarihi**, Pınarbaş Matbaacılık, 2.Baskı, İstanbul, 2010.
4. Çağlayan, Ramazan. **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu** , 1.Baskı, Asil Yayın Dağıtım Limited Şirketi, Ankara, 2007.
5. Çınarlı, Serkan. **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu** , Orion Kitabevi, Ankara, 2013.
6. Deryal, Yahya. **Sağlık Hukuk Rehberi** , Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2014.
7. Dinç, Gülten, Nil Sarı, Ayten Altıntaş, İbrahim Başağaoğlu, Zuhul Özaydın, Hanzade Doğan, Yeşim Işıl Ülman, İnci Hot. "Ortaçağda İslam Tıbbı ", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, ss.46-54.
8. Dinç, Gülten, Nil Sarı, Ayten Altıntaş, İbrahim Başağaoğlu, Zuhul Özaydın, Hanzade Doğan, Yeşim Işıl Ülman, İnci Hot. "Osmanlı Tıbbı (1299-1827) " , **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, ss.86-95.
9. Er,Ünal. **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul, 2008.
10. Erişkin, Nuri, (Ed) Hayriye Şen Doğramacı. "Kira, Ödünç, Hizmet ve Eser Sözleşmeleri", **Medeni Hukuk-II**, T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No:2829, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1787, Saray Matbaacılık, Ankara, 2013, ss.158-182.
11. Erişkin, Nuri, (Ed) Hayriye Şen Doğramacı. "Vekalet Sözleşmesi- Vekaletsiz İş Görme- Kefalet Sözleşmesi ", **Medeni Hukuk-II**, T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No:2829, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1787, Saray Matbaacılık, Ankara, 2013, ss.186-202.
12. Ersoy, Verda, Mustafa Güler, " **Disiplin Soruşturması ve Kovuşturmasında Yöntem**", Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2006.
13. Gökcan, Hasan Tahsin. **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk** , Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2014.

14. Gözler,Kemal, Gürsel Kaplan. **İdare Hukuku Dersleri** , 14.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
15. Günday, Rezzan. **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk** , Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
16. Hakeri, Hakan. **Kasten Öldürme Suçları**, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2007.
17. Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı,Ankara, 2012.
18. Hızal, Abdullah, Sevinç Arslan Hızal, Mithat Kara. **Aydınlatılmış Onam** , İzmir Tabip Odası Yayınları, İzmir, 2009.
19. İpekyüz Yavuz, Filiz. **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi** , Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- 20.Kaymaz, Seydi, Hasan Tahsin Gökcan, **Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları** , Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
21. Özalp, Tuba, Faruk Özalp. **Hekimin Cezai Sorumluluğu** , Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
22. Özçelik, Ziynet, Semra Demir, Kürşat Bafra, Birkan Karaduman, Özgür Erbaş, **"663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri"**, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2012.
23. Özçetin, Selvi, Murat Balaban, **Sağlık Hukuku** , 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2015.
24. Özgenç,İzzet, Neslihan Göktürk, İlhan Üzülmöz, (Eds) İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz. "Suçun Yapısal Unsurları", **Ceza Hukukuna Giriş** , T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No:2476, Açıköğretim Fakültesi Yayını, No: 1447 , AÖF Yayınları, 1.Baskı, Eskişehir, 2012, ss.18-31.
25. Özkan, Hasan, Sunay (Öner) Akyıldız. **Hasta-Hekim Hakları ve Davaları**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2008.
26. Özkaya, Nesrin. "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", **Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları, Sıra No: 208, İstanbul, 2012, s.180-194.
27. Sancakdar, Oğuz, (Ed) Recai Sönmez. "Memurların Mali Sorumluluğu", **Memur Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:2222, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1222, Anadolu Üniversitesi Web-Ofset Tesisleri, 6. Baskı, Eskişehir, 2010, ss.184-203.
28. Sancakdar, Oğuz, (Ed) Recai Sönmez. "Memur Disipli Soruşturmaları ve Ceza

Kovuşturmaları ile Görevden Uzaklaştırma" , **Memur Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:2222, Açıköğretim Fakültesi Yayını No: 1222, Anadolu Üniversitesi Web-Ofset Tesisleri, 6. Baskı, Eskişehir, 2010, ss.148-183.

29. Sarı, Nil, Ayten Altıntaş, İbrahim Başağaoğlu, Zuhale Özyayın, Hanzade Doğan, Yeşim Işıl Ülman, Gülten Dinç, İnci Hot. "Tarih Öncesinde Tıp", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, ss.8-12.

30. Sarı, Nil, Ayten Altıntaş, İbrahim Başağaoğlu, Zuhale Özyayın, Hanzade Doğan, Yeşim Işıl Ülman, Gülten Dinç, İnci Hot. "İlk Çağda Tıp", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, ss.13-38.

31. Savaş, Halide. **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları** , 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

32. Toroslu, Nevzat, (Ed) Ozan Ercan Taşkın. "Suçun Manevi Unsuru", **Ceza Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2283, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1280, 3.Baskı, Eskişehir, 2013, s.24-45.

33. Ülman Işıl,Yeşim, Nil Sarı, Ayten Altıntaş, İbrahim Başağaoğlu, Zuhale Özyayın, Hanzade DoğanGülten Dinç, İnci Hot. "Modern Dönem Osmanlı Tıbbı (1827-1923)", **Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı** , İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, ss.96-101.

34. Üzülmöz, İlhan, İzzet Özgenç, Neslihan Göktürk, (Eds) İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz. "Hukuka Uygunluk Sorunu", **Ceza Hukukuna Giriş** , T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No:2476, Açıköğretim Fakültesi Yayını, No: 1447 , AÖF Yayınları, 1.Baskı, Eskişehir, 2012, s.36-49.

35. Yalvaç,Gürsel. (Eds) Yaşar Bilge, İ.Ethem Geçim, "Hukusal Açıdan Tıpta Uygulama Hataları", **Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları**, Baskı Evi Matbaa, Promosyon ve Reklam Hizmetleri, 1. Baskı, İstanbul,2013, ss.16-22.

36. Yılmaz, Battal. "**Hekimin Hukuki Sorumluluğu**", 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara , 2010.

B. DOKTORA VE YÜKSEK LİSANS TEZLERİ

1. Aydın, Çağrı Kan. "**Taksirle Yaralama**", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.

2. Demirci, Bahar. "**Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk**" , (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

3. Marulcu, Hasan Tevfik. "**Mu'tezile Ekolünün Tanrı-Alem-İnsan Görüşlerinin Oluşumunda İlkçağ Felsefesinin Etkileri**" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) ,

Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2002.

4. Özmen, Özkan. "**Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2009.

5. Sade, Ümit. "**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7.Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi**", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

6. Songur, Haluk. "**İslam Ceza Hukukunda Suça İştirak Teorisi-Mukayeseli Bir İnceleme**", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2001.

C. SÜRELİ YAYINLAR

1. Akbulut, Emre. "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:66, 2006, ss.183-224.

2. Akıncı, Seda B., Fatma Sarıcaoğlu, Aydın Erden, Ayhan Köseoğlu, Ülkü Aypar. "Anestezyologlarda Defansif Tıp Uygulamalarının Araştırılması", **Anestezi Dergisi**, Cilt:21, Sayı:1, 2013, ss.151 - 156.

3. Akyılmaz, Bahtiyar. "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Sayı:1-2, 2011, (RÜCU), s.61-79.

4. Altun, Gürcan, Abdullah Coşkun Yorulmaz. "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis" , **Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt:27, Sayı:1, 2010, ss.7-12.

5. Antalyalı, Ömer Lütfi . "**Tarihsel Süreç İçerisinde Üniversite Misyonlarının Oluşumu**", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:6, 2007/2, ss.25-40.

6. Arap, Sultan Kavili. "Türkiye Yeni Üniversitelerine Kavuşurken: Türkiye'de Yeni Üniversitelerin Kuruluş Gerekçeleri", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:65, Sayı:1, ss.1-29.

7. Arslan, Mehmet. "Cumhuriyet Dönemi Üniversite Reformları Bağlamında Üniversitelerimizde Demokratiklik Tartışması" , **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı : 18, 2005/1, ss.23-49.

8. Atmaca, Nidai Sulhi. "Türk Hekimlik Dilinin Tarihsel Gelişimi", **Güncel Gastroenteroloji** , Cilt:15, Sayı:2 , ss:132-137.

9. Avcı, Mustafa. "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun Üzerine Bir İnceleme", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XI,

Sayı:3-4, 2007, ss.274-275.

10. Aydın, Hüseyin. " Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Ankara Barosu Dergisi** , Yıl:68 , Sayı:1, 2010, ss:111-112.

11. Aydın, Nizamettin. " Hasta Haklarının Hukuki Boyutu Ve Korunma Yolları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı:22, 2008, ss.1-33.

12. Balyer, Aydın, Yüksel Gündüz. "Türk Yükseköğretim Yönetim Sisteminde YÖK ile Yaşanan Paradigmatik Dönüşüm: Vakıf Üniversiteleri Çelişkisi", **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi** , Sayı:31, 2011/2, ss.69-84.

13. Başkan, Gülsün Atanur. "Türkiye’de Yükseköğretimin Gelişimi", **Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Cilt:21, Sayı:1, 2001, s.21-32.

14. Baytemir, Erdal. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:88, 2010, s.333-388.

15. Birtek, Fatih. " Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon" , **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:5, 2007, ss.1997-2006.

16. Bozdağ,Ahmet. "İdare Hukukunda İdarenin Hizmet Kusuru ve Danıştay Uygulaması", **Türk İdare Dergisi** , Sayı: 468 , 2010, ss.33-48.

17. Bulut, Pınar. "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"**, 10/17 Eylül 2011, ss.83-104.

18. Canbolat, Ferhat. "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", **TBB Dergisi**, Sayı 80, 2009, ss.156-181.

19. Çakmut, Özlem Yenerer. "Türk Ceza Yasası'nda Genital Muayene Suçu", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuk Merkezi "Sağlık Hukuk Makaleleri"**, 10/17 Eylül, 2011, (GENİTAL), s.49-63.

20. Çınarlı, Serkan , Mithat Kara. "663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kurulan Sağlık Bakanlığı Sağlık Meslekleri Kurulu'nun, Tabip Odalarının Disiplin Yaptırım Yetkisi Üzerine Etkileri", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2013,(663 KHK), ss.267-299.

21. Çınarlı, Serkan, Sevinç Arslan Hızal, Abdullah Hızal. " Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", **Leges Hukuk Dergisi**, Sayı:3 , 2013,(CEZA),ss.23-42.

22. Çınarlı, Serkan. "Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:1, 2011,(DİSİPLİN), ss.39-63.

23. Çiftçioğlu, Cengiz Topel. "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:3, 2013, ss.317-338.
24. Değirmenci, Olgun. "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi", **TBB Dergisi**, Sayı 58, 2005, ss:195-203.
25. Demirel, Birol. "Hekimin Yasal Sorumlulukları" , **Gazi Tıp Dergisi** , Cilt:16, Sayı:3, 2005, ss.99-106.
26. Dönmez, Burcu. "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Sayı:2, 2007, (ÇOCUK), ss.99-141.
27. Dönmez,Burcu Demren . "Türk Ceza Kanununda "Kamu Görevlisi" Kavramı", **TBB Dergisi**, Sayı:94, 2011, ss.95-130.
28. Duysak, Merve. "Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu", **Hukuk Gündemi**, Sayı:3, 2009, ss.25-38.
29. Erat, Veysel. " Kamu Görevlisi Kavramı Açısından Geçici Köy Korucuları", **Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:28, Sayı:1, 2013, ss:169-196.
30. Erbaş, Rahime. "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md.120/2)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXXI, Sayı:1, 2013, ss.331-352.
31. Erdoğan, Nuri, Mithat Kara, Abdullah Hızal, Sevinç Arslan Hızal. " Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar", **Erciyes Tıp Dergisi** , Cilt:33, Sayı:2, 2011, ss.165-170.
32. Ersoy, Nermin. "Klinik Etiğin Önemli Bir Sorunu: Aydınlatılmış Onam", **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, Cilt:2, Sayı:3, ss.131-136.
33. Ersoy, Yüksel. "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", **TBB Dergisi**, Cilt: ,Sayı 53, 2004 , ss.161-190.
34. Evren, Çınar Can. "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni", **TBB Dergisi**, Sayı:95, 2011, ss.175-196.
35. Genç, Enver. "Rücu Kavramı ve Sayıştay Denetimi Kapsamında Rücu Müessesesi", **Mali Hukuk Dergisi**, Yıl:26, Sayı:151, 2011, ss.28-33.
36. Gökpinar, Mahmut. "Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast" ", **TBB Dergisi**, Sayı 79, 2008, ss:199-233.

37. Günay, Durmuş, Aslı Günay, "1933'den Günümüze Türk Yükseköğretiminde Niceliksel Gelişmeler", **Yükseköğretim ve Bilim Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2011,ss.1-22.
38. Güngör, Pınar, Yeliz Doğan Merih, Meryem Yaşar Kocabey, " Farklı Ülkelerin Malpraktis Konusunda Yasal Düzenleme Girişimleri, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", **Zeynep Kamil Tıp Bülteni** , Cilt: 43, Sayı:4,: 2012,ss.:128-138.
39. Gür, Bekir S. "Türkiye'de Yükseköğretimin ve Yükseköğretim Kurulu'nun Tarihi" Üzerine" , **Yükseköğretim ve Bilim Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, Nisan2011; ss.47-53.
40. Güzeldemir, M.Erdal. "Hasta Bilgilendirmenin Önemi" , **Sendrom Tıp Dergisi**, Cilt:17, Sayı:5, 2005 , ss.36-53.
41. Hatemi, Hüseyin. "Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LV, Sayı:4, 1997, ss.111-128.
42. İçel, Kayıhan. "Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli "Kast" ", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:6, Sayı:12, 2007, ss.61-70.
43. Kanbur, Mehmet Nihat. "Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme", **Türkiye Acil Tıp Dergisi**,Cilt:9, Sayı:1, 2009, (HUKUKİ), ss.41-51.
44. Karan, Ulaş. "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", **TBB Dergisi**, Sayı:73, 2007,ss.146-173.
45. Kaya, Mine. "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", **TBB Dergisi** ,Sayı:100, 2012, ss.45-82.
46. Kebapçılar, Levent, ve Akreditasyon Özdeğerlendirme Kurulu 2. Çalışma Kurulu Üyeleri. "Tıpta eğitim raporu", **Genel Tıp Dergisi**, Cilt:23, Ek 1, 2013, s.22-23.
47. Kılıç, Ramazan. "Türkiye'de Yükseköğretimin Kapsamı ve Tarihsel Gelişimi", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 3, Kasım 1999, ss.289-310.
48. Koca, Mahmut. "Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIII, Sayı:3-4,2009, ss.23-39.
49. Külcü, Özgür, Metin Turan. " Kamu Hukukunda Geleneksel ve Elektronik İletişim, Bilgi ve Belge Yönetimi Uygulamaları" , **Türk Kütüphaneciliği Dergisi**, Cilt:27, Sayı:2, 2013, ss.266-300.
50. Okuyucu, Güneş Ergün. "Bilirkişi Raporu Üzerinde Gerçekleştirilen Sahtecilik Fiillerinin Niteliği", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1,

2013, ss.265-274.

51. Oral, Tuğçe. "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü" , **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2, 2011, ss.186-209.

52. Öner, Mehmet Zülfü. "Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları" , **TBB Dergisi** , Sayı:88, 2010, ss.106-150.

53. Özaydın, Mehmet Merve. "Vakıfların Sosyal Politika İşlevleri ve Günümüzde Artan Önemi" , **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:7, Sayı:2, 2003, s.2-32.

54. Özdemir, Hayrunnisa. "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü" , **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı:3-4, ss.347-379.

55. Özel, Çağlar, Burcu G. Özcan Büyüktanır. "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü" , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:LXVI, Sayı:2, s.327-344.

56. Özen, Muharrem, Önder Tozman. " Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:42, Sayı:4, 2009, ss:25-57.

57. Özkaya, Nesrin. "Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu", **Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları, Sıra No: 208, İstanbul, 2012, ss.179-194.

58. Petek,Hasan. "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, ss.177-239..

59. Polat, Oğuz, Işıl Pakiş. "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu", **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Sayı:2, 2011, ss. 119-125.

60. Savaş, Nuriye. "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"**, İstanbul, 10-17 Eylül 2011, ss.157-179.

61. Süren, Özlem Koçak . "Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi “Türk Ceza Kanunu 83. Madde” , **TBB Dergisi**, Sayı:90, 2010,ss.248-294.

62. Süzek, Sarper. "İş Hukukunda Disiplin Cezaları" , **Çalışma ve Toplum**, Sayı:1, 2011, ss. 9-18.

63. Şahinoğlu, Serap Pelin, Neyyire Yasemin Oğuz." Tıbbi Etik Açısından Hekim Sorumluluğu", **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, Sayı:2, 1994, ss.161-163.

64. Tahiroğlu, Bülent. “Kusursuz Sorumluluk ve Modern Hukuklara Etkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt:14, Sayı:4, 2008, s.157.

Taşkın, Ş. Cankat. "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", **TBB Dergisi**,

Sayı:79, 2008, ss.157-170.

65. Turla, Ahmet, Bekir Karaarslan, Şennur Dabak. "Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde Görev Yapan Hekimlerin Aydınlatılmış Onam" Konusundaki Bilgi ve Tutumları" **Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt: 21 Sayı:2, ss.57-63.

66. Uz, Abdullah. "Yükseköğretim Personelinin Ceza Soruşturması Öncesinde 4483 Sayılı Kanununu Ön İnceleme ve İzin Müessesesinin Uygulanabilirliği Sorunu", **International Anatolia Academic Online Journal, Social Science**, Cilt:2, Sayı:1, 2014, ss.73-86.

67. Ünlü, Ufuk. "Son Değişiklik Kapsamında Rüşvet Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı:102, 2012, ss.323-340

68. Üsdiken, Behlül, Başak Topaler, Özgecan Koçak. "Yasa, Piyasa ve Örgüt Tiplerinde Çeşitlilik: 1981 Sonrasında Türkiye'de Üniversiteler", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:68, Sayı:3, 2013, ss.187-223.

69. Üzülmöz, İlhan. "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:XVI, Sayı:1, 2012,ss.191-216.

70. Yavuz, Cevdet. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" halleri ve İlkeleri" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, Cilt:14, Sayı:4, ss.29-61.

71. Yılmaz, Kerem, Oğuz Polat, Begüm Kocamaz. "Defansif Tıp Uygulamalarının Hukuksal Açından İncelenmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 16, 2014, ss.19-51.

72. Yılmaz, Ş. Berfin Işık . "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **TBB Dergisi**, Sayı:98, 2012, ss.389-410.

73. Yılmaz, Dilşat. "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri", **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı:1-2, 2013, ss.101-125.

74. Yürütücü, Aslı, Hüseyin Gürbüz. " Hekimlerin Ahlaki Değerleri ile Meslek Etiğinin İstatistiksel Olarak İncelenmesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1, 2001, ss.157-172.

D. KONGRE VE SEMPOZYUM SUNUMLARI

1. Akkanat, Halil. "Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Temeli", **İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi Sempozyum Dizisi No:78**, 6 Ekim 2012, ss.63-70.

2. Başkan, Tanıl. "Hekimlerin Ceza Hukuku Karşısındaki Durumları", **İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri: Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No:48**, Şubat,2006, ss.9-30.

3. Çetin, Gürsel. "Tıbbi Malpraktis", **İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri,Sempozyum Dizisi No:48**, İstanbul, 2-3 Şubat 2006, ss:31-42.

4. Çınarlı, Serkan, Refik Kiraz. " Vakıf Üniversiteleri ve Personelinin Hukuki Statüsü ile Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", **Uluslararası Yükseköğretim Kongresi: Yeni Yönelişler ve Sorunlar (UYK-2011)**, 27-29 Mayıs 2011, İstanbul, (VAKIF), ss.1783-1789.

5. İncesu,Emrullah. "Konya Seydişehir Devlet Hastanesinde Yatan Hastaların, Bilgilendirme ve Aydınlatılmış Onam Alma Süreçlerinin Değerlendirilmesi", **1.Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi**, Marmaris, 1-4.05.2014, ss.1-18.

E. İNTERNET KAYNAKLARI

1. **2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun**, <http://www.tsn.org.tr/folders/file/organnakli.pdf> , (30/11/2014)

2. **2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu** , <http://www.yok.gov.tr/documents/10279/29816/2547+say%C4%B1%C4%B1%20%C3%BCksek%C3%B6%C4%9Fretim+Kanunu/f439f90b-7786-464a-a48f-9d9299ba8895>, (25.11.2014), sayfa:5383.

3. **657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 126 ve 134 ncü Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun** , http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc064/kanunmgkc064/kanunmgkc06402381.pdf , (13.01.2015).

4. **663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/4.5.663.pdf> , (15.01.2015).

5. Akpınar, Aslıhan. "**Aydınlatılmış Onam Asistan Etik Eğitimi 12-13 Eylül 2013**",

6. Akyıldız, Ali. "**Memur Yargılamasında İdari Süreç**", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/5_7.pdf , (03.01.2015), s.8.

7. Akyılmaz, Bahtiyar. "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:6, Sayı:1-2, 2002, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf , (19.02.2015) , (DİSİPLİN), s.4.

8. Alan, Başak. "1980 Sonrası Üniversite Reformu", **Ankara Üniversitesi Eğitim**

Bilimleri Enstitüsü Eğitim Yönetimi ve Politikası Anabilim Dalı Eğitim Ekonomisi Yüksek Lisans Programı, Ocak, 2008 , Ankara ,
80.251.40.59/education.ankara.edu.tr/aksoy/reform/odevler/.../alanb.doc ,
(26.02.2015), s:1.

9. "Alkollü Hastaya Bakmayan Doktora 5 Ay Hapis", **Mynet.com**, 04.06.2012,
<http://www.mynet.com/haber/yasam/alkollu-hastaya-bakmayan-doktora-5-ay-hapis-634045-1> (12.02.2015).

10. "Almanya'da Sünnet Yasağı!" , **Vatan**, 26.06.2012,
(<http://www.gazetevatan.com/almanya-da-sunnet-yasagi--460585-gundem/> ,
(29/11/2014).

11. "Artvin'de Ambulanstan Kaçan Hasta Ölü Bulundu", **Milliyet**, 02.04.2014,
<http://www.milliyet.com.tr/artvin-de-ambulanstan-kacan-hasta-olu-artvin-yerelhaber-125408/>, (29.12.2014,).

12. Aydın, Erdem. "**19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması**"
dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/1272/14647.pdf , (22.11.2014) , s.189

13. Bayraktar, Köksal. "**Kasten Adam Öldürme**", e-
dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/.../5000000594 , (26.12.2014), s:64.

14. **Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağı**,
<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=18142> , (09/12/2014).

15. **Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi**,
<http://atud.org.tr/kutuphane/biyotipttr.pdf> , (28/11/2014) , ss.3-4.

16. **Borçlar Kanunu**,
http://www.tim.org.tr/files/downloads/mevzuat/borclar_kanunu.pdf (13.12.2014)

17. Ceylan, Ali. "**Halk Sağlığının Tarihsel Gelişimi ve Halk Sağlığı Kavramı**" ,
<http://www.dicle.edu.tr/Contents/42c8e030-eeb9-4da0-8d56-b98d1a6bbd7d.pdf>
(02.11.2014 saat), s.3.

18. **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**,
<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5275.html>, (11/12/2014).

19. Çakmut, Özlem Yenerer. "**Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.280)**", <http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=56> , (14.02.2015,),
(SAĞLIK), s.1053.

Çeker, Mustafa. "**Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu**",
<http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf> ,
(28.11.2014), s.4.

20. Çelik, Çelik Ahmet. "**Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu**",

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm> , (01.12.2014), s.1.

21. Devlet Memurları Kanunu,

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (14.12.2014).

22. Disiplin Hukuku ve Uygulaması,

http://www.ibb.gov.tr/sites/teftiskurulu/seminerler/Documents/Disiplin_Hukuku.swf, (06.02.2015), s.2.

23. Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik,

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=235:dl-kurullari-ve-dl-amirlerhakkinda-yetmel&catid=2:yemelik&Itemid=33 , (11.01.2015).

24. Dülger, Murat Volkan. " Bilişim Suçları ve Yeni Türk Ceza Kanunu",

<http://www.srt.net.com.tr/pdf/bilisimsuclariveyctk.pdf> , Erişim Tarihi: 13.02.2014.

25. Erdoğan, Yavuz. "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu",

<http://www.suchukuku.com/icerik.php?id=57>, (24/02/2014), sayfa:4.

26. Ertem, Adnan. "Vakıf",

<http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/244.pdf> , (23.11.2014) , s.1.

27. Güvenç, Duygu. "ABD Raporunda Vakıf Bombası" , Cumhuriyet, 02.05.2014,

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/67563/ABD_raporunda_vakif_bombasi.html, (03.02.2015).

28. Hakeri, Hakan. "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı" ,

<http://toraks.org.tr/uploadFiles/book/file/173201492523-238.pdf> , (02.12.2014), (MALPRAKTİS) s.24.

29. Hasta Hakları Yönetmeliği,

[file:///C:/Users/asus/Downloads/hastahaklariyonetmeliği%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/hastahaklariyonetmeliği%20(2).pdf) , (28/11/2014), s.3.

30. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)Temel Doküman,

Roma, 2002, <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>, (09/12/2014).

31. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ,

http://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf , (30/11/2014).

32. Hopoğlu, Sertaç. "Vakıf Üniversiteleri ve TRB1 Bölgesinde Vakıf Üniversitelerinin Kurulabilirliği", Malatya, 2012,

<http://www.fka.org.tr/ContentDownload/Vakif%20Universiteleri.pdf>, (12.11.2014), s.13.

33. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> , (06.01.2015).

34. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (03.01.2015).
35. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (29.12.2014).
36. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (20.12.2014).
37. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (20.12.2014).
38. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (20.12.2014).
39. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (06.01.2015).
40. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (08.01.2015).
41. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (08.01.2015).
42. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (10.01.2015).
43. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).
44. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (14.01.2015).
45. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (30.12.2014).
46. <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet> , (07.01.2015).
47. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/3a767fe2-d857-4cec-8835-d87786914574?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (18/12/2014).
48. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/4b92ee76-c425-4f0f-bf08-e6401610e915?highlightText=vak%C4%B1f%20%C3%BCniversitesi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (19.12.2014).

49. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf-9a7f6469ddc7?highlightText=vak%C4%B1f%20%C3%BCniversitesi&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (19.12.2014).
50. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf-9a7f6469ddc7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (07.01.2015).
51. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/9f725568-2841-4d82-95af-229a16f5c524?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (10.02.2015).
52. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/b298881e-0923-4926-8779-c415ae6d5282?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (07.01.2015).
53. <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/dd04c688-ffbe-425c-a378-fa1a15093904?exclludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (07.01.2015).
54. <http://m.friendfeed-media.com/4ba6f8481e8f50d6bbe1425ae8031d4055549429> , (20.02.2015).
55. <http://memurunyeri.com/2012-08-19-18-24-50/yargi-kararlari/disiplin-ceza-ve-gorevden-uzaklastirma/1329-tuerk-tabipler-birliginin-disiplin-nedeniyle-doktora-ceza-vermesi.html> , (20.02.2015).
56. <http://www.adliforum.com/konular/6206-yargitay-ceza-genel-kurulu-esas-no-20125-1269-icbar-suretiyle-irtikap-sucu.html> , (13.02.2015).
57. http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104309.pdf , (15.02.2015).
58. http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_104356.pdf , (15.02.2015).
59. http://www.deontoloji.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/aset_13_guz/sunular/aydinlatilmi_s_onam.pdf , (30/11/2014).
60. <http://www.gazeteuzay.com/PrintNews.aspx?id=1923>, (28.02.2015).
61. http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_5_Ceza_Dairesi_1995-2963.php , (13.02.2015).
62. http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Ceza_Genel_Kurulu_1994_55.php , (13.02.2015).
63. <http://www.idarehukuku.net/haber/Akademik-personel-ile-vakif-yuksekogretim-kurumu-arasinda-akdedilecek-sozlesmenin-.html> , (19.12.2014).
64. <http://www.kararara.com/danistay/1d/danistay6557.htm> , (20.02.2015).

65. <http://www.kararara.com/danistay/8d/danistay7243.htm> , (20.02.2015).
66. <http://www.kararara.com/danistay/dnsty12/dnstyk11985.html> , (20.02.2015).
67. <http://www.kararara.com/danistay/iddk/danistay7802.htm> , (20.02.2015).
68. <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=45&t=13305> , (21.12.2014).
69. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/7dc9ad01-fd99-4233-ad53-861f40735ad9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (20.12.2014).
70. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9b1e247f-8bbf-4845-a9ed-cbc3ce22b662?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (01.01.2015).
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (09.01.2015).
71. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b3c04249-6ad8-4deb-be5d-856c0d677bef?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (01.01.2015).
72. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b881ef25-1627-46c6-8251-7a3fdd84908b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (08.01.2015).
73. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b8821f23-2623-43b7-8c6f-709667d4a0ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (03.01.2015).
74. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> ,
75. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (15.01.2015).
76. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ea17cf20-e4c4-4755-ae5b-160614a41969?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> ,(20/12/2014).
77. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb9ea62a-3e48-4c9f-8738-95ef53e3daf5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> , (29.01.2015.)
78. <http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-komplikasyonlari-yeterince-izah-etmemeye-tazminat-karari-2-17-64190.html> , (08.02.2015).
79. <http://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-komplikasyonlari-yeterince-izah-etmemeye-tazminat-karari-2-17-64190.html> , (08.02.2015).
80. <http://www.omu.edu.tr/files/hukukmus/files/Y%C3%96K%20D%C4%B0S%C4%B0PL%C4%B0N%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0%C4%9E%C4%B0.pptx> , (20.02.2015).
81. <http://www.yok.gov.tr/web/guest/universitelerimiz> , (26/11/2014) .

82. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**,
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (14/12/2014).
83. **İdari Yargılama Usulü Kanunu**,
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf> , (18/12/2014).
84. İğdeler, Serdar. **4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**,
<http://www.mersin.gov.tr/FileHandler.ashx?id=b0b1475f-7f67-4af5-851f-cd67321d08ef> , (KAMU), (02.01.2015).
85. İğdeler, Serdar. "**Disiplin Hukuku ve Uygulaması**",
http://www.erbaa.gov.tr/ortak_icerik/erbaa/Mevzuat%20&%20E%C4%9Fitim/w-Disiplin%20Hukuku%20A%C3%A7%C4%B1klamalar%C4%B1-Serdar%20%C4%B0%C4%9EDELER.doc, (13.01.2015), ss.18-19.
86. "Kadın Doktor Trans Kadını Tedavi Etmedi: Durumunuzu Tasvip Etmiyorum",
Radikal.com.tr, 29.09.2014,
http://www.radikal.com.tr/turkiye/kadin_doktor_trans_kadini_tedavi_etmedi_durumunuzu_tasvip_etmiyorum-1215453 , (12.02.2015).
87. Kanbur, Mehmet Nihat. "**6352 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Hukukunda İrtikap Suçu (TCK m.250)**" , <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000646> , (13.02.2015).
88. Kartal, Pınar Memiş. "**Görevi Kötüye Kullanmak Suçu (TCK m.257)**" ,
<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000653> , (30.12.2014).
89. kazanci.com , (27.12.2014).
90. kazanci.com, (22.01.2015).
91. Kızıroğlu, Serap Keskin. "**Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları**" ,
<http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001567/5000000600> , (12.02.2015).
92. Köprülü, Bülent. "**Tarihte Vakıflar**" ,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3015.pdf>, (23/11/2014), sayfa:479-518).
93. Özden, H.Ömer . "**Türk Vakıf Kurumunun Duygusal ve Felsefi Temelleri**"
<http://e-dergi.atauni.edu.tr/ataunisobil/article/view/1020000141/1020000134> , (24/11/14),s.345.

94. "**Özgür Düşünce ve Üniversitelerin Tarihi**",
<http://www.eng.ankara.edu.tr/files/2014/01/ozgur-dusunce-ve-universitelerin-tarihi.doc> ,
(02.11.2014), ss.1-8.
95. **Sağlık Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliği**,
http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=936:salik-bakanlii-dspln-amrler-yoenetmel&Itemid=33 , (11.01.2015).
96. Satı, Sevilay. "**İrtikap Suçu**", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_735.htm , (13.02.2015) , s.2.
97. **Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun**,
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.7402.pdf> , (11/12/2014), s.2.
98. Şafak, Ali. "**Ana Hatlarıyla Ceza Hukuku (Genel ve Özel Hükümler)**" , 4. Baskı, Ankara, 2015, http://www.pa.edu.tr/APP_DOCUMENTS/D478B2AD-3813-4555-9629-6332F8CF8D33/cms_news/2015/1/09/h1/CEZA%20HUKUKU.pdf, s.22.
99. Şendil, Fatih. "O Şarkıyı Mahkeme de Yasakladı", **Yeni Asır**, 20.01.2015, <http://www.yeniasir.com.tr/yasam/2015/01/21/o-sarkiyi-mahkeme-de-yasakladi> , (13.02.2015).
100. "Sünnet Yasağı Tarihe Karıştı" , **Avrupa Sabah** , 12.12.2012, <http://sabah.de/sunnet-yasagi-tarihe-karisti/>, (29.11.2014).
101. **T.C Anayasası**, http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf , (28/11/2014).
102. **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun** ,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-15.htm> , (30/11/2014).
103. Tabakoğlu, Ahmet. "**Klâsik Dönem Osmanlı Vakıf Sistemi**",
<http://www.mimar.cc/makale/klasik-donem-osmanli-vakif-sistemi-105.html>,
(24/11/2014).
Taksirle Öldürme, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1085.htm ,
(12.02.2015).
104. **TCK m.188 Gerekçesi**, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1284> ,
(13.02.2015).
105. **TCK m.252 Gerekçesi**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc ,
(01.01.2014).
106. **TCK Madde Gerekçeleri**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc , (01.01.2014).
107. **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi** ,

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> , (28/11/2014).

108. **TTB Basın Açıklaması; Türk Ceza Kanunu ve Hekimler**,
<http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan05/tck.php> , (14.02.2015).

109. Turan, Osman Fuat. " **Roma,İsviçre,Türk ve İngiliz-Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu**", <http://osmanfiratturan.av.tr/wp-content/uploads/2014/04/Roma-%C4%B0svi%C3%A7re-T%C3%BCrk-ve-%C4%B0ngiliz-Hukukunda-Haks%C4%B1z-Fiil-Sorumlulu%C4%9Fu.pdf> , (14/12/2014).

110. **Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri**, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (12.02.2015).

111. **Türk Medeni Kanunu**,
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> , (23/11/14).

112. **Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği** ,
http://www.ttb.org.tr/data/haber/nisan04/disiplin_y.php , (28.01.2015).

113. **Türk Tabipleri Birliği Mezuniyet Öncesi Tıp Eğitimi Raporu – 2010**,
www.ttb.org.tr/kutuphane/mote_2010.pdf , (03.02.2015) , s.1.

114. **Umumi Hıfzıssıhha Kanunu**,
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf> , (11/12/2014), s.11.

115. Ülker, Halil İbrahim. "**Üniversitelerin Yeniden Yapılanmalarının Kısa Tarihçesi**", acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/47/332.pdf , (02.11.2014), s.3.

116. "**Üniversite: Tarihsel Gelişim ve Güncel Eğilimler**",
<https://yolharitasi.yok.gov.tr/docs/UniversiteTarihselGelisimVeGuncelEgilimler.pdf>
, (02.11.2014), s.21.

117. "**Vakıf**" , <http://www.enfal.de/sosyalbilimler/v/001.htm>, (03.02.2015).

118. **Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği**,
http://www.yok.gov.tr/web/guest/icerik/-/journal_content/56_INSTANCE_rEHF8BIsfYRr/10279/18104, (24.11.2014).

119. **Vakıflar Kanunu**, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5737.pdf> , (19.12.2014).

120. **Yükseköğretim Kanunu Taslağı Önerisi**,
<https://yeniya.yok.gov.tr/files/deaed4775cb01c29786a7dda47c57672..pdf>,
(10.01.2015).

121. **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Ceza Soruşturması**, [file:///C:/Users/asus/Downloads/21_dosya_1377679309%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/21_dosya_1377679309%20(2).pdf) ,

(05.01.2015).

122. **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği**,
www.omu.edu.tr/files/hukukmus/files/**disiplin_degisiklik.pdf** , (20.02.2015).

123. Yüksel, Ahmet Turan. "**Türk-İslam Medeniyetinde Vakıfların Yeri ve Önemi**",
http://www.ilahiyat.konya.edu.tr/indir.php?b=4&dfa=0255936001222166141&dga=13atyuksel47-54.pdf , (23/11/14), s.49.

124. "Ziya Özel'in İlacı İnternette kapış kapış" , **Türkiye Gazetesi**, 23.09.2013,
http://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/79541.aspx , (29.12.2014).
(15.01.2015).

F. DİĞER KAYNAKLAR

1. Aktaş, Ekin Özgür. İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, **Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programı Ders Notları**, 2013.

2. Çınarlı, Serkan. **İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuk Yüksek Lisans Programı**,
"Kararlar" CD si, (KARARLAR), (05.02.2015).

3. Çınarlı, Serkan. "Memurların Disiplin Rejimi", **İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Ders Programı Ders Sunumu**, (MEMUR) 2014.

4. "**Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**" Değerlendirme Raporu, İzmir Tabip Odası, İzmir, 2011, s.19.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER:

Adı Soyadı : Aykut Cemil AYKIN
Uyruğu : T.C.
Doğum Yeri : Adana
Doğum Tarihi : 29.10.1963
Medeni Hali : Evli
e-posta adresi : aykutaykin@hotmail.com
Telefon : 0.532.6819757

EĞİTİM :

İlk Okul : Manisa Ali Rıza Çevik İlkokulu (1969 - 1974)
Orta Okul : Manisa Atatürk Orta Okulu (1974 - 1977)
Lise : Ankara Fen Lisesi (1977 - 1980)
Üniversite : Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi (1980 - 1986)
İhtisas : Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi
(İç Hastalıkları Uzmanlık Eğitimi, 1987 - 1991)
Üst İhtisas : İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi
(Tıbbi Onkoloji Üst İhtisas Eğitimi, 2000-2002)
Devam Eden Eğitimler: İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık
Hukuku Yüksek Lisans Eğitimi (2013-)
Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Adalet
Meslek Yüksek Okulu (2013-)

MESLEKİ DENEYİM :

1. Turhal Devlet Hastanesi Acil Servis Hekimi (1986-1987)
2. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesi İç Hastalıkları Uzmanlık Öğrencisi (1987- 1991)

3. Samsun Mehmet Aydın Devlet Hastanesi İç Hastalıkları Uzmanı (1992 - 2000)
4. İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Tıbbi Onkoloji Üst İhtisas Uzmanlık Öğrencisi (2000-2002)
5. Samsun Mehmet Aydın Devlet Hastanesi İç Hastalıkları ve Tıbbi Onkoloji Uzmanı (2002- 2009)
6. Samsun Medical Park Hastanesi İç Hastalıkları ve Tıbbi Onkoloji Uzmanı, (2009-2010)
7. Şifa Üniversitesi İç Hastalıkları ve Tıbbi Onkoloji Uzmanı (2010- 2015) ve Öğretim Görevlisi (2014-2015)

YAYINLARI : Ulusal ve Uluslararası dergilerde yayınlanmış 30 dan fazla makale

2 Tıp kitabında bölüm yazarlığı

YABANCI DİL : İngilizce

