

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN TAKSİRE DAYALI
CEZAI SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan:
Bilge Nur ÜREKLİ

İstanbul, 2017

T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN TAKSİRE DAYALI
CEZAI SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan:

Bilge Nur ÜREKLİ

Öğrenci No:

140000017

Danışman:

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR

İstanbul, 2017

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu**” başlıklı bu çalışmamın, bilimsel ahlak ve geleneklere uygun şekilde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullanıldıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 12.06.2017

Aday: **Bilge Nur ÜREKLİ**



T.C.
BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI

21/06/2017


Enstitümüz *Hukuk*, Anabilim Dalı *Kamu Hukuku* Programı yüksek lisans öğrencilerinden **14000017** numaralı **Bilge Nur ÜREKLİ'nin** "*Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim – Öğretim Yönetmeliği*"nin ilgili maddesine göre hazırlayarak, Enstitümüze teslim ettiği "**Tıbbi Müdahalede Hekimin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu**" konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 13.06.2017 tarih ve 2017/23 sayılı toplantısında seçilen ve Taksim Yerleşkesinde toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, ilgili yönetmeliğin (c) bendi gereğince (**60** dakika süre ile aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında ~~oyçallığı/oybirliği~~ ile ~~Kabul/Red~~ veya ~~Düzeltilme~~ kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 4 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.



DANIŞMAN

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR
(FSM Vakıf Üniversitesi)



ÜYE

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER
(Beykent Üniversitesi)



ÜYE

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
(Beykent Üniversitesi)

Adı ve Soyadı : Bilge Nur ÜREKLİ
Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR
Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans, 2017
Alanı : Hukuk
Anahtar Kelimeler : Hekim, Tıbbi Müdahale, Ceza Sorumluluğu, Taksirli Eylem,
Malpraktis.

ÖZ

TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN TAKSİRE DAYALI CEZAI SORUMLULUĞU

Tıbbın, her geçen gün gelişmesine karşın, modern tıpta sıfır hadise neredeyse imkânsızdır. İleri seviye teknolojik gelişmeler, laboratuvar testlerinin hassas ölçerliği ve hastalıkların durumunu somut bir şekilde gösteren birçok yenilikler de toplumda, mükemmeliyet beklentisini oluşturmuştur. Bu sebeple insanlar, hastalıkla mücadele etmenin getirdiği sorumluluğu hekimlere yükleme eğilimindedir. Hastalar, doğal olarak doktorların, hataya düşmez, yanılmaz olduklarını düşünmekte ve doktorların hatalarının varlığını kabule yanaşmamaktadırlar. Hâlbuki “doktorlar da insandır” denir daima, ancak yine de ilk ve belirgin tıbbi hata kurbanları hastalardır. Bununla birlikte doktorlar da benzer mağduriyet yaşadıklarından dolayı ikincil kurban olarak kabul edilirler.

İnsanların, yaşama hakkı ve hürriyeti bakımından Hukuk ve Tıp alanları, disiplinli, özenli ve sorumlu hareket etmeyi gerekli kılan mesleklerdir. Zira bu mesleklerde gösterilen ciddiyetsizlik, sorumsuzluk, insanların yaşam ve hak kaybına uğramasına yol açmaktadır. Bu bakımdan sadece hastalar açısından değil aynı zamanda hekim ve diğer sağlık çalışanları açısından da koruma altında tutan, kötüye kullanımı, istismarı önleyen boyutta mevzuat noksanlıkları doldurulmalı ki sağlık sisteminde oluşan, muhtemel sorunların önüne geçilebilsin.

Sorumluluk kavramı, ceza hukuku açısından büyük öneme sahiptir. Kişiler başta ceza kanunlarında yer alan kaidelerin yüklediği görevleri yerine getirmediğinde ceza hukuku bakımından yaptırıma uğrarlar. Esasen ceza hukukunun temel gayesi mütemadiyen yaptırıma uğratmak değil, bireylerin suç işlemesini önlemek, hukuka

aykırı davranmaktan caydırmak, dolayısıyla toplumsal olarak yaşamı sağlıklı ve huzurlu bir şekilde sürdürmektir. Kısaca, cezalandırmaktan ziyade cezai nitelikteki davranışları önlemek ön plandadır.

Bu tezin odak noktasını oluşturan, hekimlerin taksirli eylemlerine yönelik cezalandırılmasının temelinde; gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi, mesleğini icra etmede ihmalkâr kalınması sonucu hastalarının sağlığına zarar vermesine yönelik olduğu bilinmelidir. Türk Ceza Kanunu'nda yapılan taksir tanımının dar kapsamlı olduğu ve bazı belirsizliklerden dolayı hekimlerin cezai sorumluluğuna kolaylıkla gidildiği düşünülmektedir.

Taksirli suçlar, kasten işlenen suçlara göre ayrı bir kategoride ele alınmaktadır. Hastaların yaralanması veya ölümü ile sonuçlanabilen hatalar aynı zamanda suç teşkil edebilir. Hekimler bakımından bu suçların çok istisnai halleri hariç taksirle işlendiğine tanık olunmaktadır.

Malpraktis, hekimlerin teşhis ve tedavi esnasında tıbbi standart uygulamalarından sapması, gerekli ve yeterli şekilde hastayı tedavi etmemesi ya da bilgi ve beceri eksikliği gibi durumların sonucunda oluşan tıbbi kötü uygulamalar anlamına gelmektedir. Modern hukukun tazminat hukukuna doğru gittiği öğretilerde kabul edilmekte ve birçok ülke hukukunda malpraktis davalarının tazminat ile çözümlenmesi yeterli olmaktadır. Türk Hukukunda ise hekimlerin vekâlet ilişkisi gereği en hafif kusurundan dahi tazminat sorumluluğu ile birlikte, bu hafif kusurlarından dolayı cezai sorumluluğuna gidilmesi, ceza davalarının yıpratıcı evrelerine tabi olmaları şüphesiz mağduriyet doğurmaktadır.

Tıp hukuku, gerçeğin ortaya çıkarılması açısından özel ve teknik bilgiyi, bilimsel çalışmayı gerektiren bir alandır. Türk Hukukunda bilirkişilik uygulaması, özellikle taksirli suçlarda cezanın belirlenmesi aşamasında, soruşturma-kovuşturma süreçlerinde çok önemlidir, adeta bir kilit noktasıdır.

Name and Surname : Bilge Nur ÜREKLİ
Supervisor : Asst. Prof. Dr. Bünyamin GÜRPINAR
Degree and Date : Master, 2017
Major : Law
Key Words : Physician, Medical Intervention, Criminal Liability,
Negligent Act, Malpractice.

ABSTRACT

CRIMINAL LIABILITY OF PHYSICIAN'S NEGLIGENCE DURING MEDICAL INTERVENTION

Despite the medicine develops day by day, the zero-incidence of modern medicine is almost impossible. Numerous innovations that show advanced technological developments, precise measurement of laboratory tests and a concrete picture of the state of diseases have also created expectations for excellence in society. Therefore, people tend to put the burden of fighting against a disease on the physicians. Patients naturally think that, doctors do not fall into error, are infallible, and tend not to accept the presence of physician's mistakes. However, it is said that "even doctors are humans" , but still the first and most obvious victims of medical malpractice are patients. However, doctors are also considered as secondary victims because of similar victimization.

In terms of people's right to live and liberty, the fields of law and medicine are the professions that you need to act disciplined, diligent and responsible. The frivolity and the irresponsibility shown in these professions causes people to loss of life and rights. Possible problems that arise in the health care system should be avoided, not only in terms of patients but also in terms of physicians and other health workers, in which the abuse of the legislation and the lack of legislation should be filled.

The concept of responsibility has a great importance for criminal law. When people do not fulfill the duties of the bases in the punitive statute, they are punished in recognition of criminal law. However, the fundamental goal of the criminal law is not to punish, but to prevent the criminalization of the individuals, to deter them

from acting contrary to the law, and therefore to maintain the social life in a healthy and peaceful manner. Thus, rather than penalizing, to avoid the punitive behavior is in the foreground.

In this thesis, it should be known that on the basis of punishment of physicians for their negligent actions, it does not show the necessary care and attention with it and that it causes harm to the health of the patients, who are negligent in carrying out their profession. It is thought that the definition of negligence made in the Turkish Penal Code is narrow and because of some ambiguities, the criminal liability of the physicians is easy to go.

Negligent offenses are handled in a separate category according to intentional offenses. Errors that may result in the injury or the death of the patients may constitute a crime at the same time. For physicians, it is witnessed that these crimes have been committed by negligence, except in exceptional cases.

Malpractice is defined as medical wrong practice that occurs as a result of physicians deviating from medical standard practices during diagnosis and treatment, not treating the patient adequately and as needed, or lack of knowledge and skills. It is accepted in the discipline that, modern law goes towards compensation law and in many jurisdictions, malpractice cases are sufficient to be solved by compensation. In Turkish Law, the responsibility of the physicians to compensate even with the slightest defect due to the proxy relationship and the criminal responsibility for these mild defects can be subject to the deteriorating stages of criminal cases, which causes victimization without doubt.

Medical law, is a field that requires special and technical knowledge and scientific work in order to reveal the truth. The expert witness system in Turkish Law has a great importance and is a key point, especially in the process of determining the punishment in negligent offenses during investigation or prosecution.

İÇİNDEKİLER

ÖZ

ABSTRACT

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

1. CEZAI SORUMLULUK VE KUSUR KAVRAMI	5
2. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TÜRLERİ VE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	9
2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı	9
2.2. Tıbbi Müdahale Türleri	11
2.3. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları	13
3. HASTA - HEKİM KAVRAMLARI VE ARALARINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ	17
3.1. Hasta Kavramı	17
3.2. Hekim Kavramı	21
3.3. Hasta ve Hekimin Aralarındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği	23
4. TIP HUKUKUNDA AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI VE ÖNEMİ	29

İKİNCİ BÖLÜM

TAKSİR KAVRAMI VE TAKSİRDE CEZAI SORUMLULUĞUN

UNSURLARI

1. TAKSİR VE MESLEKİ TAKSİR KAVRAMI	41
1.1. Taksir Kavramı	41
1.2. Mesleki Taksir Kavramı	43
2. TAKSİR TÜRLERİ VE KAST-TAKSİR AYRIMI	46
2.1. Taksir Türleri	46
2.1.1. Basit (Bilinçsiz) Taksir	46

2.1.2. Bilinçli Taksir	47
2.2. Kast-Taksir Ayrımı	48
3. TAKSİRDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UNSURLARI	52
3.1. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması.....	52
3.2. Hareketin İradi Olması.....	53
3.3. Neticenin İstenmemesi.....	54
3.4. Davranışın Sonucunun Öngörülebilir Olması.....	55
3.5. Nedensellik Bağı	56
3.6. Önceden Belirlenmiş Davranış Kurallarının İhlal Edilmiş Olması	57
4.TAKSİRİN DERECESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ	58
5. TAKSİR, MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON İLİŞKİSİ	62
5.1. Taksir ile Malpraktis Arasındaki İlişki.....	62
5.2. Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Taksirli Eylem Bakımından Değerlendirilmesi	69

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TAKSİRLİ EYLEMİNDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

1.HEKİMİN TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU	76
1.1 Genel Bilgiler	76
1.2. Suçla Korunan Hukuki Değer	76
1.3. Suçun Unsurları.....	77
1.3.1. Maddi Unsurlar	77
1.3.1.1. Fiil (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)	77
1.3.1.2. Suçun Faili ve Mağduru	79
1.3.1.3. Suçun Konusu	80
1.3.2. Manevi Unsurlar	80
1.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	81
1.4. Suçun Nitelikli Halleri	84
2. HEKİMİN TAKSİRLE YARALAMA SUÇU	85
2.1. Genel Bilgiler	85
2.2. Suçla Korunan Hukuki Değer	86
2.3. Suçun Unsurları.....	86

2.3.1. Maddi Unsurlar	86
2.3.1.1. Fiil	86
2.3.1.1.1.Yaralama Kavramı	87
2.3.1.1.2.Yaralama Fiilinin Temel Hali (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı).....	89
2.3.1.2.Suçun Faili ve Mağduru	92
2.3.1.3.Suçun Konusu	92
2.3.2.Manevi Unsurlar	92
2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	93
2.4.Suçun Nitelikli Halleri	94
2.4.1. Suçun Bilinçli Taksir İle İşlenmesi	94
2.4.2. Failin Birden Fazla Kişinin Yaralanmasına Neden Olması	94
2.4.3. TCK 89/2. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştırır Haller	95
2.4.3.1. Duyulardan veya Organlardan Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflaması.....	95
2.4.3.2. Vücutta Kemik Kırığının Oluşması.....	97
2.4.3.3. Konuşmada Sürekli Zorluk Oluşması	98
2.4.3.4. Yüzde Sabit İz Oluşması	99
2.4.3.5. Yaşamı Tehlikeye Sokan Bir Durum Oluşması	100
2.4.3.6. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Vaktinden Önce Doğması	101
2.5.4. TCK 89/3. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştırır Haller	102
2.5.4.1. İyileşme Olanığı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girilmesine Neden Olunması	102
2.5.4.2. Duyulardan veya Organlardan Birinin İşlevinin Yitirilmesi.....	103
2.5.4.3. Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olunması	104
2.5.4.4. Yüzde Sürekli Değişikliğe Neden Olunması	106
2.5.4.5. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Düşmesine Neden Olunması	107

3.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	108
3.1. Genel Bilgiler.....	108
3.2. Teşebbüs.....	109
3.3. İştirak (Suç Ortaklığı)	111
3.4. İçtima (Suçların Birleşmesi).....	112

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA YAPTIRIM VE MUAMELE

1.YAPTIRIM ÇEŞİTLERİ VE CEZANIN BELİRLENMESİ	114
2. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA	115
2.1. Soruşturma	115
2.2. Kovuşturma	118
3.ZAMANAŞIMI	119
4.TIBBİ DAVALARDA BİLİRKİŞİLİK	120
SONUÇ	130
KAYNAKÇA	135

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AD	: Adalet Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATK	: Adli Tıp Kurumu
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu
dp.	: Dipnot
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HHK	: Hususi Hastaneler Kanunu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMEK	: Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İUHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Md	: Madde
ODNK	: 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: sayfa
StPO	: Strafprozessordnung/Alman Ceza Muhakemeleri Yasası
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

TŞSTDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
YSS	: Yüksek Sağlık Şurası
ZPO	: Zivilprozessordnung/Alman Hukuk Muhakemeleri Yasası



GİRİŞ

“Her işin başı sağlık” deriz hep...

Tıbbın her geçen gün gelişmesine karşın modern tıpta sıfır hadise neredeyse imkânsızdır. İleri seviye teknolojik gelişmeler, laboratuvar testlerinin hassas ölçerliği ve hastalıkların durumunu somut bir şekilde gösteren birçok yenilikler de toplumda, mükemmeliyet beklentisini oluşturmuştur. Bu sebeple insanlar, hastalıkla mücadele etmenin getirdiği sorumluluğu hekimlere yükleme eğilimindedir. Hastalar, doğal olarak doktorların hataya düşmez, yanılmaz olduklarını düşünmekte ve doktorların hatalarını kabule yanaşmamaktadırlar. Hâlbuki “doktorlar da insandır” denir daima, ancak yine de hastalar ilk ve belirgin tıbbi hata kurbanlarıdır. Bununla birlikte doktorlar da benzer mağduriyet yaşadıklarından dolayı ikincil kurban olarak kabul edilirler.

Bilindiği üzere, insan hayatının dokunulmazlığı ceza yasalarıyla koruma altına alınmaktadır. Son yüzyıl içinde tıbbi müdahale imkânlarının genişlemesi ve teknolojinin ilerlemesine paralel olarak taksirli suçlar hukuki düzende geniş uygulamalar bularak önem kazanmaktadır. Taksirli eylemler, kasti eylemlerden tamamıyla bağımsız bir eylem türü olup kasti suçlarda fail uyulması zorunlu olan kurallara bilerek ve isteyerek uymamaktadır. Taksirli suçlarda ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla istenmeyen neticenin meydana gelmesi ile gerçekleşen bir kusur türüdür.

Sorumluluk kavramı ceza hukukunda çok büyük önem taşımakta ve esası bakımından da ceza hukuku ile anlam kazanmaktadır. Şöyle ki; topluluk halinde yaşamın getirdiği bir takım davranış kuralları açısından kişilere sorumluluk yüklenir ve sosyal yaşamın sürdürülebilmesi için de bu sorumlulukların yerine getirilmesi gereklidir. Dolayısıyla kişiler, ceza kanunlarında yer alan kaidelerin yüklediği görevleri yerine getirmediğinde, ceza hukuku bakımından yaptırıma uğrarlar. Ancak ceza hukukunun temel gayesi mütemadiyen yaptırıma uğratmak değildir; bireylerin suç işlemesini önlemek, onları hukuka aykırı davranmaktan caydırmak, kısaca toplumsal yaşamın huzurlu bir şekilde sürdürülmesini sağlamaktır.

Burada, cezalandırmaktan ziyade cezai nitelikteki davranışları önlemek ön planda gelir.

Cezai sorumluluk, bireylerin iradi olarak meydana getirdiği hukuka aykırı eylemlerin ceza hukuku bakımından yaptırımlara tabi olmasıyla ilişkilidir. Türk Ceza Hukuku bakımından *kusurluluk ilkesi* kabul gördüğü için de bu yaptırımın, ancak kusurluluk ilkesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir. Çünkü bir kişinin cezai sorumluluğunun söz konusu olması ancak bu kişinin kusurlu olarak hareket etmesi şartıyla mümkündür. Bu bakımdan kusur, cezai sorumluluğun esasını oluşturan vazgeçilmez ilkelerdendir. Sağlık hizmeti gibi karmaşık sistemlerde ise hekimlerin hata yapma ihtimali oldukça yüksektir. Bilhassa cerrahi ameliyeler gibi yüksek riskli görevleri icra ederken hekimlerin bazı hatalı uygulamalarda buldukları ve hastalara zarar verdikleri bilinmektedir. Nitekim başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanlarının, mesleğini icra ederken yaptıkları ya da yapmadıklarından dolayı meydana gelen zararlar bakımından sorumlulukları vardır.

Fakat hekimlik mesleğinin taşıdığı özellikler göz önünde bulundurulduğunda, hekimlerin kasten hastayı yaralama ya da öldürme gibi suç tiplerinin ancak tedavi amacı ile hareket etmediği durumlarda söz konusu olabileceği kabul edilmelidir. Bu itibarla hekimlerin kasten yaralama veya öldürme suçları işlediği çok nadir görülmekte ve sağlık çalışanı olmayan kişilerce işlenmesi durumlarından bir farkı bulunmamaktadır.

Doğrudan ya da dolaylı olsa da hastaya zarar vermek amacıyla yapılan eylemler, tıbbi hata kapsamında değerlendirilmezler. Hastanın sağlığına zarar veren ve küçük bir oranı oluşturan bu tür eylemler kasıtlıdır. Çünkü tedavi ederken zarar vermemek esas olduğundan, kasıtlı eylemler hata değil suç olarak nitelendirilir. Fakat bu tür eylemler bu çalışma kapsamı dışında tutulduğundan, çalışmada özellikle doğru tıbbi uygulamayı yapmaya çalışırken sık rastlanılan uygulama hataları üzerinde durulmuştur.

Taksirli suçlar, kasten işlenen suçlara göre ayrı bir kategoride ele alınmaktadır. Hastaların yaralanması veya ölümü ile sonuçlanabilen hatalar aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Bu suçların çok istisnai halleri hariç hekimler

tarafından taksirle işlendiği tespit edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda hekimler açısından dar bir taksir tanımı yapıldığından hem hekimlerin cezai sorumluluğuna çok kolay bir şekilde gidilmekte hem de maddi veya manevi tazminat davasıyla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Hekim, hukuk düzeni içerisinde tıp mesleğini icra etmek, tıbbi müdahalelerde bulunmak üzere yetkili kılınmış, hastalıkları tanımak ve iyileştirmek amacını güden bir kimse olarak tanımlanmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki hukuki nitelikli sözleşmeler karşılıklı bir takım hak ve yükümlülükleri doğuracağından, sadece hekimin sağlık hizmeti verme kapsamı altındaki yükümlülükleri değil, aynı zamanda hekimlerin bu hukuki ilişkiden doğan bazı haklarının olduğunu da hakkaniyet gereği kabul etmek gerekir.

Hasta-hekim ilişkilerinde, tanı ve tedavi aşamalarında sağlığa dair doğru iletişim kurmanın temeli ve esası hastanın aydınlatılması ve rızasının alınmasıdır. Hekimlerin dışında diğer sağlık personelin de tıbbi müdahaleye yetkili olabileceği bilinmekte ise de, bu tez kapsamında hekimlerin tıbbi müdahalelerindeki cezai sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Hekimlerin taksirli eylemlerine yönelik sorumlulukları, bu tezin odak noktası olduğu için detaylı bir şekilde incelenmiştir. Taksirli sorumlulukların cezalandırılmasının temelinde ise; taksirli hareket eden hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermesini, ihmalkâr hareket etmemesini ve başkalarına zarar vermesini önlemek amacına yönelik olduğu bilinmelidir¹. Taksirli sorumluluk, hekimin ceza sorumluluğunda en çok rastlanan sorumluluk şekli olduğu için bu sorumluluğun genel mahiyeti ve önemi üzerinde durulması da gerekmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, hekimlerin cezai sorumluluğu bakımından bilinmesinin önemli olduğu düşünülen temel bilgilere yer verildi; tıbbi müdahale kavramı, türleri ve hukuka uygunluk koşulları açıklandı. Özellikle, hasta-hekim arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği ile tıp hukukunda aydınlatılmış onam kavramının önemi vurgulandı.

¹ Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, *Suç Teorisi*(2. Kitap), Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s.234.

İkinci bölümde, taksir kavramının hukuki esasına ilişkin hususlar, taksir türleri ve kast-taksir ayırımı, taksirden doğan sorumluluğun unsurları üzerinde duruldu. Bu bağlamda, taksirin derecesinin ceza sorumluluğuna etkisi, taksir malpraktis-komplikasyon ilişkisi ve taksirli eylem bakımından değerlendirilmesi yapıldı.

Üçüncü bölümde, hekimin taksirli eyleminden doğan cezai sorumluluğu kapsamında, TCK'nin 85. maddesinde düzenlenen *taksirle öldürme* suçu ve TCK'nin 89. maddesinde düzenlenen *taksirle yaralama* suç tiplerinin unsurları, hekimler bakımından ayrıntılı şekilde incelenerek, suçun nitelikli halleri ve taksirli suçların özel görünüş biçimleri üzerinde durularak yüksek mahkeme kararları ile birlikte değerlendirilmesi yapıldı.

Son bölümde ise, taksirli suçlarda yaptırım ve muameleler; yaptırım çeşitleri, cezanın belirlenmesi, soruşturma-kovuşturma ve zamanaşımı, tıbbi davalardaki bilirkişilik konusundaki hassasiyetler ve problemler incelendi. Bu hususta Almanya'daki bazı prosedürlere özellikle dikkat çekilerek, Türkiye'deki uygulamalar ile karşılaştırıldı. Ayrıca Türk Hukuk sisteminde bilirkişilik müessesesinin rolü ve önemine değinildi.

Bilirkişilik müessesesi, tıp hukuku uygulamalarında çok önemlidir; adeta bir kilit noktasını oluşturmaktadır. Tıp hukuku, gerçeğin ortaya çıkarılması ve karşılaşılabilen sorunların çözümü bakımından özel ve teknik bilgiyi, bilimsel bir çalışmayı gerekli kılan bir alandır. Bu yüzden tıp da bilirkişilik müessesesinden yardım talep edilmesi özellikle de tıp bilimi gibi oldukça teknik, oldukça bilimsel ve uzmanlık gerektiren bir alan için zorunludur. Dolayısıyla diğer Avrupa ülkelerindeki uygulamalar ve gelişmelerle karşılaştırmalı bir çalışmanın yapılması, bu alandaki sorunların çözümü için önemli olacaktır. Bu ise başka bir çalışmanın konusu olabilir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

1. CEZAI SORUMLULUK VE KUSUR KAVRAMI

Kalabalıklar halinde uzun süre yaşayan insanoğlunun yaşamının getirdiği bazı zorunlulukları vardır. Cezanın gerekliliği ve zaruriliği de bu noktada devreye girecektir. Toplu halde yaşamak insanın doğası gereği suçları meydana getirir. Toplu halde yaşamaya devam etmekte bu suçlara karşı önlem olarak ceza ihtiyacı doğurur. Cezaların mevcudiyeti düzeni bozan eylemlere karşı sosyal bir tepki olarak da tarif edilir².

Cezaların amacı toplumsal hoşnutsuzlukları, yanlışlıkları bir yaptırım altına alarak sadece adaleti sağlamak değil aynı zamanda barış ve huzur içinde toplumsal olarak yaşamayı hedeflemektedir³. Türk Ceza Kanunu'nun 3. Maddesinde “*suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*” denilerek cezaların gerekliliği ve ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu vurgulanmıştır⁴.

Türk Ceza Hukukunda, kanunun yasakladığı eylemler suç olarak kabul edilmektedir. Bir olayda suç ve ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı o olay içindeki davranışın yasalarda suç olarak kabul edilip edilmemesine bağlıdır⁵. Dolayısıyla burada Ceza hukukunun temel ve vazgeçilmez prensiplerinden olan *kanunilik ilkesi*⁶ söz konusudur. Suçun işlendiği zaman yürürlükteki kanun tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırmak ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırmak mümkün değildir.

Türk Ceza Kanununun ilk maddesinde, yaptırımların amacı gayet açık olarak belirtilmiştir. Buna göre; *ceza kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu*

² M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.665.

³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.668.

⁴ M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları* (13.Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.27.

⁵ İ. Hamit Hancı, *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.15.

⁶ Bu ilkeye göre kanunsuz suç ve ceza olmaz.

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.

Sorumluluk kavramının sözlük anlamı; mesuliyet, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme” şeklinde tanımlanmaktadır⁷.

Cezai sorumluluk, karşılıklı ödeme yükümlülüğü olarak da nitelendirilebilir. Hukuk terminolojisinde ceza terimi, her türlü hak ve yükümlülük ihlallerine verilen uygun karşılığı ifade etmektedir⁸.

Sorumluluk kavramı ceza hukuku açısından çok büyük bir önem taşımaktadır. Esası bakımından da ceza hukuku ile anlam kazanır. Çünkü kişilere topluluk halinde yaşamının getirdiği bir takım davranış kuralları açısından sorumluluk yüklenilmektedir ve bilinir ki ancak bu sorumlulukların yerine getirilmesi ile toplumsal olarak yaşam sürdürülebilir. Kişiler başta ceza kanunlarında yer alan kaidelerin yüklediği görevleri yerine getirmediğinde ceza hukuku bakımından yaptırıma uğrarlar. Fakat ceza hukukunun temel gayesi mütemadiyen yaptırıma uğratmak değil aslında bireylerin suç işlemesini önlemek, onları hukuka aykırı davranmaktan caydırmak dolayısıyla toplumsal olarak yaşamı sağlıklı ve huzurlu bir şekilde sürdürmekten gelir. Dolayısıyla cezalandırmaktan ziyade cezai nitelikteki davranışları önlemek ön plandadır.

Günümüzde cezai sorumluluğun esası kusura dayanmaktadır ve ülkemiz açısından *kusur ilkesi*⁹ benimsenmektedir.

Ceza sorumluluğunun kapsam ve sınırlarını açık ve anlaşılır bir şekilde belirtilmesi ve kanun koyucunun bu doğrultuda hareket etmesi gerekir.

⁷ *Sorumluluk*, Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (4.Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 s.676.

⁸ Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, Erol Ofset Matbaacılık Yayıncılık Samsun, 2009, s.77.

⁹ “Kusursuz ceza olmaz”. Failin işlemiş olduğu suçtan dolayı şahsen kınanabildiği hallerde cezalandırılmasını ifade eder. Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı), Seçkin Yayıncılık, 2010, s.40.

Bireylerin iradi olarak meydana getirdiği hareketlerinden cezalandırılabilmesi için kusurunun aranması gerekmektedir. TCK bakımından kusursuz sorumluluk söz konusu değildir¹⁰.

Ceza sorumlulukları ancak hukuka aykırılığı gerçekleştirenler bakımından söz konusudur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 38/6; “*Ceza sorumluluğu şahsîdir*”, TCK md.20; “*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*” denilerek cezaların şahsiliği vurgulanmıştır.

Sorumluluğun kurucu unsuru ise kusur olarak kabul edilir. Çünkü kusur ceza hukukunun temel prensiplerinden olarak kabul edilir. Ceza sorumluluğu için, failin kusurunun bulunması şarttır. Bu durumda kusur doğrudan kişiye yüklenecektir. Aksi takdirde kişi cezalandırılmayacaktır. Ortada suç teşkil edecek bir fiil mevcut olmadıkça, kusur kavramı aranmaz. Kusur, eylemin kasti veya taksirli olarak işlenmesine göre de içerik ve derece olarak farklılık gösterebilmektedir¹¹.

Kusur kavramının temelinde iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunlar; *algılamak ve irade yeteneğidir*. Algılama mevcudiyeti; kişinin çevresindeki olguların bilincinde olması ve yaptıklarının değerinin farkına varması, gözlemeleme yeteneğinin olabilmesi ile ilgilidir. Çünkü kişi çevresindeki olguları gözlemlerken ve buna göre hareket ederken meydana getirdiği sonuçlardan da mesul olduğunu bilerek hareket edecektir. Bu bilinçle birlikte haksız bir sonuç ortaya koyduğu ve bu eylemin de hukuki verilere ters düştüğü durumlarda kusur yargısı ile karşılaşılır. Fakat bu husus tek başına kusur kavramını oluşturmaz. Bir diğer husus olan irade yeteneği de aranmalıdır. İrade yeteneği failin davranışlarını yönlendirebilme yeteneği ile ilişkilidir. Kısaca kişi eyleminin hukuki verilere aykırılığının bilincinde olarak ve iradi bir şekilde eylemi gerçekleştirmiş ise bu noktada kusur kavramı artık vücut bulmuş demektir¹².

Bu çalışmada daha ziyade hekimlerin cezai sorumluluklarının üstünde durulacağı için hekimlerin cezai sorumluluklarından da bahsetmek gerekir.

¹⁰ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.41.

¹¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.449-450.

¹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.451-452.

Hekimin cezai sorumluluğu ise genel olarak, hekimin teknik anlamda tıp mesleğini icra ederken işlediği suçlarla, bu mesleğin icrası dolayısıyla işlemiş olabileceği suçlardan dolayı sorumluluğunu ifade etmektedir¹³. Dolayısıyla bu sorumluluklar, teknik olarak tıp sanatını ve tıp mesleğini uygularken ortaya çıkan suç fiillerinden kaynaklanmaktadır¹⁴. Gerek Türk Ceza, gerekse Medeni Kanun'da hekimin cezai sorumluluğunu açıkça düzenleyen özel bir madde mevcut değildir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin¹⁵ ve bazı özel yasaların¹⁶ düzenlemelerinde yer alan esaslar geniş sorumluluk kuralları gereğince hekimi cezai ve hukuki olarak sorumlu hale getirmektedir¹⁷.

Hekime cezai sorumluluk yüklenmesinin amacı, sadece kusurlu eylemlerinden kaynaklanan zararların giderilmesini sağlamaya yönelik değildir. Buradaki normatif hukuksal amaç; hekimin, hukuka aykırı kusurlu eyleminin aynı zamanda ceza yasalarında tanımlanan bir suçun unsurlarını içermesi olasılığının bulunabilmesi nedeniyle, kendisi hakkında bir dizi cezai yaptırım uygulanacağı ve böylelikle de üzerinde suç işlemesini önleyici bir psikolojik etkinin yaratılacağı düşüncesiyle hekimlik mesleğini daha disiplinli, dikkatli ve özenli yürütmesini sağlamaktır¹⁸. Çünkü burada mevzu bahis insan yaşamıdır.

Hekimin tıbbi işlemleri uygularken hastanın vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinde veya bu ihlal ile birlikte hastanın ölmesi sonucu karşısında hekimin cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir? Bu noktada kusur kavramı devreye girer. Ceza hukuku çerçevesinde bir tıbbi müdahalenin sonunda meydana gelen zarardan hekimin sorumlu olabilmesi için kusuru olması aranır. Yargıtay kusuru, “*hekimin tıp*

¹³ Selahattin Keyman, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:35, Sayı:1-4, 1978, s.57.

¹⁴ Çetin Aşçıoğlu, *Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, 1982, s.125.

¹⁵ R.G. 19.02.1960 Tarihli ve 10436 Sayılı. Bkz. *resmigazete.gov.tr*

¹⁶ 2238 Sayılı ve 29.05.1979 Tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 1219 Sayılı ve 14.04.1928 Tarihli Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasını Dair Kanun vs.

¹⁷ Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları* (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.233.

¹⁸ Mustafa Reşit Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet*, İstanbul, 1954, s.59.

verilerini yanlış ya da eksik uygulaması, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği gibi ve yeteri kadar uymaması”¹⁹ olarak tanımlamaktadır.

Kusur kavramı, hekim açısından belirli bir eyleme yönelik incelendiği için aynı zamanda hekimin yaşam tarzından hatta mesleki yaşam tarzından bağımsız olarak irdelemek doğru değildir. Çünkü kusurluluk dediğimiz, eyleme yönelik kişide oluşan iradenin tespit edilmesi ve tespit açısından kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağını, kısacası hekimin kınanabilirliği konusunu teşkil etmektedir²⁰. Hekim, hukuk düzenine aykırı hareket ederek, kabul görülen tıp kurallarına seçme imkânı varken buna uygun davranmamış, neticede haksız bir davranışta bulunmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla hukuk düzeni de bunu bir takım cezalarla kınamaktadır²¹.

Hekimin kusurunun belirlenmesi, eyleminin kast ya da taksir manevi unsurunu içermesiyle bire bir ilgilidir. Çünkü ortada suç oluşturan bir eylem mevcut değilse, o halde kusur yargısına ihtiyaç duyulmaz. Bununla birlikte suçun kast ya da taksir ile işlenmesi durumunda da kusur yargısının kapsamında, farklılıklar söz konusu olacaktır²². Bu da beraberinde yaptırım farklılıklarını getirecektir. Hekimler açısından mesleklerinin niteliği gereği ve mesleklerini icrası anında mesleğin niteliği gereği kasti kusuru değil taksirli kusuru söz konusu olur. Bu da taksirle öldürme ve taksirle yaralama suç tiplerini kapsar. Hekimin kasten hareket ettiği kusurluluğu ise sağlık mesleği mensubu olmayan, diğer kişilerde olduğu gibi değerlendirilir.

2. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TÜRLERİ VE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

2.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

İnsanlar hastalanabilir, sağlığı sekteye uğrayabilir ve doğal olarak bir hekime, sağlıkçıya başvurmak isteyebilirler. Çünkü yaşam düzeni içinde sağlıklı olmak,

¹⁹ Yarg. 4.HD., 07.03.1977, 1976/6297, 1977/2541. Bkz. www.kazanci.com

²⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler* (2. Bası), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.245-246.

²¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.51.

²² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.52.

sağlıklı yaşamak her bireyin hakkıdır. Hekimlerin, daha geniş ifade ile sağlık personellerinin, kişinin sağlığı açısından iyileştirmeye yönelik müdahaleler gerçekleştirerek aslında tıbbi müdahale göstermiş oldukları kabul edilir.

Tıbbi müdahale kavramının ayrı ayrı kelime tanımları incelendiğinde; *tıbbi* kelimesi Tıp ilmiyle ilgili²³, *müdâhale* kelimesi ise karışma, araya girme, el sokma²⁴ olarak sözlüklerde geçmektedir.

Tıbbi müdahale kavramı aslında sadece tıp bilimi ile ilgili değil bir o kadar da hukuk bilimi ile sıkı ilişki içindedir. Çünkü tıbbi müdahalenin kapsamı kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü, yaşam hakkını, kişilik hakkını doğrudan veya dolaylı olarak içermektedir. Bu sebeple tıbbi müdahale kavramı hukuken de kendine yer edinmektedir.

Vücut bütünlüğü kavramı nizamlarla korunan ve üzerinde her türlü zarar verici tasarrufla bulunulamayacak kişilik değerlerinden kabul edilmektedir. Bu durum T.C. Anayasası'nın 17. maddesinde şöyle düzenlenmiştir;

“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.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

...”

Tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleğini icra etmeye yetkili hekim tarafından teşhis veya tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade

²³ *Tıbbi*, Temel Türkçe Sözlük(Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî), Karakuşak Basın ve Yayın, C:3, İstanbul, 1986, s.1366.

²⁴ *Müdâhale*, Temel Türkçe Sözlük(Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî), Karakuşak Basın ve Yayın, C:3, İstanbul, 1986, s.924.

etmektedir²⁵. Bir müdahalenin tıbbi müdahale sayılabilmesi için, bir hekim tarafından gerçekleştirilmiş olması ve bu müdahalenin teşhis ve tedavi amacına yönelik olması gerekmektedir²⁶. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için başta bu müdahalelerin tıp bilimi bilgilerine aykırı olmaması ve uygulama yöntemlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Hekimlerin mesleklerini icra ederken, tıp bilimi bilgilerine aykırı ve uygun olmayan müdahaleler mevcut olduğunda ancak cezai sorumluluk söz konusu olacaktır.

Tıbbi müdahale kavramı denildiğinde içine cerrahi müdahaleler, anestezi, kan testleri, ilaç tedavileri, genetik testler, aşı uygulamaları, ultrason gibi birçok tıbbi uygulamalar girmektedir²⁷.

Tıbbi müdahale hekimin hastayı iyileştirmeye yönelik faaliyetlerini içerir. Bu bağlamda mevcut sağlık sorununun iyileştirilmesi veya bu sağlık sorununun etkilerinin en aza indirgenmesi amacına yönelik faaliyetler gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla tıbbi müdahale kavramı da bu çerçevede gerçekleştirilen tüm faaliyetleri kapsayan geniş bir tıp hukuk terimi olarak nitelendirilebilir.

2.2. Tıbbi Müdahale Türleri

Kişinin hastalığının tedavi edilmesi amacıyla, beden bütünlüğü üzerinde ameliyat ve ameliyat dışındaki yöntemlerle müdahalede bulunulabilir. Bu bakımdan tıbbi müdahaleler değişik şekillerde sınıflandırılmaktadır.

Tıbbi müdahalelerin sınıflandırılması genel başlıklar halinde; uygulanma durumuna göre; geleneksel yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler ve yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler olarak iki ana başlık altında sınıflandırılmakta, yapılış yöntemlerine göre ise; beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler ve beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahaleler şeklinde adlandırılmaktadır²⁸.

²⁵ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991, s.5.

²⁶ Mehmet Ayan, *a.g.e.*, s.5.

²⁷ Nebahat Kayaer, *Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012, s.8.

²⁸ Hatice Sarıtaş, *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2005, s.19; Türkmen, *a.g.e.*, s.17; Ayan, *a.g.e.*, s.10; Kayaer, *a.g.e.*, s.17.

Geleneksel yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler, uzun süreden beri uygulanan ve tıp bilimi çerçevesinde genel kabul görmüş, bu sahada yerleşmiş yöntemleri içermektedir²⁹. Geleneksel tedavi yöntemleri ile yapılan müdahalelerden dolayı hekimlerin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için ya hastanın onayının hiç alınmamış olması ya da yapılacak tıbbi müdahale hususunda yeterince aydınlatılmamış olması aranır³⁰. Bununla birlikte hem rıza hem onamın varlığında dahi ayrıca hekimin gerekli özen ve dikkati göstermesi de önemlidir. Nitekim bu çalışmanın devamında dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluk üzerinde durulacak.

Yeni yöntemlerle yapılan tıbbi müdahaleler ise, yeterince tecrübe edilmemiş, henüz araştırma niteliği taşıyan yeni yöntemlerle yapılan müdahaleleri kapsamaktadır³¹. Ancak bu tarz müdahalelerde hekimin dikkat etmesi gereken noktalar vardır. Şöyle ki; hasta için neden bu yöntemi seçtiğini, söz konusu tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi halinde doğabilecek olumlu-olumsuz sonuçları açık ve ayrıntılı bir şekilde izah etmesi gerekmekte, hastayı bu konularda aydınlatmalıdır. Henüz tıp bilimince yeterli derecede kabul görmemiş olması dolayısıyla bu tarz müdahalelerde hekimin sorumluluğu kritik bir noktadadır. Çünkü yeni yöntemlerle yapılacak tedavide hekimin özen borcu ağırlaşmaktadır³².

Yapılış yöntemine göre tıbbi müdahaleler ise beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler ve beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahaleleri kapsamaktadır. Ancak bu tür müdahaleler çok farklı ve teknik hususlar olduğundan, ayrıntıya girilmeyecektir.

Tıbbi müdahalenin kapsamı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13. maddesiyle desteklenmektedir. Madde; *“Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez...”*

²⁹ Ayan, *a.g.e.*, s.10.

³⁰ Sarıtaş, *a.g.e.*, s.19; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Ankara, 1989, s.459.

³¹ Tıbbi cihazlarla yapılan tedaviler ya da yeni bir cerrahi yöntem ile yapılan ameliyatlar gibi. Ayan, *a.g.e.*, s.12.

³² Sarıtaş, *a.g.e.*, s.20.

şeklinde düzenlenmiş olup hekimlerin tıbbi müdahale eylemlerinin teşhis ve tedavi şeklinde olduğuna dair bilgi vermektedir.

Bunun dışında ilaç araştırmaları gibi nedenlerle insan bedeninde gerçekleştirilen uygulamalar tıbbi müdahale kavramının dışında kabul edilmektedir³³.

2.3. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Koşulları

Tıbbi müdahalenin koşulları ya da hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilen hususlar öğretilerde bir takım başlıklarla sınıflandırılmaktadır³⁴. Fakat genel itibariyle bakıldığında şu üç koşul hekimleri yaptıkları tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu yoluna götürmektedir;

- 1-Tıbbi Müdahalenin kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi,
- 2- Tıbbi Müdahalenin tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara, kanunlara uygun olması,
- 3- Hastanın rızasının bulunması.

Tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin en temel dayanağı Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

“Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

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

Bu maddeye göre bir hakkı kullanan kişinin hukuka aykırı şekilde hareket ettiği ileri sürülemeyecektir. Her ne kadar çalışmamız hekimlerin sorumlulukları

³³ Adem Sözüer, Melikşah Yasin, Zekeriya Kurşat, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk”, (Editör: Haydar Sur, Tunçay Palteki), Hastane Yönetimi, Nobel Tıp Kitabevleri, 2013, İstanbul, s.1018.

³⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.162; Türkmen, *a.g.e.*, s.35; Öztürkler, *a.g.e.*, s.238, Ebru Atıcı Sevindik, *Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, 2009, s.11; Kayaer, *a.g.e.*, s.67, Sözüer-Yasin-Kurşat, *a.g.m.*, s.1017.

üzerine odaklı olsa da hukuka uygunluk bakımından sadece hekimlerin anlaşılması değil diğer sağlık personellerinin de tıbbi müdahaleye yetkili olabileceği kabul edilmektedir. Buna göre hekimlerin yanı sıra, acil tıp teknikerleri, diş hekimleri, diş protez teknisyenleri, ebeler, sünnetçiler, sağlık memurları, hasta bakıcılar ve hemşirelerin de belirli ve sınırlı çerçevelerde tıbbi müdahale yapmaya yetkili kabul edildiği anlaşılmaktadır³⁵.

Bununla birlikte sadece hekim ve diğer sağlık personeli olmak bu kişilere her çeşit tıbbi müdahale yapabilme imkânını vermeyecektir. Ne çeşit bir müdahale gerekiyorsa o müdahaleyi yapabilen alanının bilgilerine hâkim uzman kişinin olması aranmaktadır³⁶. Mesela bir açık kalp ameliyatında kalp ve damar cerrahisi uzmanının olmadığı düşünülemez.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13. maddesinin 3. fıkrasında hekimin bir tıbbi müdahaleyi ancak tanı, tedavi ve korumak amacıyla yapabileceğini açık bir şekilde düzenlemiştir. Müdahalenin hukuka aykırı olarak sayılmaması için bu tip müdahaleler dâhilinde olması beklenmektedir. Her ne kadar bazı tıbbi müdahaleler bu tip müdahaleler olarak kabul edilmese de bu durumda, açık bir rıza şartı aranacaktır³⁷.

Bir diğer hukuka uygunluk koşulu olarak hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken tıp bilim verilerine uyması beklenir³⁸. Buradaki tıp bilim verilerinden kastedilen tıp dünyasının geneli itibarıyla kabul edilmiş ve uyulması ile birlikte iyileştirme süreci gerçekleştirilmiş, ilke ve nizamlardır. Bu koşul çalışma bakımından da önem taşımaktadır. Çünkü hastanın açık rızası dahi olsa hekimin genel kabul görmüş bu ilke ve nizamlara uymadığı takdirde hukuka aykırılık teşkil edeceği gibi hekimin taksire dayalı cezai sorumluluğunu da getirmektedir³⁹.

Kısacası hekimin tıbbi standartlar çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunması gerekmektedir. Tıbbi standart hekimin objektif özen yükümlülüğünün ölçüsünü

³⁵ 1219 Sayılı TŞSTİDK md.3/2, md.29 vd., md.47 vd., md.58 vd., md.63 vd.

³⁶ Sözüer-Yasin-Kurşat, *a.g.m.*, s.1018.

³⁷ Kayaer, *a.g.e.*, s.84.

³⁸ Ayan, *a.g.e.*, s.12, Kayaer, *a.g.e.*, s.86.

³⁹ Kayaer, *a.g.e.*, s.86; İzzet Özgenç, *Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk*, Hüseyin Ülgen'e Armağan, Yıl: 2007, Cilt: 2, S:2, Tıbbi, s.2195.

oluşturur. Özenli tıbbi müdahale, müdahalenin yapıldığı zamandaki tıbbi standartlara uygun yapılmış olan tıbbi müdahalelerdir⁴⁰. Dolayısıyla bir tıbbi müdahale işlemini gerçekleştirirken tıbbi standarttan bahsedebilmek için en azından hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından bu tip müdahalelerin kabul ediliyor ve uygulanıyor olması gerekmektedir. Ayrıca genel olarak kabul görülen tıbbi standardın alt sınırı, uzman hekim seviyesinde olarak kabul edilen görüşler mevcuttur⁴¹.

Bu konuyla ilgili Danıştay bir kararında⁴²; “*Adana 1. İdare Mahkemesince; davacıların çocuğun ölümünde kusuru bulunduğu ileri sürülen doktor hakkında adli yargı yerinde açılan ceza davasında, iki aylık bebeğe uygulanan hap yutturma yönteminin genel tıbbi uygulama kurallarına aykırı olduğundan dolayı, yarım tablet hapi suya batırarak iki aylık bebeğin dilinin üstüne koymak suretiyle yutturmaya çalışırken bebeğin ölümüne sebep olan doktorun 8/8 oranda kusurlu bulunduğuna Yüksek Sağlık Şurasınca karar verildiği, bu nedenle, davacıların zararının ağır hizmet kusuru ilkesi uyarınca idarece tazmini gerektiği, uğranılan maddi zararın tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, buna göre anne için belirlenen 2.222,29 TL maddi zarar ile her bir davacı için 18.000,00 TL olmak üzere toplam 36.000,00 TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte tanzimini, baba için istenilen maddi tazminat ile fazlaya ilişkin manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir.*” şeklinde gelişen somut olayın tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısmını onamıştır. Dolayısıyla hekimin gerekli tıbbi özen ve ihtimamı göstermesi gerekmekte, hastanın yararına olacak şekilde bilgi ve becerisini azami ölçüde kullanmak durumundadır. Öyle ki, hastanın tedavisinin mümkün olmadığı durumlarda dahi ıstırabını hafifletmekle yükümlü kabul edilmektedir. Somut olayda da hekim, genel olarak kabul görülen tıbbi standardı takip etmemiş, tıp uygulamalarına aykırı hareket ederek hastanın ölümüyle kusurlu davranmıştır.

Bir tıbbi müdahale hukuka uygunluk koşullarını taşıyor ise zaten hukuki düzen bakımından sonuçlar doğuracaktır⁴³. Çünkü hukuken uygun görülen ve şartları

⁴⁰ Zarife Şenocak, *Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özen Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat*, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, 2008, s.241; Kayaer, *a.g.e.*, s.89.

⁴¹ Hakeri, *a.g.e.*, s.166.

⁴² **Danıştay 10.D. 29.09.2010, 2007/8447, 2010/7191.** Bkz. www.kazanci.com

⁴³ Sözüer-Yasin-Kurşat, *a.g.m.*, s.1017.

oluşturan eylemlerin bir yaptırıma bağlanması kanunilik ilkesi göz önünde bulundurulduğunda mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla eylem bakımından(tıbbi müdahale) başta cezai olmak üzere herhangi bir yaptırıma tabi olmaz.

Tıbbi müdahaleleri hukuka uygun olabilmesi için hastanın rızası gerekir. İlgilinin rızasının hukuki düzene uygunluğu kanunlarca da⁴⁴ açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Rızanın geçerli olmasının temel şartı, tıbbi müdahalenin uygulanacağı kişinin müdahale hususunda açıkça aydınlatılmış olmasıdır⁴⁵. Rıza verilirken şu önemli husus gözden kaçmamalıdır; rızayı veren kişinin en tabi hakkı olan yaşama hakkına sahip olduğu ve rızayı ancak muhtemel hastalığı önlemek veya tedavi olmak amacıyla verdiğidir⁴⁶. Rızanın açık sınırı ve çerçevesi budur.

Hekim, hastasını yapacağı tıbbi müdahale bakımından en azından temel noktalar hakkında ve yapılacak işlemler konusunda aydınlatmalıdır. Böylece hasta yapılan aydınlatma doğrultusunda tıbbi müdahale sonuçlarını düşünecek ve müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceğine kendi özgür iradesince karar verebilecektir⁴⁷.

Tedavi yükümlülüğünün içeriği ve kapsadığı alan, tıbben gereklilik arz etmeli, ilgili kanun maddelerine ve mesleki etik kurallara aykırılık teşkil etmemeli, geniş anlamda hukuka uygunluk koşullarını taşıması gerekmektedir. Çünkü her ne kadar hukuka uygunluk koşulları belirli başlıklar altında toplanmış olsa da tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılık teşkil edip etmediği her olayda ayrı ayrı subjektif unsurları ile birlikte değerlendirilmelidir. Öyle ki; nizamların dar ve keskin sınırlar içerisinde uygulanması halinde, somut olaylar bakımından da hakkaniyetin ne derece göz önünde bulundurulduğu hususu net olmayabilir.

⁴⁴ Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu vs.

⁴⁵ Sözüer-Yasin-Kurşat, *a.g.m.*, s.1019.

⁴⁶ Hakeri, *a.g.e.*, s.265.

⁴⁷ Mehmet Nihat Kanbur, *Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme*, Türkiye Acil Tıp Dergisi, 9(1), 2009, s.45.

Yukarıda açıklanan koşulların yerine getirilmesi halinde hekimlerin gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılacağı kabul edilmektedir.

3. HASTA-HEKİM KAVRAMLARI VE ARALARINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

3.1. Hasta Kavramı

Hasta kavramı dendiğinde ne anlaşılmalıdır?

- *Bir insan*
- *sağlık hizmeti gören ya da belli başlı bir doktora bağlı olup ondan hizmet gören kişi*
- *hastalık ya da herhangi bir sağlık problemi sıkıntısı olan kişi*⁴⁸.

Dünya Sağlık Örgütü'nün hasta kavramını “*sağlık ve iyilik hali içinde olmayan her kişinin hasta olarak nitelendirileceği*” şeklindeki tanımı da hasta kavramının açıklanmasında yol gösterir⁴⁹.

Aslında hasta dediğimiz savunmasız durumda olan bir kişidir. Çünkü hastalanmıştır. Fakat hasta olması onun sağlıklı bir insanın sahip olduğu haklardan mahrum kalması demek değildir. Normal, sağlıklı bir insan hangi haklara sahip ise hastalarında o haklara sahip olduğu unutulmamalı, ayrıca hastalanmış bir insan olarak da hasta haklarına sahip olduğu da bilinmelidir. Bu kişilerin en başta şu haklara sahip olacağı kabul edilmelidir; yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması, kişisel kimlik/kişinin maddi ve manevi varlığı, çalışma hürriyeti, sağlık hizmetine ulaşma hakkı, sosyal hizmetlerden faydalanma hakkı gibi⁵⁰.

Bir hasta için temelde en önemli haklar; başta bir insan olarak temel kişisel haklarına saygı gösterilmesi, ölmekte olan bir hastanın yaşam sonu bakımı ve şerefli

⁴⁸ Helena Pereira de Melo, *Patient's Rights in European Law*, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.419.

⁴⁹ Filiz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006, s.20.

⁵⁰ de Melo, *a.g.m.*, s.421.

bir şekilde ölme hakkıdır⁵¹. Eğer bu temel haklar uygulama alanı bulursa ve bu haklara hukuki düzende saygı gösterilirse diğer haklarında ardından gözetilecektir⁵².

Doktor ile hasta arasındaki ilişkinin temeli tamamen insani boyutlara dayanmalıdır⁵³. Hastanın bir insan olduğu unutulmamalı ve tüm bireylerin sahip olduğu gibi hastalarında temel kişisel haklarına saygı gösterilmesi gerektiği bilinmelidir. Birçok tıp hukuku mevzuatında bu durum açıkça ya da dolaylı olarak vurgulanmıştır⁵⁴.

İyi bir sağlık hizmeti sadece sağlam teşhis, hekimin teknik becerisi ve tecrübesi ile tedavi edilebilmesi değil aynı zamanda hasta hekim ilişkisinin temelini sağlık hizmeti sürecinin son anına kadar tamamen insani boyutlarda olması gerekmektedir.

Toplumun hekimden beklediği hekimin donanımlı olması gerektiği üzerinedir. Buradaki nitelik tek boyutlu olmayıp hem moral açıdan hem de profesyonel açıdan bir nitelik taşıması gereğidir. Ancak bu şekilde belirli beklentileri karşılayabilecektir. Ayrıca bu durum hekimin yüksek bilgi ve beceri düzeyine göre kusuru ve sorumluluğu açısından farklılık da gösterir⁵⁵.

⁵¹ Hekimin Meslek Etiği Kuralları 28. Madde; “*Hekimin, terminal dönemdeki hastalara her türlü insani yardımı yapmaya, insan onuruna yaraşır koşulları sağlamaya ve çekilen acıyı olabildiğince azaltmaya çalışır.*”

⁵² de Melo, *a.g.e.*, s.426-427.

⁵³ de Melo, *a.g.e.*, s.427.

⁵⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Md.1/1; “*Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak; biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.*” 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun md.7/e; “*Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insanlık amacına uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek...*”, Dünya Tabipler Birliği Tokyo Bildirgesi (Ekim 1975, Tokyo/Japonya, DTB Genel Kurulu tarafından gözden geçirilmiş/Taipei, Tayvan, Ekim 2016) Md.1; “*... bu kişiye yönelik işkence ya da insanlık dışı, ...*”, Md.2; “*Hekim, işkence ya da zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı uygulamaları...*”, Md.6; “*Hekim, işkencenin ya da zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin...*” gibi düzenlemelerde insani unsurun önemi anlaşılmaktadır.

⁵⁵ Osman Durmuş, *Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik: Türkiye Büyük Bir Laboratuar mı?*, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.454.

Genel olarak hastayı, “hekimin müdahalede bulunduğu kişi” olarak adlandırmak sınırını en geniş anlamda çizmek açısından önemlidir⁵⁶. Hastanın bedensel ya da akli rahatsızlıklar, eksiklikler, anormalliklerinden dolayı hekimin tıbbi müdahalesine ihtiyaç duyulurken bazı durumlarda da hasta olmayan kişiler⁵⁷ hekimler ile tıbbi ve hukuki bakımdan bir hasta hekim münasebetine girmektedir⁵⁸.

Hastaların insan olmalarından dolayı bazı temel haklara sahip olduğunun yanı sıra hasta olmasından dolayı da bir takım haklara sahip olduğu dile getirilmiştir. Hastaların hasta olmasından dolayı sahip olduğu haklar başlıklar halinde şu şekilde sıralanmaktadır;

- a) Hastanın adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı
- b) Hastanın sağlık hizmetleri konusunda bilgi isteme hakkı
- c) Hastanın sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı
- d) Sağlık personelinin tanıma, seçme ve değiştirme hakkı
- e) Hastanın öncelik sırasının belirlenmesini istemek hakkı
- f) Tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı
- g) Tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı
- h) Hastanın tıbbi tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı
- i) Ötanazi yasağı
- j) Hastanın tıbbi özen gösterilmesini isteme hakkı
- k) Genel olarak bilgi isteme hakkı
- l) Kayıtları inceleme hakkı
- m) Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkı
- n) Bilgilerin gizli tutulması hakkı
- o) Tıbbi müdahalede hastanın rızası
- p) Alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanmasını ve bununla ilgili bilgi verilmesini isteme hakkı
- q) Aile planlaması hizmetleri ve gebeliğin sona erdirilmesi

⁵⁶ Cahid Doğan, *Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı*, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.307.

⁵⁷ Mesela organ ve doku naklindeki sağlıklı kişiler.

⁵⁸ Merter Özyay, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara,2006, s.20.

- r) Tıbbi Araştırmalarda aydınlatılmayı isteme hakkı
- s) Güvenliğin sağlanmasını talep hakkı
- t) Dini vecibeleri yerine getirebilme ve dini hizmetlerden faydalanma hakkı
- u) İnsani değerlere saygı gösterilmesi ve ziyaret hakkı
- v) Refakatçi bulundurma hakkı
- w) Hizmetin sağlık kurum ve kuruluşu dışında verilmesini isteme hakkı
- x) Hastaya yeterli vakit ayrılması ve hastanın vaktine riayet edilmesi
- y) Hastanın müracaat, şikâyet ve dava hakkı⁵⁹

Hasta haklarıyla ilgili hukuki düzenlemeler oluşturulurken kişinin sağlık hakkı ve bununla iç içe olan yaşama hakkının tüm haklardan önde geldiğini hepimiz kabul ederiz. Bu sebeptendir ki düzenlemeler yapılırken her zaman kişinin yaşam ve sağlık hakkı güvence altına alınacak şekilde gerçekeştirilmelidir.

Türkmen⁶⁰, hasta haklarının kapsam ve amacını özetle şöyle ifade etmiştir;

“Hasta hakları, genel olarak, hasta/kişi ile sağlık personeli ve sağlık kuruluşları arasındaki ilişkileri düzenlemek üzere; kişinin sağlıklı kalma hakkına kendi iradesi dışında bir engel olmaksızın sahip olması, sağlık hizmetleri verilirken insan haklarının gözetilmesi, hastalara uygulanan tıbbi tedavinin insani boyutunun desteklenmesi, hastanın sağlık hizmetlerinden en üst düzeyde ve eşitlik çerçevesinde yararlanırken karşılaşabileceği zorlukların önlenmesi ve giderilmesi, hasta ile sağlık personeli arasındaki iletişimin geliştirilmesi için tarafların uymakla zorunlu buldukları esas ve kuralları kapsar...”

Hasta hakları konusunda ölkemizde en kapsamlı mevzuatı 1998 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Hasta Hakları Yönetmeliđi⁶¹ oluşturur. Hasta hakları esas olarak insan hak ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasını ifade eder⁶². 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği’nde hasta kavramı; “sağlık

⁵⁹ Hakeri, a.g.e., s.34-35., Türkmen, a.g.e., s.55-62.

⁶⁰ Türkmen, a.g.e., s.54; Gültezer Hatırnaz, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.81; Bilge Onaran, *Hasta Hakları*, YÜHFD, C.I., Sayı:2, İstanbul, 2004, s.273.

⁶¹ RG. 01.08.1998, No:23420.

⁶² Sarıtaş, a.g.e., s.16.

hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse” olarak tarif edilmiştir. Ayrıca Yönetmelikte hasta hakları “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, surf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası andlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını...” şeklinde düzenlenmiştir. Bu tip düzenlemeler hastaların belirli haklara sahip olduklarını ve bunun hukuki çerçevede korunduğunu gösterir.⁶³.

3.2. Hekim Kavramı

Hekim, hukuk düzeni içerisinde tıp mesleğini icra etmek, tıbbi müdahalelerde bulunmak üzere yetkili kılınmış, hastalıkları tanımak ve iyileştirmek amacını güden bir kimse olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Bununla birlikte hukuk düzeninin kendisine tıp mesleğini icra etmek yetkisi tanıdığı kişiler olarak tanımlanır⁶⁵. Hekimler pratisyen veya uzman şeklinde sağlık hizmeti vermeye başlayabilirler.

Hekim ile hasta arasındaki hukuki nitelikli sözleşmeler karşılıklı bir takım hak ve yükümlülükleri doğuracağından, burada sadece hekimin sağlık hizmeti verme kapsamı altındaki yükümlülükleri değil, aynı zamanda hekimlerin bu hukuki ilişkiden doğan bazı haklarının olduğunu da hakkaniyet gereği kabul etmek gerekir. Şöyle ki;

- a) Bilimsel gelişmeleri izleme hakkı
- b) Hekimler arası saygı ve güvene önem verilmesini isteme hakkı

⁶³ Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi (1981 Lizbon/Portekiz) de hasta haklarının önemini ve kanunlarla korunması gerektiğini öne çıkaran bir uluslararası bildirgedir ve hekimlik mesleğinin hastalara sağlamayı amaçladığı temel hakları içermektedir. Bildirgeye göre; “*Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanmıştır. Hekim, pratik, etik ve yasal tüm zorlukların bilincinde olarak her koşulda vicdanının sesini dinleyerek hasta için en iyi olanı yapmalıdır. Aşağıdaki bildirge hekimlik mesleğinin hastalara sağlamayı amaçladığı temel hakları içermektedir. Yasalar veya hükümet uygulamalarının hastaların bu haklarına uygun olmadığı durumlardan hekimler uygun yollarla bu uygulamaları düzeltmeye veya ortadan kaldırmaya çalışmalıdır. 1. Hasta, hekimini özgürce seçme haklarına sahiptir. 2. Hasta, hiçbir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafında bakılabilme hakkına sahiptir. 3. Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir. 4. Hasta hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir. 5. Her hastanın onurlu bir şekilde ölmeye hakkı vardır. 6. Hasta, uygun bir dini temsilcinin yardımı da dahil olmak üzere ruhi ve manevi teselliği kabul veya reddetme hakkına sahiptir.*” <http://www.hayad.org.tr/lizbon-hasta-haklari-bildirgesi>, Erişim Tarihi 24.03.2017

⁶⁴ Merve Duysak, *Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu*, Hukuk Gündemi Dergisi, Ankara Barosu, Sayı:3, 2009, Ankara, s.25.

⁶⁵ Ayan, *a.g.e.*, s.5; Sarıtaş, *a.g.e.*, s.11.

- c) Temiz, sağlıklı ve çağdaş koşullara uygun ortamda çalışma hakkı
- d) Hekimin çağdaş tıp olanaklarında yararlanma hakkı
- e) Hekimin gereğinden fazla hastaya bakmama hakkı
- f) Hastanın tedavisini üstlenmeme veya tedaviyi yarıda bırakma hakkı
- g) Hekimin hastadan saygı ve güven bekleme hakkı
- h) Hekimin ücret talep etme hakkı
- i) Hastaya iyileştirme garantisi vermeme hakkı
- j) Hekimin mesleğini serbestçe uygulama hakkı
- k) Danışma hakkı
- l) Tıp etiği ilkelerine uyulmasını isteme hakkı
- m) Hekimin sağlığını koruma hakkı
- n) Hekimin mesleki dayanışma ve yardımlaşmayı isteme hakkı⁶⁶ gibi hakları olduğu kabul edilmektedir.

Bu ilişkide esas olan, hekimin kazanç elde etme hususundaki menfaati değil, hastanın iyileşmesi hususundaki yükümlülükleri büyük önem arz eder⁶⁷. Çünkü hekimlik, mesleklerin içinde en çok risk ve sorumluluk barındıran bir meslek türüdür. Mesleğin konusu, kapsamı hatta kazancı insan bedeni üzerinden gelmektedir. Dolayısıyla gözden kaçırılacak en ufak ayrıntı, en az ihtiyaç duyulacağı düşünülen bilgi veya pratik eksiklikleri dahi bir insanın, sağlıklı yaşam hakkını zedeleyebilir hatta hastanın ölümü ile sonuçlanabilir.

Hekim sözleşme ilişkisini kurarken, hastalığın tanısını koymak edimi veya teşhis edimi ile birlikte tıbbi tedavi ve bunun gerektirdiği bakım edimleri ifaya konu olacaktır⁶⁸.

Türk Hukuku açısından hekimlik mesleğini icra etmek için; tıp fakültesi diplomasına haiz olmak, tabipler odasına kayıtlı olmak, hekimlik mesleğini geçici veya sürekli engeli bulunmamak⁶⁹ koşulları aranmaktadır.

⁶⁶ Türkmen, *a.g.e.*, s.62-64.

⁶⁷ Öztürkler, *a.g.e.*, s.64.

⁶⁸ Mehmet Demir, *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, Sayı:3, 2008, s.232.

⁶⁹ TŞSTİDK md.1,2,3,4, ve 28.

Hekimler eğitim düzeylerine göre pratisyen ve uzman hekimler olarak sınıflandırılmaktadır. Pratisyen hekimler, tıp fakültesinden mezun olmuş, hekim unvanını kazanmış, tıp mesleğini icra eden kişiler olarak kabul edilmektedirler. Uzman hekimler ise, yine tıp fakültesinden mezun olmuş, belirli bir tıp bilimi dalında uzmanlık eğitimini almış ve bunu başarıyla tamamlamış olup tıp mesleğini icra eden kişilerdir⁷⁰. Uzman hekimler somut olaylara ilişkin sorumluluk bakımından “tam yetkili” kişiler olarak kabul edilmektedir. Kabul edilebilir zorunlu bir neden olmadıkça yetkilerini devredemezler. Ayrıca İntörn olarak adlandırılan tıp fakültesi son sınıfta okuyan tıp öğrencileri de vardır. İntörn hekimler ancak pratisyen veya uzman hekimlerin denetim ve gözetimi altında tıbbi müdahale işlemlerine dâhil olabilmektedirler⁷¹. Sorumluluk açısından doktrinde yardımcı şahıs olarak da nitelendirilirler⁷².

Hekimlerin mesleklerini icra bakımından geçici veya sürekli bir engeli bulunması halinde hekimlik yapamayacakları, bu süreçte hekimlik mesleği sebebiyle herhangi bir tıbbi müdahaleleri, vekâletsiz iş görme sebebiyle hukuka uygun sayılmayacaktır. Burada geçici veya sürekli engel ifadesine örnek olarak hekimin mesleği icrasından men cezası alması ya da hapis cezası alması gibi durumlar gösterilebilir.

3.3. Hasta ve Hekimin Aralarındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Hastanın hekime anamnez⁷³ vermeye, hekimin de hastanın hikâyesini dinlemeye başladığı süreç aralarında bir örtülü sözleşme imzaladığı şeklinde kabul edilebilir. Bu sözleşme kapsamında hasta ve hekim yahut sağlık hizmeti talep edilen kurum arasındaki ilişki hukuki boyutta taraflar için karşılıklı hak ve sorumluluk doğurur.

Hekim yapması gereken her türlü tıbbi müdahaleyi yapmak ve yapmaması gereken her türlü tıbbi müdahale kapsamında olan ya da olmayan eylemden kaçınmak zorundadır. Burada yapılması gereken müdahalelerin ancak hekimin

⁷⁰ Sarıtaş, *a.g.e.*, s.11-12.

⁷¹ Sarıtaş, *a.g.e.*, s.11.

⁷² Ayan, *a.g.e.*, s.6.; Sarıtaş, *a.g.e.*, s.12.

⁷³ Doktorun hastaya teşhis koyma amaçlı olarak ona sorduğu sorulara sonucu elde ettiği hastanın öyküsüdür.

yapabilme durumu (kabiliyet, beceri), uzmanlık alanı ve elindeki imkânlar dâhilinde olacağı unutulmamalıdır. Hekimi imkânı dâhilinde olmayan ya da hasta sağlığı açısından yeterince teknik imkân bulunmayan ortamlarda ve pek tabi daha risksiz ve iyi şekilde bir müdahalenin mevcudiyetinde, müdahaleye zorlamak ne kadar doğrudur?

Hasta ile hekim arasındaki hukuksal ilişkinin bir *vekâlet akdinden* kaynaklandığı kabul edilmektedir⁷⁴. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 1. fıkrasında, vekâlet akdinin hukuki dayanağı düzenlenmiştir. Buna göre; *“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.”*

Vekâlet sözleşmesinde özen borcu büyük önem arz eder. Eser sözleşmesinde olduğu gibi sonuca odaklı değildir. Burada süreç önemlidir. Şu ki; iş görürken, sürecin düzenli işleyip işlemediği, yapılan işin titizlikle yapılıp yapılmadığı üzerinde durulur. Dolayısıyla vekâlet sözleşmelerinde vekil en hafif kusurundan sorumlu olur. Vekâlet sözleşmeleri şekle bağlı değildir, söz ile kurulabilir, yazılı da olabilir. Eğer ücret kararlaştırılırsa tam iki tarafa borç yüklenen bir sözleşme olur. Ücret unsuru yok ise normalde eksik iki taraflı borç yükleyen sözleşmedir. Vekil, vekâlet görevine konu işi yaparken sonucun elde edilmemesinden sorumlu değildir. Sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, davranışlarının özenli olmasından sorumlu olur.

Hatta Yargıtay bu konuda bir kararında⁷⁵ şu şekilde belirtmiştir; *“Davacı davalının yanlış tedavisi sonucu sağ gözündün göremez olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir.(BK. 386-390) Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlerin, eylemlerin ve davranışın 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. (BK.321/1 md.) O nedenle doktorun*

⁷⁴ Öztürkler, a.g.e., s.57; Hakeri, a.g.e., s.323; Hancı, a.g.e., s.147; Sarıtaş, a.g.e., s.47; Ayan, a.g.e., s.51-56; Türkmen, a.g.e., s.48.

⁷⁵ **Yarg. 13.HD. 01.12.2005, 11653/17791.** Bkz. www.kazanci.com

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 durumlar da, 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.”

Netice itibariyle hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre vekâlet sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bu durumda hekim, vekâlet sözleşmesi gereğince üstlendiği görevi yerine getirirken tedavi sonucuna ilişkin herhangi bir güvence veremez⁷⁶.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki tıbbi müdahalenin niteliği itibariyle bir *eser sözleşmesi*⁷⁷ mahiyetinde de doğabilir. Borçlar Kanunu’nun 470.maddesi eser sözleşmesini açıkça tanımlamaktadır. Buna göre; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir...*” Hukuksal niteliği eser sözleşmesi mahiyetinde olduğunda, hukuki bakımdan daha ağır bir sorumluluğun söz konusu olacağı kesindir. Çünkü sözleşmede önemli olan kişinin gösterdiği çabadan ziyade, faaliyeti neticesinde ortaya çıkan sonuçtur⁷⁸.

Acil vakalarda ya da mevcut operasyonun kapsamında değişikliğe gidilmesi gerektiğinde yeni bir sözleşme kurmak imkânı görünmediğinden burada hasta ile hekim arasında *vekâletsiz iş görme*⁷⁹ olacağı kabul edilmektedir⁸⁰.

⁷⁶ Bünyamin Gürpınar, *Hekimlerin Tazminat Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğa Yol Açan Tıbbi Uygulama Hataları*, Hükûq Elminin Müasır Problemleri, II. Beynəlxalqkonfrans, Bakü, 2010, s.761-762.

⁷⁷ Örn. diş protezleri, estetik operasyonlar vs.

⁷⁸ Hakeri, *a.g.e.*, s.325.

⁷⁹ Kısaca vekaleti olmadan bir başkası adına işlemde bulunan kimsenin eylemi olarak ifade edilebilir. BK md. 526; “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür...*”

⁸⁰ Hakeri, *a.g.e.*, s.325.

Hasta ve hekim arasında oluşan sözleşmenin kapsamı, hastanın sağlığı ve vücut bütünlüğüne yöneliktir. Sözleşmeye aykırı davranış hukuka aykırı davranış olduğu için hekimin ister kasti ister ihmali eylemi sonucu zarar meydana geldiğinde bu aynı zamanda *haksız fiil* teşkil edecektir⁸¹. Dolayısıyla burada haksız fiilden doğan bir sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu husus BK md.49'da düzenlenmektedir.

Hakeri 'ye⁸² göre; *esasen, hekimin meslek kurallarına aykırı her davranışında bir hukuka aykırılık vardır ve arada sözleşme varsa, bu aykırılık sözleşmeye aykırılık; sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu şeklinde kendisini göstermektedir.*

Haksız fiil kanunda; *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür...”* (BK Md.49) şeklinde düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru kusur olması sebebiyle, burada hekimin haksız fiilden sorumluluğunu kabul edebilmek için kusur unsuru aranır.

Hekimin sözleşme kapsamında sağlık hizmeti verirken, dikkatli ve özenli davranması, tıp etik ilkelerine, genel kabul görmüş meslek ahlakı kurallarına göre hareket etmesi gerekmektedir.

Hekimlik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştiren her iki taraf içinde rızai olarak kabul edilen sözleşmedir⁸³. Sözleşmenin konusu insan sağlığı ve insan bedenini kapsadığı için sadece sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler değil aynı zamanda genel kabul görmüş tıp bilimi verileri ve o anki kanun, yönetmelik vs. mevzuatlara da büyük ölçüde aykırılık teşkil etmemelidir. Sözleşmenin konusunun kişinin temel hakkı kabul edilen yaşama hakkı olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu sözleşme şekil itibari ile kanunda geçen sözleşmelere benziyor ise de çok daha ağır sorumlulukları kapsadığı açıktır.

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme kapsamında hekim, hastanın beden ve zihin sağlığının lehine ve iradesi kapsamında uygun olacak bir müdahale gerçekleştirmelidir. Fakat bilinen bir gerçekte vardır ki her hekim sözleşme

⁸¹ Hakeri, *a.g.e.*, s.325, 326; Türkmen; *a.g.e.*, s.49; Sarıtaş, *a.g.e.*, s.39.

⁸² Hakeri, *a.g.e.*, s.326.

⁸³ Hayrunnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara, 2004, s.81.

kapsamında hastasının talep ettiği sonuç garantisini veremeyecektir. Çünkü hayatın olağan akışında nasıl ki başımıza gelen bir kazayı çoğunlukla önleyemiyorsak, o halde her şeyin garantisi olmadığına da bilinen bir gerçek olduğunu kabul etmeliyiz. Kısaca hekimden tam anlamıyla bir garanti beklememek gerektiği bilinmelidir⁸⁴.

Dolayısıyla hekim elindeki mevcut imkân ve mesleki bilgileri, tecrübeleri doğrultusunda sağlık hizmeti vermeye çalışır. Her ne kadar sözleşmede ücretin varlığı zorunlu olmasa da⁸⁵ işin doğası gereği hekim yaptığı işten ücret alımına hak kazanacaktır.

Hekim ile hasta arasındaki hukuksal niteliğin ürünü olan sözleşmelerde asıl olan bağımsızlıktır ve taraflar arasında güven unsuru mevcut olmalıdır. Taraflar güvenin sarsılması noktasında istedikleri zaman sözleşmeden dönebilir veya sona erdirebilir.

Vekâletsiz iş görme, kanunun 526. maddesi ve devamında düzenlenmiş olup, vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören ancak işin sahibinin karşılaştığı veya karşılaşacağı zararı gidermek üzere gerçekleştirmiş ise sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilebilir⁸⁶. Bu noktada hekimin zaruret hallerinde veya daha önceden planlanmış bir tıbbi müdahalenin yapılması durumunda bu müdahalenin dışına çıkmak zorunda kaldığı durumlarda hasta ile aralarında vekâletsiz iş görmeden bir hukuki ilişki doğabilir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3.maddesi ve TCK 98. maddesinde düzenlendiği üzere eğer hekim hastaya müdahalede bulunmaz ise sorumluluğu doğacaktır⁸⁷. Kanun burada yaşam hakkına öncelik tanımakta⁸⁸ ve hekimin

⁸⁴ Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü 13. maddesinin ilk fıkrasında “*Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.*” ve Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı 12. Madde; “*Tıbbî hizmetlerle ilgili olarak, hasta ile tıp biliminin sınırları haricinde sözlü veya yazılı olarak tıbbî anlaşmalara yapılamaz, güvenceler verilemez.*” denilerek tıbbi hizmetlerin niteliği gereği, tıp biliminin sınırları haricinde hasta ile anlaşmalar yapılması ve bir takım güvenceler verilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir.

⁸⁵ Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak vekâlet ilişkisinden doğan sözleşmelerde, sözleşmenin ücretsiz de yapılabileceği belirtilmektedir; İpekyüz, *a.g.e.*, s.47.

⁸⁶ BK md.526; “*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*”

⁸⁷ TDN Madde 3; “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.*”; TCK Madde 98; “*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*”

unsurlarını taşıdığı dâhilde vekâletsiz iş görmeden sorumluluğuna gidilmemektedir. Çünkü hekimin tedavi sonucunun rizikosu ancak kusuru halinde yüklenir⁸⁹.

Müdahalenin genişletilmesi hususunda da müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmemesi için; bu genişletilen müdahale kapsamındaki risklerin, en başta gerçekleştirilmesi planlanan risk oranından fazla olmaması, o esnada hastanın rızasının alınmasının da mümkün olmaması ve gecikme dahilinde hastanın sağlığının riske girmesi veya genişletme ile ölüm tehlikesi söz konusu olmadığı ve hayati nitelikteki organların alınmadığı müddetçe cezai sorumluluğu olmayacağı kabul edilmektedir⁹⁰. Böylece hekim başta aldığı rıza ile vekâletsiz iş görme kapsamında müdahaleyi genişleterek sağlık hizmeti vermektedir.

Fakat Yargıtay bu konu ile ilgili bir kararında; “*Sanığın, ... Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesinde uzman doktor olarak görev yaptığı, katılanın ise doğum yapmak üzere hastaneye müracaat ettiği ve sanık tarafından gerekli kontrol ve muayenesinin yapılmasına mütakip katılanın sezeryan ile doğuma alındığı, katılanın doğuştan tek böbrekli olması ve böbreğininde normalde olması gereken yerden farklı bir yerde olması sebebiyle sezeryan sırasında sanığın böbreğin rahime yapışık bir kist olduğunu, batin içi açıldığından hastanın ikinci kez ameliyat olmaması için kist olduğunu düşündüğü kitleyi ameliyat sırasında keserek aldığı, operasyondan sonrasında kesilen kısmın böbrek olduğunun fark edildiği olay nedeni ile düzenlenen Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nin 30.01.2012 tarihli raporunda; “mevcut tıbbi belgelere göre sezeryan amacı ile girilen ameliyatta, ameliyat sırasında tespit edilen başka bir anormalliğin değerlendirilmesi yapılmadan, ne olduğu bilinmeden cerrahi olarak tedavi yoluna girildiği, acil olmayan cerrahi müdahaleler öncesinde, hastanın muayene, laboratuvar ve görüntüleme yöntemleri ile değerlendirilmesi, ön veya kesin tanısı konulması sonra cerrahi müdahale yapılması gerektiğinden hekimin uygulamasının tıp kurallarına uygun olmadığı” gerekçesi ile sanığa kusur izafe edildiği anlaşılmakla,” belirtmiştir. Buna göre; hekimin acil olmayan bir müdahale bakımından hastanın ameliyat öncesi muayene ve tetkikinin yapılmaması, kesin teşhisin getirilmemesi sebebiyle hekimin*

⁸⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği Md. 5/a “*Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur.*”

⁸⁹ Hancı, a.g.e., s.148.

⁹⁰ Sarıtaş, a.g.e., s.46; Ayan, a.g.e., s.61; Şenocak, a.g.e., s.105.

tıp kurallarına uygun hareket etmediğine ve cezai sorumluluğu olduğuna karar vermiştir. Ayrıca somut olayda böbrek gibi hayati fonksiyona sahip bir organın kesin teşhis ve tetkikler yapılmadan kist olarak algılanıp hekim tarafından bir parçasının alınması neticesinin oluşması ile artık hekimin ceza hukuku bakımından sorumlu olacağı açıktır.

4. TIP HUKUKUNDA AYDINLATILMIŞ ONAM KAVRAMI VE ÖNEMİ

Hasta-hekim arası ilişkilerde, tanı ve tedavi aşamalarında doğru bir şekilde sağlığa dair iletişim sağlamak için hastanın aydınlatılması ve rızası kavramları bu iletişim açısından temel esas olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Aydınlatılmış onam ya da rıza kelimesi, öğretilerde sıkça kullanılmaktadır. Her ne kadar kanunlarda *rıza* ya da *açık rıza* yer alsada ikisinin de kullanılmasında bir sakınca yoktur. İfade etmek istediği anlamı taşımaktadır. Aydınlatmayı yapacak kişi kural olarak hekimdir. Hekim bu edimi bir başka hekime de bırakabilir. Birden fazla hekim söz konusu ise uzmanlık alanları kapsamında yükümlüdürler. Hemşire, ebe vs. gibi başka sağlık personellerine bu yükümlülük devredilemez⁹².

Aydınlatılmış onam kapsamında hastaların ihtiyacı olan sadece tıbbi müdahale ile ilgili teknik bilgiler değil aynı zamanda müdahaleyi yapacak doktor hakkında da bazı teknik bilgilerin verilmesi, hastaların bu sağlık hizmetini görüp görmemesi konusunda karar vermesinde yardımcı etkindir. Böylece hasta, tıbbi müdahaleyi yapacak doktorun ellerinden sağlık hizmetini görüp görmeyeceğine karar verebilir⁹³.

Ameliyat gibi tıbbi müdahaleler söz konusu ise hastaların, ameliyatın aşamalarıyla ilgili yalnızca performansı etkileyen materyal olguları⁹⁴ değil, aynı

⁹¹ Sunay Akyıldız, Faik Çelik, Hakan Hakeri, Pervin Somer, Tıp Hukuku Atölyesi I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.9.

⁹² Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.31.

⁹³ Alan Meisel, *Patient's Rights In The US: A New Vision Of Informed Consent*, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.433.

⁹⁴ Maddi Gerçek (Material fact): Maddi gerçekleri veya önemli durumları önemsiz durumlardan ayırt etmeyi sağlayan, makul düzeyde farklı bir karara neden olacak gerçekler, bilgilerdir. Şöyle düşünülebilir; eğer konuyla ilgili doğru maddi gerçekler mevcut ise o işi yapmaya karar veren kişi aslında durumu riske atmayıp o işi yapmak istemezdi şeklinde kararını etkileyebilecek bilgiler söz

zamanda ameliyatı gerçekleştirecek hekim ile ilgili materyal olguları bilmeye ihtiyaçları vardır⁹⁵. Bu durum hastalara bu ameliyatı olmak konusunda ya da bu ameliyatı bu hekim tarafından gerçekleştirilmesini isteyip istemediği konusunda karar vermesine yardımcı olur. Hasta, elbette tedavinin kendisini ve tedaviyi yapacak kişiyi bilmek ister.

Hastaya yalnızca tıbbi müdahale hakkında değil, müdahalenin muhtemel ve nadir riskleri hakkında da bilgilendirme yapılmalıdır⁹⁶. Hekim gerçekleştireceği tıbbi müdahale konusunda hastayı tam olarak bilgilendirmelidir⁹⁷.

Hekim ile hasta arasında oluşan sözleşme gereği hekime düşen edimlerden ve tıp hukuku açısından da önem teşkil eden bir husus olarak kabul edilir aydınlatma yükümlülüğü ve tıbbi müdahalelerin özelliklerine göre farklılık gösterebilir. Teşhis nitelikli tıbbi müdahalelerde hastayı aydınlatma, *teşhis aydınlatması* şeklinde olacaktır. Buna göre hekim, hastayı muayene sonunda elde ettiği bulguları ve bu

konusudur. Önemsiz ve değersiz bilgileri asıl bilmek istediği, bilmesi gereken bilgilerden ayırt etmesini sağlayan bilgilerdir. <http://www.lectlaw.com/def2/m021.htm> (Erişim tarihi 12.01.2017)

⁹⁵ Meisel, a.g.m., s.444.

⁹⁶ Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.15.

⁹⁷ “...Davacının yüzündeki kırışıklıkları gidermek için davalı klinik ve doktora başvurduğu, davalı doktorun davacının yüzüne fiil-new adlı dolgu malzemesi enjekte ettiği, sonuçta davacının yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluştuğu, taraflar arasında ihtilaflı değildir. Çözümlemesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Dosya içinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 günlü Adli Tıp raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 günlü 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 aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu durumda tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı biçimde hükmün tesis edilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.” **Yarg. 13.HD.18.09.2008, 4519/10750**, (Akt. Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s. 20-21.)

bulgularla vardığı sağlık sorununun ne tip bir sağlık sorunu olduğuna dair kanaatlerini hastaya açıklar. Teşhis eylemini takip edecek eylem tedavi sürecidir. Hekim hasta ile ilgili tespit ettiği sağlık sıkıntısının tedavisinde izlenecek süreci, olabilecek gelişmeleri ve bunların yaratacağı sonuçları *süreç aydınlatması* edimi ile açıklar. Böylece hastaya yapacağı tıbbi müdahale amacıyla rızasını temin etmek için bir adım atar. Tedavi süreci ile ilgili müdahalenin türü, yöntemi ve olası risklerini kapsayan ve çok önemli bir aşama olan *risk aydınlatması* hastanın gerçek anlamda rızasının varlığına veya yokluğuna dair kesinliği oluşturan aşamadır. Böylece bu aydınlatma edimlerini yerine getiren hekim kendisine düşen aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmiş kabul edilir⁹⁸.

Aydınlatılmış onama dair en ayrıntılı düzenleme Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26.maddede yer almaktadır. Buna göre; *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. 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.”*

Aydınlatma kapsamında özellikle; tıbbi müdahalenin ne olduğu, müdahale kapsamında yapılacak ameliyat vs. riskleri, bu ameliyatın özellikleri ve kapsamı, müdahalenin kesin ve olası sonuçları, müdahalenin ağır ve kalıcı ya da hafif ve geçici olumsuz etkileri, başarı yüzdesi, hekim tarafından verilen ilaçların olası aksi etkileri, alternatif tedavi seçenekleri, tedavinin reddedilmesi halinde oluşabilecek sonuçları bulundurulmalıdır.

⁹⁸ Demir, a.g.m., s.240.

Hekim ile hasta arasındaki aydınlatma edimi kesin kurallarla değil, hastanın sağlık durumu ve tedaviye olan yaklaşımının göz önünde bulundurularak daha ziyade bu ilişkinin durumuna göre hastaya yönelik şekilde belirlenmelidir. Fakat bunu yaparken tıp hukuku mevzuatında düzenlenen özel kurallara da⁹⁹ uyulması gerektiği unutulmamalıdır¹⁰⁰. Çünkü usulüne uygun şekilde alınan rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisini oluşturmaktadır.

Yargıtay bu konudaki bir kararında¹⁰¹; “*soruşturma aşamasında alınan 4.11.2011 tarihli basit medial faset dekompresyonu yeterli iken gerçekleştirilen total laminektomi+ileri derecede fasetlerin çıkarılması+transpediküler vidalama ameliyatının gereksiz ve sanığın kusurlu olduğunu bildiren bilirkişi heyet raporunda, hastanın komplikasyon riski daha düşük daha az invaziv alternatif cerrahi tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirildiğine/aydınlatıldığına dair herhangi bir tıbbi kayda rastlanmadığını, katılan tarafından imzalanan 27.12.2008 tarihli onam belgesi içerdiğinde de bu yönde herhangi bir bilgi bulunmadığını mütalaa etmesi, katılan ve tanık M.A.’un sanığın ameliyat olunmadığı halde felç olma durumundan bahsettiğine dair ifadeleri ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, katılanı gerçekleştirdiği ameliyatın risk ve sonuçları konusunda yeterli şekilde bilgilendirmediği, dolayısıyla sanığın aldığı rızanın geçerli olmadığı, zira rızanın ancak tıbbi uygun teşhis ve tedavi uygulanması şartıyla eylemi hukuka uygun hale getireceği, somut olayda ise sanığın teşhis ve uyguladığı tedavinin tıbbi uygun olmadığına 4.11.2011 tarihli bilirkişi heyet raporuyla Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’nun 18.02.2013 tarihli raporunda açıkça ortaya konulduğu anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” şeklinde belirterek yapılacak tıbbi müdahalenin hastanın mevcut sağlığına yönelik şekilde belirlenmesi (tıbbi endikasyon var mı, yok mu vs.) gerektiği anlaşılmaktadır.*

⁹⁹ 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun md.7; “Organ ve doku alacak hekimler: **a)** Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; **b)** Organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak...”; Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md.14; “...Tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur... ”.

¹⁰⁰ Hasan Seçkin Ozanoğlu, *Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, AÜHFD, C.52, Sayı:3, Ankara, 2003, s.55 vd.

¹⁰¹ Bkz. www.kazanci.com

Dolayısıyla geçerli rızanın ancak hastanın kendi kararının önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması ile kabul edileceği anlaşılmaktadır. Hastaya, daha az girişimsel bir yöntem uygulanabilecekken ameliyat yapılması ve tedavi alternatifi olduğunu-hastanın rızası alınırken-kendisine belirtilmemesi, hastanın yaralanması ile neticelenen olayda hekimin taksirli sorumluluğuna gidilir. Çünkü somut olayda söz konusu cerrahi yöntem ile yapılan tıbbi müdahaleler, hastanın şahsiyet haklarının kapsamına giren yaşamı, fiziksel sağlığı gibi vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelerdir ve rıza ancak tıba uygun teşhis ve tedavi uygulanması şartıyla geçerli kabul edilir.

Doğal afet, savaş anı, toplu kazalar, koma hali gibi bazı ivedi hallerde aydınlatma borcu tamamen ortadan kalkabilir¹⁰². Bunlar genelde istisnai olan durumlardır. Koma da olan bir hastanın acil servise getirildiğinde doğal olarak bilincinin kapalı olması ve hastayı kurtarabilmek için hekimin aydınlatma gibi bir imkânının olmaması ve müdahalenin derhal yapılması gerektiği bu duruma örnektir¹⁰³. Doğumun sürecinin artık başlamış ve alternatif müdahale yönteminin seçilemeyeceği böyle bir acil durumda hekimin artık bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda kalmadan hastaya müdahalesini yapması da bu duruma örnek olarak düşünülebilir.

Aydınlatma ediminin yapılacağı hasta temyiz kudretine sahip, rüşt sahibi bir birey ise hekim ona karşı, aksi durumda ise hastanın kanuni temsilcilerini muhatap alarak bu edimi yerine getirir¹⁰⁴. Dolayısıyla ayırtım gücünde sakatlık söz konusu

¹⁰² Hancı, a.g.e., s.74.

¹⁰³ Demir, a.g.e., s.241.

¹⁰⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği Md.24; “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 temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır...”, Biyotıp md.6/2; “...2. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve uygunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak gözününe alınacaktır.

3. 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...” , TŞSTİHK Md.70; “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her

olan hastalara yapılan aydınlatma yükümü hukuken geçerli kabul edilmez. Ayırtım gücünde sakatlığa örnek olarak ise akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk, koma hali, yüksek ateş, zehirlenmek vb. gösterilebilir¹⁰⁵.

Aydınlatma işlemi herhangi bir şekil zorunluluğuna bağlanmamakla birlikte esas olan sözel aydınlatmadır. Yazılı aydınlatma zorunluluğu ise kanunda yazılı hallerde mevcuttur¹⁰⁶. Bununla birlikte her ne kadar sözlü olarak aydınlatma edimi yeterli şekilde yerine getirilmişse de ileriye yönelik uyuşmazlıklar açısından yazılı onamın ispat gücü çok daha yüksektir. Onam sözlü yapıldıysa, yazıya geçirilmeli ve yazılı yapıldıysa da hasta bakımında son derece anlaşılır ve eksiksiz olmalıdır.

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olduğunda genel itibariyle ispat yükü hekimedir. Hekimin hastayı aydınlatmayarak aldığı rıza ise geçersizdir. Böylece yapılan işlemler, rızasız ve hukuka aykırı olur. Dolayısıyla yapılabilecek bir şeyi yapmadığı için ispat yükü hekime düşmektedir.

Yazılı şekil şartı büyük kapsamlı ameliyatlara için zorunlu olsa da hekimin sorumluluğunun mevcudiyeti açısından yapılan her türlü tıbbi müdahale için yazılı aydınlatılmış onam alınmayı ispat açısından kuvvetlendiricidir¹⁰⁷.

Yargıtay nadiren de olsa meydana gelebilecek risklerin hastaya bildirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir Ancak ölüm gibi kritik neticeler söz konusu değil ise uzak veya az rastlanır riskler bakımından aydınlatma yükümlülüğünün

nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemede muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunda yazılı olan idarî para cezaları mahallî mülkî amir tarafından verilir.”

¹⁰⁵ Hancı, a.g.e., s.89.

¹⁰⁶ TŞSTİDK md.70; “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemede muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır...*”, 16655 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun md.6; “*Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.*”

¹⁰⁷ Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.24.

bulunmadığı karşılaştırılmalı hukukta kabul edilmektedir¹⁰⁸. Fakat bunun aksi durumlar ile de karşılaşılabilmektedir¹⁰⁹.

Aydınlatma ediminin yeterli ve sağlıklı bir şekilde yapılmasını hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesi izler. Hasta rıza vermez ise zaten artık o tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu hali ortadan kalkar. Önemli olan burada hastanın rızayı özgür iradesi ile açıklayabiliyor olmasıdır. Tıbbi müdahale artık hem hukuka aykırılık teşkil edecek (*haksız fiil*) hem de hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borca aykırılık oluşturacaktır (*kötü ifa hali*). Bu da hekimin hukuki bakımdan sorumluluğunu doğuracaktır¹¹⁰.

Hastanın sağlık açısından kendi geleceğini bizzat belirleme ilkesi tıp dünyası açısından kabul edilen bir husustur. Dolayısıyla hasta kendisine yapılacağı söylenen tıbbi müdahaleye bu temel ilkedeki güç alarak izin verecek, rıza gösterecektir. Hekim de müdahalesini, hastanın rızası hilafına gerçekleştiremeyeceği için, bu temel ilke önemlidir. Çünkü aydınlatma borcunun gereği gibi ifa edilmediğinin ispat külfeti hastada olacaktır¹¹¹. Hastanın rızasının aranması, kişinin kişiliğine ve özgürlüğüne duyulan saygının doğal bir sonucudur. Bu yüzden hastaya tedavi sürecini kendi geleceği açısından bizzat belirlemesine izin verilmesi gelmektedir¹¹².

Acil hallerde ya da belirli koşullarda varsayılan rızadan bahsedilebilir. Şu demek ki, fiilin icrasından önce ilgisinden rızanın alınmasının maddi imkânsızlık

¹⁰⁸ Hakeri, *a.g.e.*, s.201.

¹⁰⁹ Her ne kadar verilen örnek yabancı mahkeme kararına ilişkin olsa da konuyu açıklaması bakımından örnek verilebilir; 4 çocuklu bir çiftin daha büyük bir eve çıkma isteği neticesinde kadın yüksek konut kredilerini ödeyebilmek için eski işine döner. Çift daha fazla çocuk istemediğinden erkek hastanede vazektomi ameliyatı (uygulandıktan sonra erkek artık gebe bırakamaz) olmuştur. Bir sene sonra kadının hamile kalması neticesiyle çift çocuğu büyütme kararı alır. Fakat hastaneden de tazminat talep etmektedirler. Burada belki tıbbi hata (malpraktis) belki de bir umulmayan hal (doğal sonuç, önlenemez risk) olmuş olabilir. Yine de bu durumda hastane yanlış ve eksik aydınlatma gerçekleştirdiği için sorumlu tutulacaktır. Çünkü çift yeni doğacak bebek ile birlikte masraf bakımından sıkıntıya girecektir. Dolayısıyla hekim burada bu riskin oluşabileceğine, ihtimal dâhilinde olduğunu en azından sadece bir değinme şeklinde de gerçekleştirebilirdi. Ewoud Hondius, *Comparative Medical Liability in Europe*, Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen, 2001, [185-194], s.189. Şunu da belirtmek gerekir ki; bu vaka bütünüyle bir tıbbi hata ya da komplikasyon olarak değerlendirilebilirse de somut olayda ceza sorumluluğunu gerektirecek bir suç oluşmamıştır. Burada tıbbi müdahalede bulunulan kişinin sağlığında herhangi bir olumsuz gelişme söz konusu değildir. Sadece yapılan tıbbi müdahale (ameliyat) amacına ulaşmamıştır. Dolayısıyla cezai olmasa da tazminat sorumluluğu doğabilir.

¹¹⁰ Demir, *a.g.e.*, s.242.

¹¹¹ Fakat gerektiği gibi ifa edildiğinin ispatı da hekimdedir.

¹¹² Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s.124.

nedeniyle mümkün olmadığı ancak failin, ilgilinin rıza göstereceğini düşünerek fiili gerçekleştirdiği durumlarda varsayılan rızadan bahsedildiği kabul edilmektedir¹¹³. Çünkü hastanın kendisi üzerinde tıbbi müdahaleler yapılmasına vereceği rıza aslında hayat ve vücut tamlığının ihlal edilmesini değil, bunların korunmasını hatta iyileştirilmesini konu edinir¹¹⁴.

Hastanın rızasının geçerli olabilmesi ancak kendisine yönelik yapılacak tıbbi müdahaleyle ilgili kesin bilgilere sahip olması ile mümkündür ki zaten ancak o zaman bu müdahalenin tehlikesini, risklerini göz önünde bulundurabilir. Hekimin, hastanın kültürel, toplumsal ve psikik durumunu¹¹⁵ dikkate alarak hasta tarafından anlaşılacak ölçüde teknik bilgiler verdiği takdirde kabul edilebilir bir rızadan söz edilir.

Onam gerektirmeyen haller şöyledir;

- a) Rutin muayeneler, risk taşımayan tedaviler (varsayılan rıza)
- b) Acil olgular veli/vasi rızası
- c) Daha büyük zararın önlenmesi amacıyla yapılan cerrahi müdahaleler
- d) Uyuşturucu madde kullanımı
- e) Bulaşıcı hastalıklar (Hükümet emirleri)¹¹⁶
- f) Gıda zehirlenmesi
- g) Kamu sağlığı bakımından zorunlu tedaviler¹¹⁷

Rıza aranmadığı hallerde tıbbın gerektirdiği acil işlemler yapılarak hastanın iyileştirilmesi yoluna gidilir ve hastanın bilinci yerine geldiğinde hastaya yapılan müdahaleler ve işlemler gerekçeleriyle hastaya bildirilir¹¹⁸.

¹¹³ Keyman, *a.g.m.*, s.72.

¹¹⁴ Keyman, *a.g.m.*, s.69.

¹¹⁵ Keyman, *a.g.m.*, s.69; Bayraktar, *a.g.e.*, s.125, 126.

¹¹⁶ 7402 Sayılı Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun md.7/1; “Herkes, teşkilat tarafından mahallinde yapılacak umumi veya kısmi muayenelere icabet etmeye ve hastalığın teşhisi veya kütlenin sıtma paraziti endeksinin tayini maksadiyle yapılacak bakteriyolojik muayeneler için her talep vukuunda kan alınmasına ve ilaçların tatbikına müsaade etmeye mecburdur.”

¹¹⁷ Örn. Kuduz, verem vs.

¹¹⁸ Harun Tuğcu, *Acil Olgularda Hekim Sorumluluğu*, Klinik Gelişim Dergisi, Adli Tıp Özel Sayısı, İstanbul, 2009 s.85.

Bireyin ailesine ve topluma karşı olan görevlerini yerine getirmesini imkânsızlaştıran veya önemli derecede azaltan hallerde, hastanın rızasının aranmasına ise gerek olmaz. Bireyin toplumsal anlamda değerinin ve faydalılığının azalması durumlarında bireysel olarak rızanın bir önemi kalmayacaktır¹¹⁹. Hastanın hayat ve vücut tamlığına yönelik ağır ve kesin bir tehlike söz konusu ise burada zaruret hali var demektir. Zaruret halinde de hastanın rızası aranmaz¹²⁰.

Kişinin açıkladığı rızanın hukuka uygun kabul edilmesi üç basamak olarak değerlendirilebilir. İlk olarak kişinin vereceği rızaya ehliyeti mevcut olmalıdır. Ehliyeti olmayan kişinin rızasının geçerli olması söz konusu olamayacaktır. İkinci olarak rızanın hukuka uygun ve özgür şekilde açıklanması, kısaca rızanın varlığı aranacaktır. Son olarak da bu rızanın bir konusunun mevcut olması ve kanunen korunur nitelikte olması gerekmektedir¹²¹.

Risk taşımayan tıbbi müdahalelerde hastanın hekime başvurmasıyla yapılacak işlemler bakımından (hastanın rutin muayeneye gelmesi gibi) zımnen rıza söz konusudur. Fakat risk ve sağlık açısından tehlike niteliği taşıyan müdahaleler için ise açık rıza aranır. Bunun içinde hastanın bu risk ve tehlikeler konusunda yeterince bilgilendirilmiş olması aranır. Yeterli ve sağlıklı düşünme olanağı bırakmadan yapılmış bir aydınlatma hukuken geçerli görülmez.

Tıbbi müdahale yapabilmek için, hasta kişinin yerine başkalarından rıza alınması gereken hallerde rıza verilmiyor ve hastanın hayatı tehlike altında ise burada kötüniyete dayalı bir rızasızlık söz konusu olacaktır. Çünkü bir insanın yaşam hakkı diğer bütün haklardan önce gelir.

Hekimin böyle durumlarda yapabileceği ve hatta yapması beklenen sınırlı işlemler vardır. Bu durumda ya adli makamlara durumu bildirerek izin isteyecek ya da hastanın sağlık durumu zaman açısından da büyük risk taşıyor ise artık hekime müdahale hakkı tanındığından hastayı iyileştirmek için müdahale eylemini gerçekleştirecektir¹²². Hastanın kanuni temsilcisinin yokluğu, hastanın rıza

¹¹⁹ MK md. 24/2; “*daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar...*”

¹²⁰ Keyman, *a.g.m.*, s.71-74.

¹²¹ Kanbur, *a.g.m.*, s.46.

¹²² Hancı, *a.g.e.*, s.91.

verebilecek ehliyetle olmaması ve müdahalenin acilen yapılması gerektiği durumlarda rızanın varlığı aranmayacaktır. Mesela salgın hastalığın mevcut olduğu durumlarda aşılama yapılmasında da rızanın varlığı kabul edilecek ya da aranmayacaktır¹²³. Çünkü buradaki amaç iyileştirmektir ve bunu yaparken de toplumun yararı söz konusudur. Dolayısıyla burada toplumun yararı kişinin rızasından daha ağır basmaktadır.

Hastanın vereceği rızanın geçerliliği ancak rızayı verirken baskı, hile, tehdit veya ölümlle korkutma gibi durumlar söz konusu olmadığı müddetçe geçerli olur. Aksi takdirde rızanın geçerliliği kabul edilmez. Çünkü irade beyanının sağlıklı olması aranır¹²⁴. İrade beyanında sakatlık söz konusu ise rızanın geçerliliği hükümsüz kabul edilecektir.

Aydınlatma işlemi hastanın sağlıklı karar verebileceği ölçüde yapılmalıdır. Çok karmaşık, teknik tıbbi terimleri içerecek şekilde ve uzun olmamalıdır. Söz konusu hususları içeren onam formları genel itibariyle yeterlidir. Fakat hastanın durumu da dikkate alınmalı ve gerekirse ilave olarak sözlü açıklamalar da yapılmalıdır¹²⁵.

Tıbbi müdahale girişimin aciliyeti arttıkça aydınlatmanın kapsamı da daralır¹²⁶. Çünkü hastanın sağlığı açısından riskli bir durum söz konusu ise, aydınlatmanın en ufak ayrıntısına kadar olması zorunluluğu yoktur. Öncelik her zaman kişinin yaşam hakkındadır. Aynı şekilde zorunlu tıbbi müdahale içermeyen estetik ameliyatlara vs. gibi girişimlerde ise aydınlatmanın en ince ayrıntısına kadar genişletilmesi gerekebilmektedir. Zira, aydınlatma kapsamının daralıp genişlemesi hususu hekim tarafından hastaya göre takdir edilen ve hasta yararına yönelik eylemlerdir.

¹²³ Hancı, *a.g.e.*, s.93.

¹²⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1 (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10.Bası)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.92.

¹²⁵ Sözüer-Yasin-Kurşat, *a.g.m.*, s.1020.

¹²⁶ Hancı, *a.g.e.*, s.76.

Hasta aydınlatma hakkından kendi isteğiyle feragat edebilir¹²⁷. Bu durumda yazılı feragat ya da tanık varlığında ettiğini belirtebilir. Hasta bilgilendirilmek istemiyor ise hekim hasta üzerinde gerçekleştireceği tıbbi müdahale için bir aydınlatma mecburiyeti olmaz¹²⁸.

Hasta, söz konusu tıbbi müdahalenin aşama ve kapsamı ile ilgili konuları daha önceden biliyor olabilir ya da bir başka hekim tarafından bilgilendirilmiş olabilir, bunların dışında kendisi bir sağlık çalışanı da olabilir. **Hancı'ya göre**, bu durum hastanın aydınlatılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaya sebep olarak sıralanmaktadır¹²⁹. Her ne kadar hasta aydınlatma konusuna vakıf olsa da burada hastanın aydınlatılması zorunluluğunun ortadan kalktığı düşünülmemelidir. Hastanın sağlığı tehlikeli bir yola girmediyse ve rıza ehliyetine haiz ise burada sadece konuya vakıf olması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya yeterli olacak bir sebep teşkil etmemelidir. Ancak kendi serbest iradesi ile aydınlatma hakkından feragat edebilir. Bununla birlikte hastadan gelecek talep doğrultusunda çok geniş kapsamda olmayan bir aydınlatılma ile de yetinilebilir. Yine de açıkça sözlü ya da yazılı olarak bu durum hekime bildirilmelidir. Dolayısıyla bu görüşe katılabilmek mümkün değildir.

Aydınlatma edimi tıbbi müdahaleye hasta tarafından rıza verilmesinden önce yapılması gereken bir işlemdir. Böylece hasta müdahaleyi kabul veya reddetmek imkânı bulabilecektir. Acil durumlarda ise ameliyat öncesi veya ameliyat masasında henüz başlamadan yapılabilir.

¹²⁷ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md.27.; *Bilgilendirilmeme Hakkı*-“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.”

¹²⁸ Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.26.

¹²⁹ Hancı, a.g.e., s.77.

İKİNCİ BÖLÜM

TAKSİR KAVRAMI VE TAKSİRDE CEZAI SORUMLULUĞUN UNSURLARI

Kusurluluk ile manevi unsur birbirinden farklı iki olgulardır. Kusur kişinin yaptığı eylemlerden dolayı kınanabilmesi ve bu eylemin oluşturduğu haksızlığın ferdi olarak yüklenebilmesi ile ilgilidir. Bu da kişi bakımından yaptığı eylemle bağlantılı olarak oluşan bir değerlendirme yargısıdır¹³⁰.

Suçun manevi unsuru, işlenen fiil ile fail arasındaki psikolojik bağıdır¹³¹. Bu bağ kurulmadan bir suçun varlığından söz edilemez¹³². Suçun manevi unsurlarını oluşturan başlıklardan birisi de taksirdir. Türk Hukukunda kast ve taksir unsurları bir kusurluluk şekli olduğu kabul edilmektedir¹³³.

Kişinin kusurunun belirlenmesi, gerçekleştirilen eylemin kast ya da taksirle olmasıyla birebir ilgilidir. Burada kusur kavramının dayanağı olan eylemin kasıtlı ya da taksirli olmasında kusur farklı özellikler gösterir¹³⁴.

Suçun manevi unsuru gerçekleşmediğinde, zaten suç oluşturan bir eylem mevcut olmaz. Kusurlulukta ise bütün unsurlarını içeren bir fiil dolayısıyla failin kınanabilme konusundaki değerlendirmesi söz konusudur¹³⁵.

¹³⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.288.

¹³¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.288.

¹³² Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.178; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3.Bası), Ankara, 2008, s.225.

¹³³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.289.

¹³⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.27.

¹³⁵ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.40; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.27.

1. TAKSİR VE MESLEKİ TAKSİR KAVRAMI

1.1.Taksir Kavramı

Taksir kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup, sözlük anlamı “kusur, kısma, kısalma”¹³⁶ olarak geçmektedir. Taksirli suçlar ise “istenerek işlenen bir fiilden, fail tarafından istenmemiş olmalarına rağmen yasanın cezalandırdığı sonuçların ortaya çıkması durumundaki suçlar”¹³⁷ olarak tarif edilmektedir.

Hukuk terminolojisinde taksir kavramı en genel tabiriyle, failin suç tanımına uyan hukuka aykırılık teşkil eden fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi ve hareket sonucu ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş ya da öngörse dahi istenmemiş olmasıdır¹³⁸.

Yargıtay taksirli suçları “...insanı daha basiretli..., başkalarının haklarını daha fazla koruyucu bir şekilde davranmaya zorlayan kuralların ihlali...” şeklinde tanımlamıştır¹³⁹.

Taksirli suçlarda, her ne kadar netice istenmese de neticenin gerçekleşmiş olması kısaca neticenin varlığı aranır. Çünkü taksirli suçlarda teşebbüs, cezai sorumluluk açısından kabul edilmemekte, kast unsuru aranmaktadır. Bazı hallerde de kanun koyucu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı eylemin zararlı neticeyi doğurması zorunluluğunu aramamıştır, sadece bu yükümlülüğe aykırılıktan dolayı da sorumluluk doğacağını kabul etmiştir¹⁴⁰.

Bazen failin taksirli hareketine bir üçüncü şahsın kusurlu eylemi sonucu da zararlı netice meydana gelmiş olabilir. Bu durumda taksirli suçlarda iştirak söz konusu olmadığından (TCK md. 40/1) herkes kendi taksirli eyleminden sorumlu olacaktır (TCK md.22/5). Burada bütün şahıslar sorumluluklarını kendi kusurlu

¹³⁶ *Taksir*, Ejder Yılmaz, s.722.

¹³⁷ Yılmaz, a.g.e., *Taksirli suçlar*, s.722.

¹³⁸ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş (5.Bası)*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.394.

¹³⁹ **Yarg. CGK. 13.12.1993, 221/317.** (Akt. Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.35, dp.113; Taşdemir, Kubilay-Özkepir, Ramazan, *Son Değişiklikleriyle İctihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 1999, s.1068, 1070.)

¹⁴⁰ Örneğin TCK md. 171/1-a’ya göre; yangına neden olan kişi, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından genel güvenliği taksirle tehlikeye sokması halinde failin sorumluluğu söz konusudur. Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.36.

hareketlerinden alır. Mesela birden fazla kişinin gerçekleştirdiği ameliyat, hastanın sağlığında kalıcı bir zarara ya da hastanın ölümüne sebep oldu. Her ne kadar birlikte hareket ederek ameliyatı yapmış olsalar da burada taksirli suça iştirak söz konusu olmadığından ameliyatta her kişi kendi kusuru oranında tespit edilerek sorumlu olur¹⁴¹.

Taksirli suçlarda haksızlık, TCK'nın 22. maddesinde de düzenlendiği üzere dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle meydana gelir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün aranması ferdi ve sosyal bir faaliyeti düzene sokmak için konulmuştur. Bu yükümlülük hukuk düzeninin ya da icra edilen mesleğin gerektirdiği bir takım kurallara uymamadan veya yetkili mercilerce konulmuş emir ve talimatlara uymama dolayısıyla ihlal edilebilir¹⁴². Dikkat ve özne yükümlülüğüne dair sorumluluk bir takım mevzuatlarda da düzenlenmiştir¹⁴³.

Failin işlediği taksirli suç ile, topluluk halinde yaşayan bireylerin yaşam biçiminin getirdiği bir takım tecrübeler ve davranışlara aykırı olacak biçimde özen yükümlülüğünün ihlali yapılmaktadır¹⁴⁴. Öngörülebilirliğin tespiti failin kişisel, eğitim, zeka, görgü ve sosyal yaşantısı ile birebir ilgilidir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu değil ise, faile neticeden dolayı sorumluluk yüklenemez. Fakat varlığı halinde de sorumluluktan kurtulamayacaktır. Öngörebilmenin imkânsız olduğu hallerde taksirli bir suçtan değil, bir kazadan, tesadüften bahsedilir¹⁴⁵.

Taksirli suçlarda diğer tüm suçlarda olduğu gibi, suç hareket ile başlar, ancak taksirli suçlarda hareketin meydana getirdiği sonuç istenmeyen bir sonuçtur. Mesela bir hekimin esas görevi hastalarını iyileştirmek ve acılarını hafifletmek konusunda yardımcı olmak, üzerine düşeni yapmaktır. Görevinin kapsamı bu doğrultudadır. Eğer ki hekim hastanın daha kötü bir hale gelmesine hatta ölmesine sebep olur ise

¹⁴¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.36-37.

¹⁴² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.41, dp.126; (Öner, Hamdi, *Türk Ceza Kanunda Hata ve Taksirli Suçlar*, AD., Y:36, S:8, Ankara, 1945, s.765; Yalkut, Necdet, *Mukayeseli Hukuk Açısından Taksirle Ölüme Sebepiyet Suçu*, AD., Y:57, S:2, Ankara, 1966, s.145.)

¹⁴³ TŞSTİDK, TDN, HHY, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları vs.

¹⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.43.

¹⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.40.

buradaki netice mesleğinin doğası gereği hekim tarafından istenmeyen bir netice olacaktır.

Kişinin taksirle hareket edip etmediğinin tespitinde her olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme özellikle taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin çağdaş iş bölümü, uzmanlaşma ve bilgi standardı, eğitim, yaş, bedensel durumu gibi özelliklerine bakılarak yapılmalıdır. Çünkü taksirli suçu oluşturan temel unsur olarak öngörülebilirlik kabiliyetinin failde mevcut olup olmadığının tespiti yapılacaktır¹⁴⁶. Öyle ki bir başka fail açısından aynı şekilde cereyan eden olayın neticesi öngörülemezdir. Böyle bir durumda da, hakkaniyet gereği taksirli hareketinin cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

1.2. Mesleki Taksir Kavramı

Mesleki taksir; belirli bir mesleğin icrası sırasında, bu mesleği icra dolayısıyla ortaya çıkan dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik veya emir ve nizamlara aykırılığı ifade eder¹⁴⁷.

Mesleki taksir kavramının tanımlanması ve belirli bir mesleğin icrası esnasında meydana getirdiği zararlı netice halinde ceza sorumluluğu bakımından doktrinde çeşitli görüşler oluşmuştur. Mesleki taksirin TCK'da tanımlı genel taksirden farklı olduğunu düşünenler olduğu gibi ağırlıklı görüş mesleki taksirin genel taksirden farklı olmadığı yönündedir¹⁴⁸. Mesleki taksir yalnızca meslek üyelerinin yaptığı taksiri anlatan özel bir kavramdır. Fakat genel taksirdeki ile hukuki esasları aynıdır. Bu sebeple ceza kanununda her meslek için ayrı bir mesleki taksir düzenleme olanağı olmadığı düşünülmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Centel-Zafer-Çakmut, *Ceza*, s.399.

¹⁴⁷ Keyman, *a.g.m.*, s.76.

¹⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Kayaer, *a.g.e.*, 219 vd.

¹⁴⁹ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003, s.246; Kayaer, *a.g.e.*, s.219.

Mesleği icra edenlerin yapmış oldukları hareketlerdeki kusur mevcudiyeti genel ceza kanunlarına göre değerlendirilir. Buradaki esas nokta genel taksirin temel unsuru olan öngörülebilirliğin mesleki taksir bakımından taşıdığı önemdir¹⁵⁰.

Hekimlik kusuru şeklinde bağımsız bir taksir biçimi mevcut düzenlemeler içinde yoktur¹⁵¹. Hekimin hareketini değerlendirirken TCK 85. ve 89. maddeler göz önüne alınacaktır.

Belirli mesleklerin icrası dolayısıyla yapılan her türlü taksirli hareket mesleki taksire sebep olur. Hekimlerin mesleği ifası sırasında meydana gelebilecek zararlı neticeleri önlemek, tıp biliminin kabul ettiği kurallara göre mesleğin icra edilmesini sağlamak gerekliliği aranır. Nitekim bu kurallara uyulmaması, dikkat ve özen gösterilmemesi mesleki taksire yol açar¹⁵².

Cerrahın, cerrahi müdahale esnasında dikkatsizliği ve acemiliği bir mesleki taksir olmakla birlikte buradaki dikkatsizlik ve acemilik hali TCK 85. ve 89. maddeler kapsamında öngörülenden farklı değildir ve değerlendirme yapılırken yine bu hükümlerdeki ölçüler göz önüne alınır¹⁵³.

Mesleğin icrası esnasında gerçekleşen taksirli hareketin cezalandırılma bakımından benzer hataların önlenmesi için emniyet tedbirlerinin uygulanması ve cezai yaptırımın ise yalnız ağır ihmal ve zararlı sonuçlanan hallerde uygulanması gerektiği de kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Hekimin mesleki taksirli eylemlerinden sadece cezai sorumluluk değil aynı zamanda özel hukuk ve disiplin sorumluluğu da söz konusu olur¹⁵⁵.

Mesleki taksirin değerlendirilmesi de o meslek veya sanatın alanındaki uzman bilirkişilere başvurulması ve burada mesleki anlamda dikkat ve özen

¹⁵⁰ Kayaer, *a.g.e.*, s.219.

¹⁵¹ Erman Sahir, *Mesleki İhmalen Doğan Cezai Sorumluluk* (Çev. Donay Süheyl), İUHFM, 1969, s. 953; Bayraktar, *a.g.e.*, s.205-206.

¹⁵² Kayaer, *a.g.e.*, s.220.

¹⁵³ Keyman, *a.g.m.*, s.76-77.

¹⁵⁴ Kayaer, *a.g.e.*, s.221; S. Erman, *a.g.m.*, s.598; Bayraktar, *a.g.e.*, s.225.

¹⁵⁵ Çakmut, *Tıbbi*, s.250.

yükümlülüğünün ihlalinin bu bilirkişiler tarafından tespiti gerekmektedir¹⁵⁶. Bu yükümlülüğün tespitinde dikkate alınacak esaslar; o meslek veya sanat dalında mevcut yazılı kuralların olup olmadığı ve genel meslek deneyimi, mesleğin niteliği gereği uyulması zorunlu kurallar olmalıdır¹⁵⁷.

İzin verilen risk olarak ifade edilen ve hekimi mesleki taksir sorumluluğundan kurtaran durumlar oluşabilir. İzin verilen riskin ön koşulu ise; taksirli hareket etmemek ve meydana gelen zararlı neticeyi mümkün olduğunca önlemek, müdahale ederek risklerini ve zararlarını sınırlandırmaktır. Dolayısıyla taksirli davranan hekim, izin verilen risk kavramından yararlanamaz¹⁵⁸. Fakat tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmış olsa bile sonuçta bir değişim olmamış ise, bundan doktor sorumlu tutulmayacaktır. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda¹⁵⁹; *“Bir meslek veya sanat erbabı, meslek veya sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. Ancak muhakkak olmayan, tartışma konusu olup genellikle kabul olunmayan bilim kurallarına riayetsizlik sorumluluğu gerektiren bir kusur sayılmaz. Doktorlar tarafında yapılan ameliyatlara beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulamaz...”* şeklinde bu durumu belirtmiştir.

Hekim kendisine yüklenen etik ve hukuksal yükümlülükleri yerine getirirken, somut ve objektif açıdan ortalama (makul) hekim tipinin göstereceği standart davranış biçimlerinden sapma noktası, hekimin mesleki kusurunun tespitinde belirleyici ölçüt olmaktadır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Bayraktar, *a.g.e.*, s.207

¹⁵⁷ Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçu*, Ankara, 2006, s.73.

¹⁵⁸ Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, Beta Basımevi, İstanbul, 1998, s.158.

¹⁵⁹ **Yarg. 13.HD., 14.10.1974, 2637/2492.** (Akt. Mine Kaya, *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*, TBB Dergisi, Sayı:100, Ankara, 2012, s.52.)

¹⁶⁰ Demir, *a.g.m.*, 232; Ayan, *a.g.e.*, s.102-103.

2. TAKSİR TÜRLERİ VE KAST-TAKSİR AYRIMI

2.1. Taksir Türleri

Taksirli suçlarda haksızlık, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle meydana gelir (22/2). Taksir kavramı, fail tarafından neticenin tahmin edilmemesi, öngörülmemesi şeklinde olursa burada bilinçsiz (şuursuz) taksir mevcuttur. Fail tarafından öngörülebilir olduğu halde neticenin istenmemesi şeklinde meydana gelen taksir bilinçli(şuurlu) taksir olarak kabul edilir¹⁶¹. Dolayısıyla taksirin türleri genel itibariyle iki başlık altında toplanmaktadır. Bilinçsiz (şuursuz) taksir ve bilinçli (şuurlu) taksir şeklinde olup 5237 sayılı TCK'nın 22.maddesinde düzenlenmiştir.

Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik öngörme kavramında kendini gösterir¹⁶². Buna göre; öngörme sınırları, failin bilgi, tecrübe, beceri, talih vs. etkenleriyle çizilmektedir. Dolayısıyla her olayda failin bu tip etkenleri ayrı ayrı incelenerek taksirli sorumluluğuna gidilmektedir.

2.1.1. Basit (Bilinçsiz) Taksir

Bilinçsiz taksirde fail, özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşebileceği ihtimalini düşünmemektedir. Bilinçsiz taksir TCK md. 22/2'de düzenlenmiştir ve aynı zamanda taksirin normal ve en sık karşılaşılan şekli olarak kabul edilmektedir¹⁶³. Basit taksir olarak da ifade edilen bilinçsiz taksir; *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Fail tarafından meydana gelen zararlı neticenin öngörülmemiş olması bilinçsiz taksiri, bilinçli taksirden ayıran en önemli özelliktir. Dolayısıyla fail, hukuka aykırı sonucu öngörmesi gerekirken öngörememiş, böyle bir neticenin oluşacağını hiç düşünmemiş veya aklına dahi getirmemiştir¹⁶⁴.

¹⁶¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.33.

¹⁶² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.43.

¹⁶³ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.220.

¹⁶⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.349.

Taksirli suçlar arasında failin sonucu öngörebilirliği ölçütü somut olaya ve faile göre değerlendirilemez ise burada failin cezai sorumluluğu açısından objektif ve hakkaniyete uygun bir belirleme yapılamayacaktır. Çünkü her zaman şüpheden sanık yararlanır ilkesi de göz önünde tutulmalıdır. Eğer ki fail açısından hiçbir surette öngörme ve dolayısıyla kusur söz konusu değil ise failin cezalandırılmasına gidilemez.

2.1.2. Bilinçli Taksir

Taksirin bir diğer türü olarak kabul edilen bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın hareketi sonucu zararlı ve tehlikeli neticenin meydana gelmesi ile oluşmaktadır. Burada kişinin neticeyi öngörmesine rağmen hareketine devam ettiği anlaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu bilinçli taksir kavramını ayrıca tanımlamıştır. Buna göre; “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır...*”denilmektedir (TCK md. 22/3). Kısaca neticenin öngörülmesine rağmen harekete devam edildiği durumlarda bilinçli taksir vardır denilebilir. Fail burada her ne kadar hukuka aykırı neticeyi öngörse de neticenin gerçekleşmeyeceğine duyduğu güven ve bunu dayandırdığı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. ile objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Zaten bilinçli taksiri basit taksirden ayıran, taksirli davranışın sonucu kendini öngörme kavramında gösterir. Fail tarafından, davranışın gerçekleştiği zaman ve bu zamandaki şartlara göre neticenin tahmin edilebilmesi olanağı söz konusudur¹⁶⁵.

Burada fail hareketi yaparken sonucun gerçekleşmeyeceğine inanır ve risk alır. Bilinçli taksirdeki mevcut kusurun basit taksire nazaran daha ağır olduğu bir taksir türü olarak da düşünülmektedir¹⁶⁶. Suçun bilinçli taksir ile gerçekleşmesi halinde ceza da artırım nedeni olduğundan cezanın daha ağır olacağı kesindir. Nitekim kanunda da açıkça belirtilmiştir. Buna göre bilinçli taksir halinde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısı oranına kadar fazladır¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.349.

¹⁶⁶ Bahar Demirci, *Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011, s.167.

¹⁶⁷ “... bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.” (TCK md. 22/3)

2.2. Kast-Taksir Ayrımı

Taksir, kasta göre istisnai bir nitelik taşır. Çünkü ceza hukukunun temel kuralı, suçların kasten işlenebileceği esas sorumluluk biçimi olarak kabul edilir¹⁶⁸¹⁶⁹.

Taksirli suçlar, kast ile işlenebilen suçlara nazaran istisnai özellik göstermesi kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.*” (TCK md.22/1). Şöyle ki; kanunda bir suçun taksir ile işlenebileceğine yer verilmiş ise, o suç taksir ile işlenebilmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla kişinin taksirli eyleminin cezalandırılabilmesi yasadaki ilgili düzenlemenin varlığına bağlı olur¹⁷¹.

Taksirli suçlarda da kasti suçlarda olduğu gibi toplumun kurallarına uymak aranmaktadır. Fakat taksirli suçlar, kast ile işlenen suçlara oranla daha az tehlikeli ve daha az önemli olarak kabul edilmektedir. Suçun taksirle işlenmesi, kast ile işlenmesine oranla daha az cezayı gerektirecektir. Çünkü kast unsuru söz konusu olduğunda fail burada topluma zararlı ve tehlikeli eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirirken taksirde ise dikkat ve özen eksikliği söz konusudur. Kast, kanunda yer alan suçların tüm unsurlarına yönelik iken taksirde ise dikkat ve özen eksikliği ile kural ihlali söz konusu olmaktadır. Kısaca taksirde irade sadece harekete yönelik olup oluşacak neticeye yönelik değildir. Çünkü burada failin hareketinin neticeyi gerçekleştireceği düşünülmemektedir¹⁷².

Kasten işlenen suçlardaki amaç hareketin sahibinin isteklerinin gerçekleşmesi yönündedir. Bu sonuç failin isteklerinin egemen olduğu ve yönlendirdiği sonuçtur. Taksirli suçlarda ise, sonucun bu aşamaya gelmesi failin iradesinden kaynaklanmamakta, meydana gelen sonuç yalnızca failin hareketinin talihsiz bir sonucudur. Failin bu kaçınılmayan sonuca sebep olması aslında onun yeterince dikkatini göstermemesinden kaynaklanmaktadır. Dikkat, davranışın sonuçlarını iyi

¹⁶⁸ TCK md. 21/1; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*”

¹⁶⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.323.

¹⁷⁰ Örneğin; *taksirle öldürme* (TCK md. 85), *taksirle yaralama* (TCK md. 89), *taksirli iflâs* (TCK md. 162), *trafik güvenliğinin taksirle tehlikeye sokma* (TCK md. 180) vs.

¹⁷¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.33.

¹⁷² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.34.

anlamak ve bu davranış ile haksız bir sonuca, suça sebebiyet verebileceğini düşünmek yeteneğinden gelir¹⁷³.

Kastı taksirden ayıran en önemli kısımlardan biri kastta hem davranışa hem de sonuca yönelik olması, taksirde ise sadece davranışa yönelik olmasıdır¹⁷⁴. Kast ve taksir arasındaki diğer bir önemli ayırım ise hareketin sahibinin neticeyi isteyip istemediğidir¹⁷⁵. Burada failin neticeyi isteyip istemediğinin tespiti de önem arz eder. Fail neticeye yönelik isteme unsurunu yazılı delillerle ya da sözlü olarak dile getirebileceği gibi davranışları ile de gösterebilir. Bu durumu 1994 yılında Oklahoma’da meydana gelen bir olay ile örneklendirebiliriz;

U.S. v. Wood (29 March 2000)

Özet: “86 yaşındaki hasta ciddi karın ağrısıyla hastaneye başvurur. Hastayı ilk defa muayene eden hekim hastanın 12 parmak bağırsağında karın zarı iltihabına yol açan deliği teşhis edip hastayı ameliyat eder. Müdahaleden sonra hasta 8 gün yoğun bakımda kalır. Viziteye çıkan ve cerrahi şefi olan bir hekim o gün sabah hastanın kan değerleri sonucu kanındaki potasyum seviyesinin düşük çıkması üzerine hastanın kanındaki potasyum seviyesinin artması için hastaya 40 mEq KCl(Potasyum Klorür) verilmesini söyler. Hasta aşırı derecede akciğer sıvı toplanması yaşadığı için kullandığı diüretik ilaçların (vücuttu tutulan fazla sıvıyı uzaklaştırmasına yardımcı olur) potasyum seviyesini arttırma da yan etkisi vardır. Dolayısıyla hemşire ilacı verdikten sonra, hastanın potasyum ilacını absorbe edemediği görülür. Daha sonra hastayı ameliyat eden asıl hekim gelir ve hastada pulmoner ödem (akciğer ödemi) oluştuğunu tespit eder. Hemşireye 40 mEq KCl yapmasını söyler. Hemşire ise, daha önce verilen KCl’in ancak 1 saat içinde emilebileceğini söyler. KCl ilacını hazırlar fakat hastaya enjekte etmeyi reddeder. Çünkü daha hızlı oranda vermenin hasta için çok tehlikeli olabileceğini düşünür. Ayrıca hastane politikasına göre 1 saat içinde en fazla 40 mEq dozda KCl verilebileceğini ve 1 saat geçmeden tekrar verilemeyeceğini hekime hatırlatır. Hekim bunun üzerine şiringayı alarak hastaya kendi enjekte etmeye başlar. Enjekte işlemi

¹⁷³ Demirci, a.g.e., s.52.

¹⁷⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.324.

¹⁷⁵ Cengiz Apaydın, *Taksirle Yaralama Suçu*, Ankara Barosu Dergisi, , Sayı:1, Ankara, 2011, s.224.

esnasında hastanın kalp monitöründeki kalp atış çizgileri düzleşir ve hastanın solunumu durur. Doktor enjektreyi yarıda keserek hastaya 1 ya da 2 defa prekordiyal yumruk uygular. Birkaç dakika sonra da hastanın öldüğünü söyler.

Yaklaşık 4 yıllık bir soruşturma evresinden sonra, 1.dereceden adam öldürme, daha az cezayı gerektiren 2. dereceden adam öldürme ve taksirle adam öldürme suçlarıyla yargılanır. Mahkeme, hekim hakkında 5 ay hapis cezası, 36 ay denetimli serbestlik ve 25.000 \$ tazminata hükmeder. Hekim bu kararı temyiz eder. Temyiz mahkemesi, yerel mahkemenin hekimi makul bir şüphenin ötesinde başka bir sebep olmadan hastayı öldürmek ile suçlamasının hatalı olduğuna karar verir. Yüksek Mahkeme, kamu adına, hekimin hastayı kurtarmak için sarf ettiği hareketlerini göz ardı ederek hastayı öldürmeye doğrudan kastı olduğu ya da önceden tasarlayarak kötüniyetle hareket ettiğine dair kanıtlarının yetersiz olduğunu söyler. Ayrıca aklı başında hiçbir mahkeme jüri üyesinin 2. derece delillerden hekimin tıbbi standarttan son derece pervasızca hareket ederek saptığına dair (İkinci derece cinayet mahkûmiyeti için yeterli olacak şekilde) kaniya varmayacağını belirtir. Bununla birlikte kovuşturma aşamasındaki mevcut deliller çerçevesinde, temyiz mahkemesi hekimin ilaç (KCl) uygulaması bakımından genel kurallara uymada başarısız olduğunu kabul etmek durumunda kalır. Potasyum, yaşam için gerekli ve kalp fonksiyonlarını düzenleyen bir maddedir. Fakat kısa aralıklarla ve yüksek dozda verilmesi öldürücüdür. 40 mEq doz KCl normalde 1 saat için uygundur. Ayrıca 1 dakikada 1 mEq KCl verilmesi hızı acil durumlar için uygundur. Hekim ise her 30 saniyede 20 mEq KCl verilmesi acil durumlarda olması gerekenden 60-180 kat arası daha hızlı vermiştir. Buna rağmen, mahkeme “iyiniyetli ancak uygun olmayan tıbbi müdahale” tek başına öldürmenin kasıtlı olduğu konusunda çıkarımda bulundurmayaacağını ifade eder. Dahası, mahkeme kamu ve duruşma hâkimini hekimin hastayı açıkça yaşama döndürme çabasını göz ardı etmesi hususunda şiddetle eleştirir”¹⁷⁶. Bu olay bakımından hekimin hastada akciğer ödeminin oluştuğunu tespit ettikten sonra, hastayı iyileştirmek için ilaca başvurması, hastanın kalbinin durması ile yaşama döndürmek için bir takım müdahalelerde

¹⁷⁶ Alessia T. Bell, *Criminal Law/Medical Malpractice: Court Strikes Down Murder Conviction of Physician Where Inappropriate Care Led to Patient's Death*, The Journal of Law, Medicine&Ethics, Volume 28:2, 2000, s.194-195.

bulunması, hekimlik mesleğinin niteliği bakımından da kasten öldürme ya da ölüm neticesini istemiş olma tespitini yapmaya engel olduğu görülmektedir.

Kast unsuru, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesini ifade eder. Fail dış dünyada algıladığı şeylerin mahiyetini bilecektir. Fail hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini bilmelidir. Ayrıca neticeyi de elde etmek isteyecektir dolayısıyla bu netice failin bir hedefidir¹⁷⁷.

Kast-taksir ayrımı bakımından olası kast ve bilinçli taksir türünün sınırlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir. TCK'nın 21/2'sinde olası kastın tanımı mevcuttur. Buna göre; TCK md.21/2; "*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. Olası kastın haksızlık unsuru doğrudan kasta kıyasla daha azdır. Çünkü olası kastta fail hareketinin meydana getirdiği tehlikeli neticeyi öngörmesine rağmen neticenin meydana gelmesi için bir gayret göstermemekle birlikte bu neticeden emin değildir. Dolayısıyla madde de düzenlediği gibi olası kast durumunda ceza da indirim söz konusu olabilir¹⁷⁸.

Fail (Hekim) doğrudan kast ile hareket edebileceği gibi olası kast¹⁷⁹ ile de hareketini gerçekleştirebilir. Mesela bulaşıcı hastalığa yakalanan kişiye gereken tedaviyi göstermemesi, tedavinin yetersiz kalması sonucu hastanın ölmesi ve diğer hastalardan uzakta tutması gerekirken başka hastalara bulaşması ve onların ölmesine sebep olması sonucu hekimin olası kast ile hareket ettiği söylenebilir¹⁸⁰. Çünkü burada hekim hastalığın bulaşıcı olduğunu ve diğer hastalara da bulaşabilme ihtimalinin olduğunu bilmektedir.

¹⁷⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.28-30.

¹⁷⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.32.

¹⁷⁹ Örneğin; hekim diyabet hastası bir kişiye koroner anjiyo yapıyor. Hastanın sağlık durumu enfeksiyona çok eğilimlidir. Müdahaleden sonra hastanın bacağı morarmalar ve kangren etkisi gösterecek şekilde damar problemleri meydana geliyor ve hastane enfeksiyonu kapılmasıyla netice hastanın ölümü ile sonuçlanıyor. Hekim her ne kadar hastanın hastane enfeksiyonu kapmasını istemese de enfeksiyon kapıldığında tesirli ya da yeterli ilaçlar verilmesi gibi gerekli önlemleri almayarak neticenin önlenmesinde geç veya yetersiz kalınıyor. Dolayısıyla meydana gelen sonuçlar açısından olası kastından sorumluluğu gündeme gelir. Hekim böyle bir neticenin gerçekleşebileceğini bildiği halde önlemek için gerekli ve yeterli tedbirleri almamıştır. Faik Çelik, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekimler*, Panel, İstanbul Tabip Odası, <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?article=66> Erişim Tarihi 21.03.2017

¹⁸⁰ Çakmut, *Tıbbi*, s.243.

Bilinçli taksir türünde failin hareketi iradi şekilde gerçekleşirken, doğacak neticeyi öngörür fakat bu neticenin doğmasını hiçbir şekilde istemez. Burada failin iradesinin sonucu kapsamadığı söylenebilir. Olası kastta ise fail, sonucun meydana gelmesini göze alır. Burada ise iradesi, sonucu kapsar¹⁸¹. Dolayısıyla her iki durumda da fail, hareketinin meydana getireceği neticeyi öngörecektir. Fakat neticenin istenmesi bakımından farklılık gösterecektir. Olası kastta meydana gelen zararlı netice umursanmazken, bilinçli taksirde öngörülen zararlı neticenin oluşmaması için kendince önlem almış olması da söz konusu olabilir¹⁸².

3. TAKSİRDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN UNSURLARI

Fiilin taksirle işlenebilmesi için taksirin bir takım kurucu unsurları olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna unsurlar; fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradi olması, neticenin istenmemesi, davranışın sonucunun öngörülebilir olması, nedensellik bağı, önceden belirlenmiş davranış kurallarının ihlal edilmiş olması şeklindedir¹⁸³.

3.1.Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

Taksirli suçlar, kasti suçlara göre istisnai nitelik taşıması sebebiyle failin taksir sorumluluğundan söz edebilmek için kanunda bu hususa ilişkin açık bir hükmün mevcut olması gerekmektedir¹⁸⁴¹⁸⁵. Bu durum 5237 sayılı TCK'nın 22.maddesinin 1. fıkrasında da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır...*” denilerek kısaca kanunun öngörmediği hallerde taksirli sorumluluktan söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bazı yasalarda da taksir ile işlenebilen suç tiplerine rastlanır¹⁸⁶.

Kasıtlı hareket etmek ile taksirli hareket etmek arasında fark vardır. Bir insanı yaralamak (kasten yaralama) ile bir insanın yaralanmasına neden olmak (taksirle yaralama) aynı anlama gelmez. Ancak taksirli harekette failin iradesi suçu meydana

¹⁸¹ Demirci, *a.g.e.*, s.177.

¹⁸² Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.200.

¹⁸³ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.173; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.333.

¹⁸⁴ Örneğin; TCK md. 89, TCK md.162, TCK md.171, TCK md.185/2 vs.

¹⁸⁵ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.216.

¹⁸⁶ Bu kanunlara, bu çalışmada sıkça yararlanılan mevzuatlardan 1219 Sayılı TŞSTİDK, TDN, 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu vs. örnek olarak gösterilebilir.

getiren neticeye yönelmediği için kanun, dikkat ve özen yükümlülüğü gereken hallerde taksirli fiilleri tek tek belirleyerek cezalandırmaktadır¹⁸⁷.

Taksirli suçlar, bu çalışmanın odağını teşkil eden hekimlerin tıbbi müdahalelerde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesiyle karşımıza sıkça çıkar. Dolayısıyla hastanın yaralanmasına ya da ölmesine neden olunması durumunda taksirli eylemlerden söz edilir. Bu eylemler TCK'da taksirle yaralama (TCK md.89) veya taksirle öldürme (TCK md.85) suçu şeklinde düzenlenmiştir. Hekimin taksirli sorumluluğunu düzenleyen özel hükümlerde mevcuttur.

Hususi Hastaneler Kanunu'nda¹⁸⁸ yer alan 43. ve 44. maddelere göre hekimlerin cerrahi ameliyeleri tetkik ve tedavileri yapılmadan icra etmeleri, ameliyattan evvel yapılması gereken şartların ifa edilmemesi, tedavisini üstlendiği hastaları yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak terk ederek hastaların tedavisiz kalmalarına sebep olunması durumları eğer hastanın sağlığında olumsuz etki göstermişse TCK'nın 85. ve 89. maddeleri gereği sorumlulukları söz konusu olur ve ilgili madde hükümleri uygulanır.

3.2. Hareketin İradi Olması

Kanun, kusurluluğun üç türünü (kast, taksir, netice sebebiyle ağırlaşmış suç) öngörmektedir ve bu kusur türlerini kapsayan ortak faktör hareketin iradiliğidir. Ceza hukuku anlamında failin bir davranışı dolayısıyla sorumlu olabilmesi için aranan en önemli unsur, failin iradi bir şekilde davranmış olmasıdır. Failin iradesi sakat veya hükmü yok ise burada zaten cezai sorumluluktan bahsedilemez.

Taksirli hareketin doğuracağı zararlı sonuçların fail tarafından istenmediği kabul edilir. Zaten sonucun fail tarafından istenmemiş olması, taksirli sorumluluğu oluşturan esas unsurdur. Bununla birlikte sonuç istenmiş ise artık burada taksirli değil kasti hareket aranır.

Taksirli suçun özelliği; icrai veya ihmali şekilde olabilen iradi hareketin varlığıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir karara göre¹⁸⁹; “*Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için bir*

¹⁸⁷ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım* (8.bası), Cilt:2, İstanbul, 1983, s.278.

¹⁸⁸ 05.06.1933 Tarihli ve 2219 Sayılı. Bkz. resmigazete.gov.tr

¹⁸⁹ **Yarg. CGK. 9.12.2014, 12-103/552** Bkz. www.kazanci.com

takım önlemler alması 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 imkan ve varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır.” denilerek hareketin iradiliğinin arandığı belirtilmiştir.

Hareketin iradi olması ve bu doğrultuda neticeyi önleyici tedbir alınmaması, failin taksire dayalı cezai sorumluluğuna gidilmesi için yeterlidir¹⁹⁰. Örneğin ameliyatı gerçekleştiren hekimlerin, hastaların vücudunda yabancı madde veya ameliyat aletlerini unutmaları açıkça dikkat ve özen eksikliğini gösterir. Bu tarz durumlarda hekimler dikkat ve özen yeteneğine sahip olmasına rağmen neticeye sebep olmuştur ve dolayısıyla iradi olarak hareket etmişlerdir. Kısaca unutmamaya yönelik gereken özen gösterilmemiştir¹⁹¹.

3.3. Neticenin İstenmemesi

Bu unsur hem kastı genel taksirden hem de bilinçli taksir türünü olası kasttan ayıran bir unsurdur. Bilinçli taksirde fail, neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünüp o doğrultuda hareket ederken, olası kastta ise fail neticeyi öngörmekle birlikte bu neticeyi göze alarak hareket etmektedir. Zaten neticenin istenmesi durumunda artık taksir değil kast manevi unsuru söz konusu olur¹⁹². Dolayısıyla neticenin öngörülmesi fakat istenmemesi, neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünerek harekete devam edilmesi durumlarında bilinçli taksirin varlığı kabul edilir. Neticenin öngörülmesi ve göze alınması, bir nevi neticenin kabullenerek harekete devam edilmesi durumunda ise olası kasttan söz edilir. Sonuç olarak failin, taksirin zararlı sonucunun meydana gelmesini istenmediği kabul edilir.

Herhangi bir neticenin oluşmaması durumunda suçtan bahsedilemeyeceği gibi faile yükletilebilecek bir kusur bulunmaması halinde meydana gelen istenmeyen

¹⁹⁰ Çakmut, *Tıbbi*, s.251.

¹⁹¹ Nurhan Demirhan, *Malpraktis ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2011, s.60-61.

¹⁹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.35.

neticeden dolayı failin sorumluluğuna gidilmez. Tıptaki komplikasyonlarda buna örnek gösterilebilir.

3.4. Davranışın Sonucunun Öngörülebilir Olması

Sonucun öngörülmesinin mümkün olmadığı durumlarda failin taksirli sorumluluğuna gidilemez. Fakat failin, kendi fiilinin öngörülmesi mümkün olan sonucu açısından kusurlu davrandığı ve böylece failden haliyle dikkatli ve özenli davranılması beklenir.

Davranışın sonucunun öngörülebilmesi koşulu, neticenin öngörülmesi ve buna rağmen suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesi şeklinde değildir. Buradaki öngörülebilirlik daha ziyade, failin hareketinin sonuçlarını somut olay bakımından tahmin edebilme yeteneğidir¹⁹³. Şöyle ki; henüz kemoterapi gören hastasını diğer hasta kişilerle aynı yerde tutan hekimin, tedavinin etkisi sebebiyle hastasının bağışıklık sisteminin zayıf olduğu ve diğer hastalarla aynı yerde bulunması halinde enfeksiyon kapma riskinin bulunduğu sonucunu hem aldığı eğitim ve hem de mesleki tecrübesi de göz önünde bulundurularak öngörmesi beklenir.

Öngörülebilirlik her şeyden önce failin içinde bulunduğu koşulları göz önünde bulundurarak somut bir biçimde tespit edilmelidir¹⁹⁴. Çünkü öngörülemeyen bir neticenin önlenebilmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla öngörülemeyen neticeden de kişinin sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Bu durumda artık kaza veya tesadüften söz edilir¹⁹⁵.

Failin taksirinden dolayı sorumluluğu belirlenirken neticenin öngörülmesi hususunda failin sübjektif ölçütleri her somut olay bakımından değerlendirilmektedir. Mesela hekimin taksirli eyleminden sorumluluğu söz konusu olduğunda, somut olaya göre hekimin bilgisi, iş tecrübesi, zekâ düzeyi, sosyal seviyesi vs. hususları neticeyi öngörebilip öngöremeyeceği açısından değerlendirilecektir¹⁹⁶.

¹⁹³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.344.

¹⁹⁴ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s.201.

¹⁹⁵ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, s.283; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.345.

¹⁹⁶ Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararına göre; "Öngörebilme olanağının belirlenmesinde nasıl bir ölçüt uygulanacağı hususu uygulama ve öğretide de tartışılmış, failin kişisel niteliklerini göz önünde bulunduran sübjektif 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..." **YCGK. 11.15.2004, 2-97/115** (Akt. Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.346.)

3.5. Nedensellik Bağı

Failin davranışı ile netice arasında sadece taksirli sorumlulukta değil diğer bütün suç tiplerinde nedensellik bağı suç isnadı açısından kurucu unsur olarak aranır. Failin iradi olarak gerçekleştirdiği davranış ile istenmeyen tehlikeli veya zararlı sonuç arasında nedensellik bağı mevcut olmalıdır. Nedensellik bağı, icra edilen fiil ile meydana gelen netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden, doğal bir olgudur¹⁹⁷. Dolayısıyla meydana gelen netice açısından faili sorumlu tutmak için nedensellik bağı ilişkisinin kurulması bir taksirli sorumluluk kurucu unsurdur. Nedensellik bağı aslında bize neticenin o fiilden dolayı meydana geldiğini ifade eder¹⁹⁸. Nedensellik bağı kurulamıyor ise failin taksirli sorumluluğuna gidilemez.

Yargıtay bir kararında; Tip 1 DM hastalığı olan, bulantı, kusma ve ishal şikayetleriyle acile başvuran hastanın takip ve tedavisinde dahiliye konsültasyonu istenmemesi, kan şekeri takibi yapılmaması gibi durumların hekimin takip ve tedavisinde eksiklik olduğu, ancak hastanın akciğer ödemi sonucu ölmesi neticesine yol açan mekanizmaya hekimin bu davranışının katkısı olup olmadığının bilinemeyeceğinden hekimin eylemi ile ölüm arasında uygun illiyet bağının olmadığı ve sanığın hukuki durumunun TCK'nın 85. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁹⁹.

Taksirle işlenen suçlarda netice her zaman doğrudan failin hareketinden meydana gelmeyebilir. Bir üçüncü kişinin hareketi ya da somut olaya göre mağdurun hareketinden de kaynaklanabilir. Üçüncü bir kişinin kasti ya da taksirli bağımsız hareketi failin hareketine eklenir, zararlı netice meydana gelirse ve bu hareketler ile netice arasında bağ kurulursa, taksirli suçlarda iştirak mümkün olmadığından herkes kendi hareketinden sorumlu olacaktır²⁰⁰. Bir eczacının zehirli bir maddeyi açıkta bırakıp kapalı-korumalı bir yerde muhafaza etmemesi neticesinde müşterinin bunu fark ederek zehri alıp birisini zehirleyerek öldürmesi sonucunda herkes kendi

¹⁹⁷ Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.23.

¹⁹⁸ Demirhan, *a.g.e.*, s.70.

¹⁹⁹ **Yarg. 12.CD. 03.02.2016, 2015/16654, 2016/1147**. Bkz. www.kazanci.com

²⁰⁰“Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur... Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz.” Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s.48.

hareketinden sorumlu olacaktır. Müşterinin kasten öldürme sorumluluğuna gidilirken, eczacının taksirli sorumluluğuna gidilecektir²⁰¹. Bunun dışında mağdurun hareketi söz konusu ise burada failin sorumluluğu devam etmektedir. Fakat mağdurun hareketi söz konusu olduğu için suçun cezasında indirim yapılır. Örneğin; sterilizasyon prosedürünü düzgün ve yeterli bir şekilde sağlamayan hekimin hastayı ameliyat etmesi neticesinde hastanın enfeksiyon kapmaması için çeşitli ilaçlar vermesi ve hastanın bu ilaçları düzenli bir şekilde kullanmaması, ihmal etmesi sonucu sağlığında oluşan olumsuzluklardan hekim, taksiriyle sorumlu olacaktır. Ancak burada suçun indirimine gidilecektir²⁰².

Kabul edilen tıbbi tedavi, hekimin hareketi ve hastanın yaralanması arasında bir bağ bulunmalıdır. Bu bağ ihtimal ile değil, olanak (olma ihtimali olmama ihtimalinden fazla) ile bağlantılı olmalıdır. Hekim eğer taksirle hareket etmemiş olsaydı hasta yaralanmazdı olgusundan yola çıkılabilir. Bu durum ayrıca bilirkişi ya da uzman incelemesi ve ifadesi ile belirtilmelidir²⁰³.

3.6. Önceden Belirlenmiş Davranış Kurallarının İhlal Edilmiş Olması

Failin kabul görmüş ve daha önceden de belirlenmiş toplumsal veya bireysel davranış kurallarını ihlal etmesi için başta failin hukuk düzeninde yer bulan ve yüklenen bir sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Bu da başta ceza hukuku ilke ve nizamları ya da başka kurallarla düzenlenmiş, konulmuş olabilir²⁰⁴. Bunu sadece normatif ya da yazılı davranış kuralları olarak algılamamak, aynı zamanda topluluk halinde yaşamının getirdiği alışkanlık ve tecrübelerinde ihlalini katmak gerekir. Buradaki tecrübe sosyal ve bilimsel açıdan ortak olarak deneyimlenmiş tecrübeler olabilir.

Önceden belirlenmiş davranış kurallarının ihlal edilmiş olması aynı zamanda hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması demektir. Zira, taksirli eylemler TCK'da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış olarak tanımlanmıştır. Bu davranış kuralları hukuk düzeni çerçevesinde herkesin gereken

²⁰¹ Dönmezer-Erman, *a.g.e.*, s.278; Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.236.

²⁰² Demirhan, *a.g.e.*, s.73-74.

²⁰³ Kevin Giordano, *Examining Nursing malpractice: A defense Attorney's perspective, Critical Care Nurse*, Vol:23, No:2, 2003, [104-107], s.104.

²⁰⁴ Kanun, tüzük, yönetmelik veya özel kişiler tarafından toplumsal davranışı düzenleyen kurallardan olabilir.

dikkat ve özen göstermesi, bu yükümlülüğü ihlal etmemesi şeklinde kurallardır. Bu kurallar yazılı hukuk metinleri²⁰⁵ ya da toplumun ortak yaşam deneyimleri şeklinde olabilir²⁰⁶. Belirli meslek gruplarının da icrası bakımından yazılı veya yazısız davranış kuralları bulunabilir. Hekimlerin büyük cerrahi ameliyeleri gerçekleştirirken hastanın rızasını almak zorunluluğu yazılı bir hukuk kuralı iken, ameliyatlarda gereken dikkat ve özenin gösterilmesi tıp mesleğinin gerektirdiği ve ihlal edilmemesi gereken kuralları teşkil eder²⁰⁷.

Taksirden kaynaklı dikkat ve özen yükümlülüklerine aykırılık tehlikeyi gidermeye yönelik normlara veya ruhsat kurallarına aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir. Bir mesleği icra edebilmek için gereken ruhsat, diploma vs. almak gibi genel ruhsat kurallarına aykırılık söz konusu olduğunda, bu durum taksire karine teşkil etmemektedir. Tehlikeyi gidermeye yönelik normlara aykırılık ise toplumsal olarak yaşamın getirdiği zorluklar göz önüne alınca taksire karine teşkil etmektedir²⁰⁸.

4. TAKSİRİN DERECESİNİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Esasen taksirli fiiller bir insanın vücut bütünlüğünü ya da malvarlığını tehlikeye, zarara uğratma hususundaki özen yükümlülüğüne riayet edilmemesinden gelmektedir²⁰⁹. Kanun koyucu taksirli suçları düzenlerken toplum tarafından kabul edilmiş ve yaygın tecrübelerle dayanarak bazı tehlikeli ve zararlı sonuçları meydana getirecek hareketleri gerçekleştiren kişileri ve hatta bazı meslek gruplarında çalışanları daha dikkatli ve basiretli olmaya zorlamaktadır²¹⁰.

Her ne kadar kast ile işlenmiş olmasa da bireyin toplumsal hayatındaki faaliyetlerinde daha dikkatli, özenli ve tedbirli olarak hareket etmesi gerektiğinden kusurlu bir davranış cezayı gerektirecektir. Dolayısıyla toplum halinde yaşayan insanların başkalarının menfaatlerine, yaşam düzeyine zarar vermemesi ya da tehlikeye sokmaması için bazı tedbirlerin alınması gerektiği kabul edilmelidir.

²⁰⁵ TŞSTİDK, TDN, HHY, HMEK vs.

²⁰⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.347.

²⁰⁷ Toroslu, *a.g.e.*, s.145.

²⁰⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.348-349.

²⁰⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.319.

²¹⁰ Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, 2008, s.405.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu açısından genel olarak taksirin herhangi bir derecelendirmeye tabi tutulmadığı görülmektedir. Sadece taksirin varlığı veya yokluğu durumu ön planda tutulmuştur²¹¹. Taksirli fiiller az veya çok kusurlu fiil şeklinde derecelendirilebilirler. 5237 sayılı TCK'nın sistemine göre bu durum taksirli fiili özel olarak kusurluluk bakımından derecelendirmez, burada fiil ya taksirle işlenmiştir ya da taksirle işlenmemiştir²¹². Hâkim failin kınanabilirliği esasına göre kusur bakımından değerlendirme yaparken netice ile birlikte failin sonucun meydana gelmesine nedensel katkılarını göz önüne alacaktır. Bu durum hâkimin kusuru belirlemede az veya çok kusurlu olduğunu göstermesi demektir²¹³.

Taksiri tek tek derecelendirmek yerine taksirle gerçekleştirilen davranışlarda kanunda düzenlenen alt ve üst sınırlar içerisinde failin cezasında kusurun yoğunluğuna göre hâkim tarafından tespit edilir²¹⁴. Çünkü kusuru belirleme yetkisi hâkimdedir²¹⁵.

Hâkim kusurluluk kapsamında kınanabilirlik esasına göre olayda bir değerlendirme yapar, meydana gelen netice açısından kişilerin nedensel olarak katkılarını göz önünde bulunduracak, az veya çok kusurlu olup olmadığını gösterecektir²¹⁶. Bununla birlikte failin fiili bilinçli taksirle işlemesi halinde hükmedilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılabilecektir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 63/1'inde; “Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenebilen konularda bilirkişi dinlenemez.” şeklindeki düzenlemede bunu desteklemektedir. Böylece hâkim kusur tespitini genel ve hukuki bilgi ile çözülebilecek hallerde pozitif hukuk metinleri dâhilinde kendi tayin eder.

²¹¹ Demirci, *a.g.e.*, s.147-148.

²¹² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Cilt:II, İstanbul, 1991, s.340.

²¹³ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar* (2.Basım), Us-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.57-58.

²¹⁴ Demirci, *a.g.e.*, s.151.

²¹⁵ Hancı, *a.g.e.*, s.36.

²¹⁶ Hafizoğulları-Özen, *a.g.e.*, s.57-58.

Mülga ceza kanununda taksirli eylemin cezalandırılması, taksirle adam öldürme ve müessir fiil suçları şeklinde bir derecelendirmeye tabi tutulmakta ve faile verilecek ceza bu derecelendirme sonucunda belirlenmekteydi²¹⁷. Buna göre 455. ve 459. maddeler bakımından suçun cezalandırılması *kusurun derecesine göre* sekizde bire kadar indirilmekteydi²¹⁸. Fakat 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda taksirin derecesinin kural olarak bir önemi bulunmamaktadır. Esas olan taksirin varlığı ve yokluğu durumudur. Kanun koyucu “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur*” diyerek her bir failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı belirleneceği şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Failin taksir dolayısıyla kusurunun daha doğrusu somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Mesela, ölümle sonuçlanan bir ameliyat esnasında yapılan tıbbi müdahalenin tekniğe uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunmaktadır²¹⁹.

Hâkim özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişinin incelemelerini değerlendirmesi kapsamında dikkate alacak, genel ve hukuki bilgi ile tespit edilecek kusurluluk ölçüsünü de kendi takdir edecektir. Olayda kusurluluk ve netice mevcut ise o halde hâkim TCK'nın 61. maddesi gereği fail açısından cezayı alt ve üst sınırlar doğrultusunda belirleyecektir²²⁰.

Failin kusurundan söz edebilmek için öncelikle kusur yeteneğinin olup olmadığına da bakılmalıdır. Kusur yeteneğinden kasıt eylemi gerçekleştiren kişinin olaydaki doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve bu doğrultuda hareket edebilmesi ile ilgilidir. Bu kabiliyet, kişi o eylemi gerçekleştirirken aranır²²¹²²².

²¹⁷ Demirci, *a.g.e.*, s.148-149.

²¹⁸ Kayıhan İçel, Hakan Evik, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II. Kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri* (4.Bası), Beta Basım Yayım, 2007, İstanbul, s.208, dp.106.

²¹⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Gereğeli Ceza Kanunları*, s.47.

²²⁰ TCK Md.61; “*Hâkim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.*”

²²¹ Bazı kanunlarda da bu durum “*Fiili işlediği sırada...*” (TCK Md. 31), “*...fiili işlediği sırada...*” (TCK Md.33) şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlerin teşhis, tedavi vs. bakımından kendi araç ve yöntemlerini seçmede tedavi serbestisi hakkı mevcuttur. Fakat hekim uyguladığı tedavi yöntemlerindeki kusurlarından dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Normal bir dikkate sahip kişilerin neticeyi tahmin edememeleri *hafif*, neticenin ancak büyük bir dikkatle tahmin edilebilmesi durumunda *pek hafif*, yapılan eylemin kusurlu olduğu konusunda herkes hemfikir ise *ağır* kusur söz konusu olur. Hekimler yalnız ağır kusurlarından değil hafif kusurlarından da sorumludur ve cezai sorumluluk bakımından kusur hafifliğinin cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla kusurun derecesinin asıl önemi cezanın belirlenmesinde olur ve kusurun derecesine göre cezada indirim gidilebilir²²³. Hukuki sorumluluğu bakımında ise tazminatın kapsamı ve türünü belirlemede önem arz eder²²⁴.

Yargıtay bu konu ile ilgili bir kararında²²⁵; guatr ameliyatı esnasında kalan 1 saat ameliyat süresi için hastanın 15 dakikalık oksijenin kalması üzerine, oksijen tüpünün değiştirilmesi ve yerine üzerinde CO2 yazan, oksijen tüpüne kıyasla rengi ayrı, vanası farklı tüpün takılması neticesinde hastanın bu sebeple ölmesi olayında ameliyata dair hiçbir görevini yerine getirmeyen anestezi doktorunun baştan sona özensiz ve denetimsiz davranarak olayda *asli kusurlu* olduğu kanaatine varmıştır.

Somut olayda 3. şahısların hareketi ya da mağdurun hareketi zararlı neticeye neden olan taksirli harekete eklenebilir. Bu durumda da failin sorumluluğu ortadan kalkmamakta fakat sorumluluğu kendi eyleminin oluşturduğu zararla sınırlı kalmaktadır. Mesela, hekimin kusurlu davranışı sonucu hastanın sağlığının zarar görmesi, sonrasında aynı hastaya bir başka hekimin tıbbi girişimi neticesinde durumun daha ağırlaşmış olması olayında, hekimler kendi eylemlerinin sonuçlarından sorumlu tutulacaktır²²⁶. Fakat böyle bir durumda faillerin sorumluluğunun aynı derecede kalması hakkaniyet gereği beklenemeyeceğinden 22.

²²² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Uygulamalı*, s.52.

²²³ Hancı, *a.g.e.*, s.36.

²²⁴ Bkz. **Yarg. 13.CD. 14.03.1983, 7237/1783.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.572.)

²²⁵ **Yarg. 4.CD. 04.03.1994, 8557/2138.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.639.)

²²⁶ Hancı, *a.g.e.*, s.37.

maddenin 4. fıkrasındaki hükme göre verilecek ceza failin kusuru oranında hükmedilecektir²²⁷.

Bunun dışında Yargıtay'ın bazı kararlarında hekimin kusuruna belirli bir oran biçmek yerine ağır ya da asli kusurlu olması sebebiyle öngörülen cezanın üst sınırını dikkate alarak ceza tayinine hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları da mevcuttur²²⁸.

5. TAKSİR, MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON İLİŞKİSİ

5.1. Taksir ile Malpraktis Arasındaki İlişki

Hekim tıbbi müdahalede bulunurken hastayı iyileştirmek, vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumak ve tedavi etmek amacını güder. Bunun dışında hastayı öldürmek, yaralamak, hastada kalıcı bir hasar bırakmak isteyen hekim ve bunu bilerek-isteyerek kısaca bilinçli bir şekilde yapan hekimin kasten hareket ettiği kabul edilir. Böylece, hekim verdiği zararlardan kasten sorumlu olur²²⁹. Fakat bu durum istisnai bir nitelik taşımaktadır. Çünkü kasten hastaya zarar vermek hekimlik mesleği ile bağdaşmayan bir davranıştır. Bu sebeple hekimlerin tıp ceza hukuku bakımından sıklıkla karşılaşılan kusuru taksirli eylemlerini oluşturmaktadır. Hekimlerin tedbirsiz, dikkatsiz, özensiz hareketleri, bazı emir ve nizamlara riayet etmemesi ise bir taksir kusuru olup tıbben *malpraktis* (tıbbi uygulama hatası) olarak değerlendirilmektedir.

Günümüzde ceza sorumluluğu, kusurlu sorumluluğa dayandırılmakta ve kusur ilkesi kabul edilmektedir. Bu ilke, kişinin ancak kast veya taksir ile hareket

²²⁷ İçel-Evik, a.g.e., s.208-209.

²²⁸ “Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 26 Ocak 2009 tarihli raporunda belirtildiği üzere, olay günü 2001 doğumlu İlayda Altuntaş'ın 01:15'te yoğun bakım ünitesi olan ...Hastanesi'ne getirildiği, burada anestezi ve reanimasyon uzmanı sanık Doktor tarafından hastanın değerlendirmeye alındığı, ağır ve ölümcül bir tablo ile gelen hastanın, beyin cerrahisi uzmanı ile konsülte edilmesi gerekirken, bu hususun eksik bırakıldığı, bu tip olgularda geç intraserebral herniasyon ölüme yol açmasını engellemek amacıyla, zamanında ameliyata alınmasının önemli olduğu, buna rağmen sabah saat 07:00'a kadar hastanede bulunan ve hastayı gözlemleyen sanık doktorun, bu konuda beyin cerrahisi uzmanıyla görüşmeden ve nöbeti devrederek hastaneden ayrıldığı olayda; İki sınır arasında temel ceza belirlenirken, suçun işleniş şekli, sanığın asli kusurlu olması ve maddede öngörülen cezanın üst sınırı da nazara alınmak suretiyle adalet, hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında asgari halde ceza tayin,” Yarg. 12.CD. 2013/7419, 2013/10426. (Akt. Nejdet Şatır, *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Yargıtay-Danıştay İçtihatları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.387.)

²²⁹ Bayraktar, a.g.e., s.203.

ederken psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilden dolayı sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir²³⁰. Diğer bir ifadeyle cezalandırılabilirliğin hareket noktasını, haksızlık teşkil eden bir fiilin işlenmesi oluşturmaktadır ve cezalandırılabilirliğin bağlantı noktasını ceza kanununda unsurları gösterilerek tanımlanan suç tiplerinin gerçekleştirilmesi oluşturur²³¹. Böylece hekimin kasten veya taksirle işlediği fiiller kusurlu davranışları meydana getirir²³².

Ülkemizde tıp hukuku bakımından kusur prensibi esas olduğundan tıbbi müdahalelerde de malpraktis kavramı açısından kusur aranacaktır. Kusurlar dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya yetersizlik, özen eksikliği, emir ve nizamlara uymamak şeklinde olabilir²³³. Genel itibariyle malpraktisler karşımıza taksirli suç şeklinde çıktığı için tüm bu kusur çeşitleri taksirli suç kapsamına girecektir²³⁴. Burada hekimin taksirinden söz edebilmek için hekimin *tıbbi standardı*²³⁵ uygulamaması aranır. Aksi takdirde hekimin kusuru söz konusu olmaz. Ülkemizde hekime verilen diploma ile tıbbi standardı bildiği kabul edilir. Bu sebeple hekimin iyi eğitim almadığını öne sürmesi, mazeret olarak kabul edilemez²³⁶.

Tıbbi standart ile ilgili temel düzenleme İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesinde de "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle hekimin tıbbi standardı bilmek uygulamak ve takip etmek yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir.

²³⁰ Muharrem Özen, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998, s.8; Demirhan, *a.g.e.*, s.46.

²³¹ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.41.

²³² Bayraktar, *a.g.e.*, s.203.

²³³ Keyman, *a.g.m.*, s.76.

²³⁴ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.89-90.

²³⁵ Tıbbi standart; hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir. Kısaca denenmiş ve bilinen meslek kurallarıdır. Hakeri, *a.g.e.*, s.344.

²³⁶ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.91-92.

Hekimlerin tıbbi müdahale yaparken tedavi serbestisi ilkesinden gelen, teşhis ve tedavisine ilişkin araç ve kuralları seçerken serbest olması gerektiği bilinmektedir. Fakat aynı zamanda hekimi belli tedavi ve teşhis yöntemini seçmeye iten sebepleri de bir denetime tabi tutmak gerekir. Bu denetimde hekimin seçtiği yöntem ve araçlarla o hastalık bakımından genellikle kabul edilen yöntemlerin karşılaştırılması sureti ile yapılmalıdır²³⁷. Bu karşılaştırma neticesinde hekimin cezai sorumluluğundan kurtulması için hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş, bilinen, tanınan, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından da benzer şekilde uygulanan yöntemlerin olması önemlidir.

Hekimin tıbbi müdahalesini tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği şekilde ve özenle gerçekleştirmesi beklenir. İş sadakat ve özenle bizzat yapma borcu da hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan borçlardandır. Sadakat borcu, iş görenin iş sahibinin yararına olacak şekilde hareket etmesi, zarar verecek hareketlerden kaçınması suretiyle gerçekleştirilir. Bu özeni ve borcu göstermeyen hekim için tıp ceza hukukunda, bilhassa taksirli sorumluluğa yol açacak kusuru olduğu kabul edilir²³⁸. Nitekim hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirirken bunu nasıl yapacağına dair mevzuatta açık bir düzenleme olmadığı için hekimin, güncel olarak uygun görülen tıbbi standartları ölçüt olarak temel alacağı kabul edilir²³⁹.

Ayrıca tıbbi standarda kesin bir şekilde uyulması görevini zorunlu hale getirmek için, yasalarla çeşitli düzenlemeler oluşturulmuştur. Ancak tıbbi standart kavramının tanımlanmasında ve sınırlarının oluşturulmasının, kanunun dayattığı sınırlarından ziyade, bir *tıbbi yargı*²⁴⁰ meselesi olduğu da düşünülmektedir²⁴¹.

İstanbul Tabip Odası tarafından yapılan bir araştırmaya göre; en sık şikâyet edilen uzmanlık alanlarının acil çalışanları, kadın hastalıkları, doğum uzmanları ve genel cerrahlar olduğu görülmüştür. Fakat her uzmanlık alanında çalışan hekim sayısına göre düzeltilen bir istatistiki verilere göre; beyin sinir cerrahları, ortopedi ve

²³⁷ Keyman, *a.g.m.*, s.81-82.

²³⁸ Hakeri, *a.g.e.*, s.273.

²³⁹ Çağlar Özdemir, Nadir Arıcan, *Hekimlerin Yasal Sorumlulukları*, Akademik Acil Tıp Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, İstanbul, 2008, s.11.

²⁴⁰ Hekimlerin hekim olmayan personellerden ayrılarak bağımsız bir tıbbi değerlendirme yapma hakkı. <http://biotech.law.lsu.edu/books/lbb/x408.htm> Erişim Tarihi 11.05.2017.

²⁴¹ Hondius, *a.g.m.*, s.186.

travmatoloji uzmanları, plastik cerrahlarının en çok şikayet yoluna gidilen ve dava konusu edilen tıp alanları olduğu dile getirilmektedir. Bununla birlikte Dermatoloji, radyoloji, onkoloji ve Ruh ve Sinir Sağlığı ve Hastalıkları gibi branşlarda daha az oranda şikâyetlere rastlanıldığı gözlemlenmektedir²⁴².

Sağlık hizmetine ulaşma hakkının sağlıklı olma ve sağlıklı kalma kısaca şifa garantisi ile karıştırılması, kitle iletişim araçlarının hekimlerin yeteneği, bilgisi, davranışları ve hastaya yaklaşımlarını sorgulayan olumsuz tutumları, sağlık hizmeti alan kişileri hekime karşı dava açmaya yöneltmektedir²⁴³. Bu durumun ciddi sıkıntılara yol açması sebebiyle Dünya Tabipler Birliği tarafından malpraktis davaları ile ilgili bir bildirme yayımlanmıştır²⁴⁴. Bununla birlikte ülkemiz hukuk uygulamaları bakımından 2002 yılında “Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı” hazırlanmış fakat yasalaşmamıştır. Zira tasarı metnin Mülga Türk Ceza Kanunu döneminde hazırlanmış olmasının da etkisinin olması hasebiyle noksanlıkları olduğu ve yasalaşması halinde dahi bu alandaki sıkıntılara belirgin bir cevaz veremeyeceği açıktır.

Ülkemizde sağlık sektörüne baktığımızda genel olarak hekimlerin hastaya sağlık hizmeti verirken (teşhis, tedavi vs.) daha baskın olduğu, hemşirelerin hasta hakları konusunda daha az bilgi ve donanıma sahip olmaları ve hemşireleri koruma

²⁴² Atiye Sözen, Nevzat Alkan, *Ruh Sağlığı ve Hastalıkları (Psikiyatri) Alanını İlgilendiren Tıbbi Uygulama Hatası (Medikal Malpraktis) İddiaları*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı:5, İstanbul, 2015, s.30.

²⁴³ Sözen-Alkan, *a.g.m.*, s.33.

²⁴⁴ DTB Malpraktis Bildirgesi; “Bazı ülkelerde yanlış tıbbi uygulamalarla ilgili davalar artmaktadır ve ülke tabip birlikleri bu sorunu tartışmaktadır. Bir grup ülkede ise bu konu henüz gündemde değildir, ancak o ülkelerin tabip birlikleri de dikkatli olmalıdır. Bu bildiride, DTB; tabip birliklerini tıbbi yanlışlıklar ve yasal başvurular konusunda bilgilendirmek istemektedir. Her ülkenin yasaları ve hukuk sistemi, sosyal gelenekler ve ekonomik durumu, elbette aşağıda belirlenenleri etkileyebilecektir. Yine de DTB, bildirisinin tüm tabip birliklerini ilgilendireceğine inanmaktadır. 1. Tıbbi yanlış uygulama davaları aşağıdaki bir ya da birden çok gerekçe nedeniyle artmıştır. a)Tıbbi bilginin artması, tıbbi teknolojinin gelişmesi, hekimlerin geçmişte yapamadıkları bazı işlemleri yapmaya itmektedir, bu ilerlemeler çoğunlukla ağır riskleri de içerir. b)Hekimler üzerinde tıbbi hizmetlerin artan maliyeti ile ilgili baskı vardır. c)Elde edilebilir, varolan sağlık hizmetine ulaşma hakkı, garanti edilemeyen sağlıklı olma ve kalma hakkıyla karıştırılmaktadır. d)Medya hekimlerin yeteneği, bilgisi, davranışı ve hastaya yaklaşımını sorgulayan olumsuz tutumu ile, hastaları hekimlere karşı dava açmaya teşvik etmektedir. e)Artan davalar karşısında defansif=korumacı tıp uygulamasının dolaylı olmayan sonuçları dava konusu olmaktadır. <http://www.ttb.org.tr/TD/TD59/597.html> Erişim Tarihi 17.02.2017

altında tutan mevzuat noksanlıkları, tıbbi uygulama hatası iddiası davaların hemşirelere kıyasla çok büyük oranda hekimlere açılmasına yönelmektedir²⁴⁵.

Malpraktis davaları sadece hastayı etkileyen bir durum değil aynı zamanda hekimi ve diğer sağlık çalışanlarını da önemli oranda etkilemektedir. Kötü yaşanmış bir tıbbi olayı takiben sağlık çalışanı da duygusal hatta fiziksel olarak etkilenebilmektedir. Bu sağlık çalışanlarına da “ikincil kurban” denilmektedir. Yaşadıkları olumsuz tıbbi olayın sonunda işlerini tam ve sağlıklı olarak yapamama, depresyon, anksiyete gibi sorunlara yol açabilmektedir. Öyle ki; hekimler uzmanlık alanlarını seçerken daha az şikâyet ve davaların olduğu alanlara yönelmektedir. Hatta bu durum TUS tercihlerine de belirgin olarak yansımaktadır²⁴⁶.

Hekimin tıp sanatının kurallarına uyması, hekimin zararlı sonuçlar doğması tehlikesini ortadan kaldıracak önlemleri almasını sağlar. Zaten bu durum tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için hukuka uygunluğun sınırını oluşturur. Bu sınır cerrahi müdahaleler gibi tehlikeli bir faaliyete izin verilmesi ve hastaların bireysel hayat ve vücut bütünlüğü hususlarını koruyan bir sınırdır. Olumsuz sonuç ihtimalinin çok küçük (komplikasyon), buna karşılık tıbbi işlem aracılığı ile kişinin sağlığı bakımından önemli bir iyileşme sağlama ihtimali kuvvetli ise, kötü sonuç endişesinin, olumlu sonuca kavuşmak isteği karşısında pek önemi kalmaz. Sonuç olumsuz olsa bile (hastanın yaralanması, mevcut sağlık sıkıntısının ağırlaşması veya ölmesi), olumlu sonuç ummayı haklı gösteren somut nedenler var ise, hekim sorumlu tutulmayacaktır²⁴⁷. Buradaki olumlu sonuç umma durumu tıbbi müdahalenin vadettiği sonuçla birebir ilişkindir.

Tıbbi müdahalelerin hatalı uygulanması, hiç uygulanmaması, geç uygulanması, hastanın bulgularının değerlendirilmesinde hataya düşülmesi, teşhis hatası vs. gibi eylemlerde dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmaması, gereken özenin gösterilmemesi taksirli davranışlara yol açar. Bu şekilde taksirli davranışlarda malpraktis kapsamında değerlendirilir²⁴⁸²⁴⁹.

²⁴⁵ Sözen-Alkan, *a.g.m.*, s.40-41.

²⁴⁶ Sözen-Alkan, *a.g.m.*, s.41-42.

²⁴⁷ Keyman, *a.g.m.*, s.74-75.

²⁴⁸ Ünver, *a.g.e.*, s.163.

Hemen hemen her tıbbi uygulamanın kabul edilebilir sapmaları ve riskleri olduğu inkâr edilemez. Bunlar komplikasyon başlığı altına girer ve kusur olarak kabul edilmezler. Yapılan tıbbi uygulamalar neticesinde meydana gelen olumsuzluklar, klasik tıp bilgilerinde²⁵⁰ “komplikasyon” olarak nitelendiriliyor ise ve bu müdahaleler, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmış ise, istenmeyen ve kötü sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yükletilmeyecektir. Bu tip olumsuzluklar, komplikasyon ya da diğer deyişle izin verilen risktir. Komplikasyonlar, hekimleri manevi olarak üzer, hastayı ise hem maddi hem manevi olarak sıkıntıya sokabilir. Her ne kadar netice her iki taraf için üzücü olsa da hukuki olarak sorumluluk söz konusu olmaz²⁵¹. Öngörülemeyen ve önlenemeyen bir zararlı sonuç söz konusu ise zaten kaza, tesadüf ya da umulmayan hal olarak nitelendirilir ve bu durumda kimse sorumlu tutulamaz.

Çelik 'e göre²⁵²; tıbbi uygulama hataları; *sağlık çalışanları ile birlikte, hastanın tanısı, tedavisi, takibi ve diğer birçok süreci kapsamaktadır. Tıbbi malpraktis; sağlık personelinin tıbbi müdahalede standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması, yanlış tedavi uygulaması veya hiç uygulamaması, hukuki ve etik zorunlulukları yerine getirmemesi ile oluşan kişide zarar meydana getiren basit yaralanmadan kişinin ölümüne kadar uzanan geniş bir yelpazede yer alan fiil ve durumlardır.*

²⁴⁹ “Dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporunda, diş hekimi olarak görev yapan sanığın, katılana diş çekimi uygulaması yapmadan önce çekim yapılacak bölgenin filmlerini tedarik edip değerlendirmeden hareket etmesi ihmal sayılabileceğinden, tüm dosya ve tedavi evrakları gönderilip, Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınarak, sanığın taksirli eylemi ile katılanın yaralanması arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı her türlü şüpheden uzak biçimde saptanmaksızın eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi...” **Yarg. 12.CD 22.03.2012, 19370/8097** Bkz. www.kazanci.com; “...Ancak; suç tarihinde Devlet Hastanesi Diş Polikliniğinde Diş Tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın diş çektirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu mağdurenin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V No.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde Yüksek Sağlık Şurası'nın 25, 26 Ekim 2001 tarihli raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek onun cismen eza göreceği veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alışılmış uğraşısından alıkoyacağı hususunda uzman hekim ve sanığın kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra neticesine göre hüküm kurulması yerine görevi savsama suçundan hüküm kurulması...” **Yarg. 4.CD. 12.11.2003, 28399/11352**. Bkz. www.kazanci.com

²⁵⁰ Uluslararası kitaplar, bilimsel nitelikte dergiler, makaleler, bildiriler ve bilimin gelişmesine katkı sağlayan diğer yayınlar gibi.

²⁵¹ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.78.

²⁵² Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.80.

Tıbbi müdahale hataları birçok tıbbi girişim türlerinden ve yöntemlerinden meydana gelebilir. Bu, hiç müdahalede bulunulmaması şeklinde olacağı gibi eksik ön muayene, teşhise yönelik tetkiklerin yeterli şekilde yapılmaması, yanlış tedavi yöntemi, organ ve hasta karıştırılması, enfeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması²⁵³, hastanın vücudunda yabancı madde veya alet unutulması şeklinde de olabilir. Bununla birlikte uygulamada en çok tedavi hatalarının yapıldığı görülmektedir. Sistem hatalarında da malpraktis oluşabilmektedir. Mesela, asansörlerin bozuk olması ya da ambulansın olmaması gibi. Ancak böyle bir durumda sağlık çalışanları değil, sağlık hizmeti veren kurum, idare sorgulanmalıdır²⁵⁴.

Tıbbi girişim esnasında yapılmaması gerekeni yapmak, dikkatsizliktir²⁵⁵. Önlenilebilir bir tehlikeyi, potansiyel zararı önlemede yetersiz ya da geç kalınması veya unutulması tedbirsizliktir²⁵⁶. Kişinin meslek ve sanatının esaslarını bilmemesi yetersizlik iken beceriden yoksun olması acemiliktir²⁵⁷. Özen eksikliği, dikkatsizlik ve tedbirsizlik dışında, evrensel tıp değerlerini uygulamamaktadır²⁵⁸. Hekimin nizam

²⁵³²⁵³ "D.. S.. S... Göğüs Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesinde Göz Hastalıkları Uzmanı olarak görev yapan sanığın suç tarihinde katılanlardan Y.. A..'a ön kamara lavajı, diğer katılanlara ise katarakt ameliyatı yaptığı, ameliyatlar sonucu katılanların hepsinde endoftalmiler gelişimine bağlı göz kaybı ve görme yeteneğinde zayıflamaların geliştiği olayda; Her ne kadar Yüksek Sağlık Şurası tarafından düzenlenen 23-24 Mayıs 2013 tarihli ve 13327 nolu raporda; "Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu hastalarda gelişen endoftalmilerin hekim hatası olmadığı, kullanılan göz içi yıkama solüsyonları veya intrakameral verilmiş olan antibiyotik sonucu gelişmiş olan bir komplikasyon olduğuna," karar verilmiş ise de, Idare aleyhine hizmet kusurundan kaynaklanan tazminat istemine esas dosya kapsamında Adli Tıp 1.İhtisas Kurulunun 11/03/2013 tarihli ve 1678 nolu raporunda; "ameliyat ortamındaki sterilizasyonda bir kusur olduğunun" tespit edildiğinin bildirilmesi karşısında, dosyanın bir bütün halinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas dairesine gönderilerek, sanık tarafından bir saatlik sürede yapılan 8 operasyonun süre ve kullanılan malzemeler ile malzemelerin kullanılma sayısı bakımından tıp bilimi kurallarına uygun olup olmadığına tespiti sağlanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi," **Yarg. 12.CD. 17.12.2015, 2320/19327**. Bkz. www.kazanci.com

²⁵⁴ Hakeri, a.g.e., s.342, 353 vd.; Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.87-88.

²⁵⁵ Ör. Hastanın tıbbi müdahale öncesi veya sonrası sıcak yerde tutulması gerekirken soğuk bir yerde tutulması.

²⁵⁶ Ör. Hastanın ameliyat öncesi kan gruplarına bakılmaması, ameliyatta kullanılacak aletlerin sterilize edilmemesi, ameliyathanenin öncesinde denetlenmemesi.

²⁵⁷ Hekimin mesleği ve uzmanlığı ile ilgili tıpta uygulaması benimsenmiş ve kabul edilmiş klasik bilgilerden yoksun olması veya buna uygun davranmaması, kendini ülke tıbbının gelişmesi düzeyinde yetiştirmemesi gibi. (Hancı, a.g.e., s.27-28.)

²⁵⁸ Faik Çelik, *Cerrahin Yasal Sorumlulukları*, <http://docplayer.biz.tr/7951617-Cerrahin-yasal-sorumluluklari-dr-faik-celik.html> Erişim Tarihi 21.04.2017; Hülya Türkan, Harun Tuğcu, 200-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları, *Gülhane Tıp Dergisi* 2004, 46(3), [226-231], s.227; Hancı, a.g.e., s.26-28.

emir ve talimatlara riayetsizlik etmesinde ise ilgili kanun, tüzük, yönetmelik vs. ihlali söz konusudur²⁵⁹.

Bu tip kusur çeşitlerinin varlığı halinde, özel hukuk açısından hekime karşı Türk Borçlar Kanunu kapsamında hastaya tazminat davası açma hakkı doğmaktadır. Ayrıca TCK açısından da suç teşkil ediyor ise hastanın ceza davası açma hakkı olur. Hasta her iki yasal yola ayrı ayrı başvurabileceği gibi herhangi bir sebepten sadece birini de seçebilir²⁶⁰.

5.2. Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Taksirli Eylem Bakımından Değerlendirilmesi

İzin verilen riskin tıbbi karşılığı komplikasyon olarak adlandırılmaktadır²⁶¹. Tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik, emir ve nizamla uymamak kısaca taksir ise tıbben malpraktis olarak değerlendirilmektedir²⁶². Komplikasyonun bir başka tanımı ise şu şekilde ifade edilmektedir; *hastanın hastalığı sırasında veya hastanın tedavisi sırasında günümüzde kabul edilebilir, ülkede uzmanlık dernekleri tarafından kabul edilebilir, tedavi ve cerrahi ile ilişkili olan ve tıp literatüründe beklenti oranı düşük olan durumlar komplikasyondur*²⁶³²⁶⁴.

²⁵⁹ Ör. Denemek ve becerisini ortaya koymak için bilinen, kabul görmüş yöntemlerin dışına çıkılması gibi.

²⁶⁰ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.106.

²⁶¹ “Sanıklardan ...'un ... ilçesinde faaliyet gösteren ...Tıp Merkezi'nde doktor olarak, diğer sanık ...'ın ise hemşire olarak çalıştıkları, 23/11/2013 tarihinde yüksek ateş, baş ağrısı ve halsizlik şikayeti ile anılan Tıp Merkezine başvuran katılana, sanık doktorun talimatı doğrultusunda, diğer sanık hemşire tarafından kalçadan ağrı kesici enjeksiyon uygulandığı, bir süre sonra katılanın bacağına uyuşma meydana geldiği, akabinde ileri tetkik ve tedavi için ...Devlet Hastanesi'ne sevk edildiği, aynı hastaneden alınan adli rapora göre, katılanın duyu ve organlardan birinde sürekli işlev zayıflaması meydana gelecek şekilde yaralandığının tespit edildiği olayda; İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 22/11/2013 tarih, 8361 Sayılı raporunda özetle; mevcut bulguların kişide var olan nöropatiden bağımsız olarak yapılan enjeksiyonun komplikasyonu sonucu da oluşabileceği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği bu durumun, enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arızalara sebep olabileceği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği anlaşıldığından, sanıklar hakkında beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yarg. 12.CD. 19.09.2016, 2015/13488, 2016/11124. Bkz. www.kazanci.com

²⁶² Hancı, a.g.e., s.30.

²⁶³ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, İstanbul, 2014, s.42.

Malpraktis ile komplikasyon ayrımının tıbbi standart sınırında belirlendiği daha önce ifade edilmişti. Tıbbi standardın tespitinde; tıp biliminin güncel olarak ulaştığı bilimsel ve teknik seviye, ortam koşulları ve aynı yetkinlik seviyesinde bir hekimin göstermesi gereken dikkat ve özen değerlendirilir²⁶⁵.

Komplikasyon eğer zamanında farkedilmez, farkedilmesine rağmen gereken önlemler alınmaz ya da önlem alınmasına rağmen bu önlemler tıbbi standart bakımından bir müdahale olarak değerlendirilmez ise, komplikasyon malpraktise dönüşecektir. Burada komplikasyonlar doğru ve düzgün yönetilmediği için hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Örneğin; kanama hali basit müdahalelerden büyük operasyonlara kadar olağan bir durum olarak kabul edilir ve bir komplikasyondur. Fakat hastada kanın pıhtılaşmasını önleyen bir hastalık mevcut ise ya da başka bir tedavisi sebebiyle kan sulandırıcı ilaçlar kullanıyor ise, hasta bakımından gerekli incelemeler yapılmaması, yapılmakla birlikte önlem alınmaması sonucu hastada zarar oluşması olayın artık malpraktis olduğunu gösterir²⁶⁶.

Bazen hasta üzerinde gerçekleştirilen teşhis veya tedavi yöntemlerinde bir takım ek yardımcı faktörler kullanılabilir. Tedavide ilaç takviyesi günlük hayatta çok sık görülen bir uygulamadır. Fakat kullanılan ilaçların bir takım yan etkileri olabilmektedir. Bu yan etkiler, bazen tıp alanında daha önce deneyimlenmiş olması sebebiyle öngörülebilme bazen de hastaların fizyolojik farklılıklarına göre etki gösterdiği için öngörülememektedir. Hastanın sağlığının bozulması, uzuv zaafına yol açması, algılamasında geçici bozukluk meydana getirmesi gibi neticeler doğduğunda hekimin sorumluluğu ne olacaktır? Herhalde, tedavi için kullanılan ilacın yan

²⁶⁴ “Kovuşturma evresinde İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 15.01.2014 tarihli ve 279 karar sayılı, “Dava konusu olayda kişiye gluteal bölgeden intramuskuler enjeksiyon yapıldığının belirlendiği, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemeyecek ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline ve enjeksiyon yapılma talimatı veren ilgili hekime herhangi bir kusur izafe edilemediği oy birliği ile mütalaa olunur.” şeklinde görüş içeren rapora itibarla mağdurda meydana gelen sağlık sorununun oluşmasında sanığın kusurunun bulunmamasından dolayı sanık hakkında CMK'nın 223/2-c maddesi gereğince beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” **Yarg. 12.CD. 04.11.2015, 60/16705.** Bkz. www.kazanci.com

²⁶⁵ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s.114.

²⁶⁶ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, a.g.e., s. 80-81, 111.

etkisinin oluşturacağı risk, kullanmaması halinde oluşabilecek risklere ağır basıyorsa, hekimin ilaç takviyesini ya da tedavisini tercih etmeme, alternatif bir yol seçme sorumluluğu doğacaktır. Hekim, davranışına devam edip hastanın yaralanmasına sebep olursa tıbbi hata sorumluluğu olacağı kesindir. Fakat ilaç tedavisinin gerekliliği söz konusu ise, hekimin öncesinde hastayı bilgilendirmiş, bu kapsamda sonuç ve risklerini anlamasını sağlamış ve o doğrultuda onamının alınmış olması beklenir. Bu durumda oluşabilecek tehlike ve zararlardan sorumlu olmayacağı kabul edilecektir. Aydınlatmanın noksanlığında ise malpraktis olacağı bilinmelidir.

Enfeksiyon, pek çok tıbbi müdahalede ortaya çıkan ve sık rastlanan bir komplikasyon örneğidir. Burada da dikkat edilecek nokta, tıbbi müdahale sonrasında gelişecek enfeksiyon ihtimalinin önceden düşünülüp önlem alınıp alınmadığı konusudur²⁶⁷. Burada komplikasyonun doğru olarak ve zamanında belirlenmesi, oluşan olumsuzluklara karşı önlem alınması ve bu önlemlerin yeterli şekilde uygulanması komplikasyon yönetiminde önemlidir. Aksi takdirde bu durum komplikasyon değil bir tıbbi hata olarak karşımıza çıkabilir ve hekimin sorumluluğuna gidilir.

Tıp biliminde komplikasyon ya da malpraktis şeklinde iki sarkaç olduğu kabul edilmektedir. Bazı öğretilerde ise bunların arasında bulunan bir takım terminolojilerin daha olabileceği dile getirilmektedir. Bunlardan birisinin *sekel* olduğu ifade edilmektedir. Sekel; yapılan bir tıbbi girişim veya hastalık sonucunda tedavinin kendisinden kaynaklanan istenmeyen durumlar olarak tanımlanır²⁶⁸. Örneğin guatr ameliyatı yapılan bir hastanın guatr bezinin üstündeki küçük paratiroid hormonları da (kalsiyum metabolizmasını düzenleyen hormon) hekim alır ve hastada hipokalsemi (kalsiyum düşüklüğü) oluşur. Bu durum tedavinin kendisinden kaynaklanır. Çünkü mevcut durumda ve o anki tıp bilimi şartları bakımından başka bir ameliyat tekniği de yoktur. Bir başka örnek olarak cerrahi müdahale sonrası oluşan yara izleri sekel olarak tanımlanır²⁶⁹.

²⁶⁷ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.124-125.

²⁶⁸ A. Kemal Yıldız, , *Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı*, <http://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/> Erişim Tarihi 28.04.2017

²⁶⁹ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.41-42.

Malpraktis ile komplikasyon arasındaki çizginin net bir sınırı olmalıdır. Eğer meydana gelen olumsuzluk komplikasyon ise bu durum hekimi yasalar karşısında korur iken, meydana gelen bir malpraktis ise hekimin başını derde sokacaktır. Bu çizginin sınırları uygulama bakımından bilirkişilik müessesesi ile çizilmektedir²⁷⁰.

Tıbbi uygulama hatalarını barındıran davalarda genel itibariyle tazminata konu olan meblağların yüksek olması bu durumun kötüye kullanılmasına yol açabilmektedir. Bunu önleyebilmek için de tıbbi bilirkişi ve yargıçlara önemli sorumluluklar ve görevler düştüğü kabul edilmelidir²⁷¹.

Hekim hastaya tıbbi müdahalelerde bulunurken hastanın vücut bütünlüğünü ve sağlığını tehlikeye atmamak, zarar vermemek, sağlık açısından menfaatlerini korumak ve pek tabii iyileştirmek amacını güder. Bu amaç tıbbi müdahalenin temelini oluşturmaktadır²⁷².

Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuken korunabilmesi için; yapılan müdahalenin hukuki düzende kendine yer buluyor olması gerekir. Bu da; müdahaleyi yapanın hekimlik yapma yetkisinin bulunması, müdahalenin yapılacağı hastanın rızasının alınması, gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün gösterilmesi ile olur. Ortada bir zarar söz konusu ise (yaralanma ya da ölüm sonucu) hekimin eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılır, gerçekten de hekimin eylemi istenmeyen neticeyi doğurmuşsa o halde bu sonucun bir komplikasyon mu yoksa bir tıbbi malpraktis mi olduğu araştırılır. Tıbbi malpraktis olduğu tespit edilirse kabul görmüş tıp mesleği verilerinin takip edilip edilmediğine bakılır ve hekimin netice kapsamında sorumluluğuna gidilir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ise TCK'nın 22. maddesinde düzenlenen taksir kapsamı içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla ister cerrahi müdahale gibi hastasının vücut bütünlüğüne doğrudan yönelik olsun ister psikoterapi şeklinde olsun, hekimin vereceği zararların hastanın sağlığında bozulmasına yol açması ya da hastanın ölümü ile sonuçlanması, hekimin taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarının cezai sorumluluğuna götürecektir.

²⁷⁰ Akyıldız-Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.80.

²⁷¹ Sözen-Alkan, *a.g.m.*, s.31.

²⁷² Demirhan, *a.g.e.*, s.46.

Sonuç olarak, tıbbi müdahale esnasında gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmamasından kaynaklanan ve öngörülebilir iken öngörülmeleyen netice sonucunda icrai veya ihmali eylemler nedeniyle meydana gelen zararlar, TCK'nın 85. ve 89. maddelerinde düzenlenen taksirli adam öldürme ve taksirli yaralama suçları bakımından değerlendirilmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HEKİMİN TAKSİRLİ EYLEMİNDEN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

Hekimlerin taksirli eylemlerinden doğan cezai sorumlulukları konusunda iki nokta önemli kabul edilmektedir. Bunlardan biri tedavi serbestisi, diğeri ise mesleki hata kavramıdır. Tedavi serbestisi, hekimlerin teşhis, tedavi gibi tıbbi müdahale türlerine ilişkin araçları ve kuralları seçerken serbest olmasını ifade etmektedir. Hekim, hastanın durumunu ve entelektüel yeteneklerine göre en uygun gördüğü yöntemi seçme ve takip etme hakkına sahiptir. Buradaki amaç, hekimlere kendi tecrübelerini ve bunlardan edindiği kanaatlerini uygulama fırsatı vermektir. Fakat hekimin tedavi serbestisini de, yeni ve tartışmalı olan bir tedavinin hastaya uygulanmasına kadar genişletmek mümkün değildir. Hekim tercihini bu şekilde kullanmış ve neticede hastanın sağlığında zarar meydana gelmiş ise burada artık bir çeşit mesleki kusur olduğu kabul edilmektedir. Çünkü teknik ve bilimsel gelişmeler, kişilerin hayat ve sağlıklarına zarar verebilecek yöntemleri haklı göstermez²⁷³.

Hekimin seçtiği yöntem ile genel olarak uygulanan usuller karşılaştırıldığında ikincisi daha tercih edilebilir ise yahut hekim seçimini bilimsel bakımdan objektif bir şekilde haklı gösteremiyor ise mesleki hatanın varlığından söz edilecektir. Fakat mesleki hata, kendi başına hekimin taksirden doğan cezai sorumluluğu için yeterli olmaz. Ayrıca hekimin kusurlu olması da aranır. Hekimin mesleki hatasının kusurlu olup olmadığını tespit edebilmek için somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak yöntemlerin karşılaştırılması gerekir. Yöntemlerden birisinin kesin üstünlüğü kabul edilemez ya da hangisinin somut olay bakımından daha fazla başarı şansının bulunduğu tespit edilemediği hallerde hekimin kusurunun olmadığı sonucuna varılır. Dolayısıyla hekimin yöntemi seçerken dikkatsiz, tedbirsiz veya acemice hareket etmediği kabul edilir. Fakat kesin ve tartışmasız teşhis ve tedavi yöntemi olan durumlarda, bunlara uymayan hekim, hastanın sağlığında oluşan zarardan taksiri sebebiyle sorumlu olur. Çünkü haklı bir neden olmaksızın ve gereksiz yere tehlikeli yöntemin seçilmesi kusurluluğa yol açacaktır²⁷⁴.

²⁷³ Keyman, *a.g.m.*, s.81-82.

²⁷⁴ Keyman, *a.g.m.*, s.83.

Hekimlerin cezai bakımından suç oluşturan eylemlerin başını taksirle yaralama eylemi çekmektedir. Taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarının pek çok ortak yönü mevcuttur. Genel itibariyle sadece netice bakımından farklılık oluşturur.

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek hastanın ölümüne veya yaralanmasına sebep olması durumunda taksirden bahsedilir. Hastanın yaralanması ya da ölmesi neticesine göre de ilgili madde hükümleri uygulanır.

Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suç tipleri TCK bakımından ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da taksirle adam öldürme suçu 455. madde de düzenlenmiş olup taksirle müessir fiil hükümleri ise 459 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK ile birlikte taksirle öldürme 85. madde de, taksirle yaralama suçu ise 89. madde de düzenlenmiştir. Ayrıca bir takım özel kanunlarda da bu konuda düzenleme mevcuttur²⁷⁵. Taksirle işlenmiş dahi olsa vücut bütünlüğünün ve sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda devletin bu durumu iyi bir şekilde soruşturması ve hukuki yollarla takip etmesi gerekmektedir. Neticede yaşam hakkının ihlali söz konusudur.

²⁷⁵ Hususi Hastaneler Kanunu 43. Madde; “29 uncu maddede yazılan cerrahi ameliyeleri aynı maddede yazılı tetkik ve tedavileri yapılmadan icra eden tabiplere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, beşbin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Eğer bu suretle cerrahi ameliye yapılan hasta vefat eder ve vefatın ameliyattan evvel yapılması lazım ve mümkün olan şartların ifa edilmemesinden ileri geldiği meydana çıkarsa cerrahi ameliyeyi icra eden tabip hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri tatbik olunur. 29 uncu maddenin son fıkrasında yazılı zaruri sebeple ameliyattan evvel ifa edilmeyen şartlardan ve bunların neticelerinden dolayı cezaya hükmolunmaz.”; HHK 44. Madde; “Tedavisini üstüne aldığı hastaları, yerine vekil bırakmadan izinsiz olarak kendi arzularıyla terkederek bu hastaların tedavisiz kalmalarına sebep olan, 11 inci maddede yazılan mütehassıs tabiplere ikibin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Eğer bu suretle tedavisiz bırakılmak neticesi olarak hasta kişinin hastalığının ağırlaşması veya ölmesi halinde mes’ul mütehassıs tabip hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri tatbik olunur.”

1. HEKİMİN TAKSİRLE ÖLDÜRME SUÇU

1.1 Genel Bilgiler

Taksirle öldürme suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kişilere Karşı Suçlar kısmının Hayata Karşı Suçlar başlıklı bölümünde 85. madde de düzenlenmiş olup maddenin ilk fıkrasında suçun temel şekli, ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli hali yer almaktadır. Taksirli suçun haksızlık unsurunu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır²⁷⁶. Bazı yazarlara göre²⁷⁷ “taksirle öldürme” suçu yerine “taksirle ölüme sebebiyet verme” suçu denilmesi, taksirli suçlarda failin neticeye yönelik bir isteme arzusu söz konusu olmadığından daha uygun görülmektedir. Nitekim “taksirle öldürme” ifadesinin psikolojik bakımdan *isteme* unsuru bulunduğu ve öldürmeye kastı olduğu izlenimini verdiği düşünülmektedir.

765 sayılı TCK'da taksir belirli kalıplar halinde düzenlenmiş fakat açık bir şekilde taksir tanımı yapılmamıştı. Taksirle öldürme suçu bakımından da belirli bir tanım mevcut olmayıp tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata ve evamir ve talimatlara riayetsizlik gibi taksirle ölüme sebebiyet verme nedenleri yer almaktaydı.

Taksirle öldürme suçu, kasten öldürme suçundan manevi unsur bakımından farklılık gösterir. Onun dışında suç unsurları aynıdır.

1.2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Taksirle öldürme suçunda korunan hukuki değer; yaşama hakkı, kişinin hayatı²⁷⁸, vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal rahatlığı, iyiliğidir²⁷⁹. Yaşama hakkı hem kişisel hem de toplumsal bir değer taşımaktadır. Dolayısıyla bu hakkın ihlaline yönelik fiillerin taksirli de olsa bir yaptırımı mevcuttur²⁸⁰.

²⁷⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.221.

²⁷⁷ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (3.Bası), Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s.99; Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2004, 180-181.

²⁷⁸ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.219; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.126, 221; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.104.

²⁷⁹ Hakeri, *a.g.e.*, s.442

²⁸⁰ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.104.

Ölümün gerçekleşme anı bakımından ise ülkemizde genel olarak beyin ölümü²⁸¹ kıstas alınmaktadır.

1.3. Suçun Unsurları

1.3.1. Maddi Unsurlar

1.3.1.1. Fiil (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)

Taksirle öldürme suçunun maddi unsuru, taksirli hareket ile bir kişinin ölümüne sebep olmaktır. Taksirle öldürme suçu bir şeyi yapma, bir davranışta bulunma gibi icrai hareketlerle işlenebileceği gibi bir şeyi yapmama, hareketsiz kalma gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Yanlış ilacın hastaya enjekte edilmesi vb. icrai hareketlere, hastayı zamanında hastaneye sevk etmemek²⁸², iltihabın geç fark edilmesi gibi hareketlerde ihmali hareketlere örnek gösterilebilir²⁸³. Burada önemli olan yapılan hareketin kanun maddesinde gösterilen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Ayrıca fail hareketi bir defa yapabileceği gibi birden fazla defada yaparak suçu meydana getirebilir. Hareketin sayısı, suçun oluşu bakımından değil TCK 61. madde uyarınca temel cezanın belirlenmesi bakımından önem arz eder²⁸⁴.

Failin hareketi ile netice arasında bir bağ, bir ilişki bulunmalı ve ölüm sonucunun failin hareketi neticesinde olması gerekmektedir. Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında “*Taksirli suçlarda nedensellik bağının varlığının kabulü için, failin hareketinden bağımsız bir etkenin sonuca tek başına neden olmaması gerekir.*”

²⁸¹ Beyin ölümü; beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak şekilde kaybetmesidir ve bu andan itibaren kişinin ölmüş olduğu kabul edilir. Çakmut, *Tıbbi*, s.165.

²⁸² “*Olay tarihinde Erciş Devlet Hastanesinde acil doktoru olarak çalışan sanığı üzerine sıcak su dökülmesi sonucu yaralanan 2002 doğumlu Sultan Bedir’in ölümünde, İstanbul Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun raporu gereğince ölenin tedavisini hastanede yapmaması ve hastane şartları buna imkân vermiyorsa öleni gerekli şartların sağlanacağı bir merkeze göndermemesi nedenleri ile kusurlu olduğunun belirtilmesi karşısında sanık hakkında 2 yıl 6 ay olarak tayin edilen temel ceza tayininde isabetsizlik bulunmadığı, katılanların şikâyetlerinden vazgeçmelerinin ceza miktarının yeniden değerlendirilmesini gerektirmediği gibi, ceza miktarı itibariyle CMK’nın 231. Maddesinin koşulları bulunmadığından tebliğnamedeki bozma düşüncelerine iştirak edilmemiştir.” **Yarg. 12.CD. 2014/4000 2014/5211.** (Akt. Şatır, a.g.e., s.346.)*

²⁸³ Şatır, a.g.e., s.333.

²⁸⁴ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Madde 86-146)*, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.2903.

Sonucun tamamen mağdurun kusurlu hareketinden kaynaklanması halinde bir başkasını bu sonuçtan sorumlu tutma olanağı bulunmamaktadır.” demiştir²⁸⁵.

Çalışma itibariyle hekimlerin tıbbi müdahaleleri odak noktası alındığı için burada bahsedilen fail hekim olarak düşünülmelidir. Dolayısıyla hekimin hatalı müdahalesi ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı yoksa hekimi sorumlu tutmak mümkün olmaz. Çünkü taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmalıdır. Hekimin neticeden sorumlu tutulması için bu yükümlülüğe aykırı davranışı aranır. Mevcut değil ise burada artık failin ceza hukuku bakımından sorumluluğu söz konusu olmaz²⁸⁶.

Nedensellik bağının belirlenmesi konusunda kullanılan ölçü, hekimin müdahalesinin özenli yapılmış olması halinde ölüm neticesinin kesinlik sınırında bir olasılıkla önlenecek olmasıdır²⁸⁷. Bununla birlikte tıbbi müdahale ile ölüm olayı arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı esasen Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve üniversitelerden alınacak raporla belgelenmelidir. Bu durum yargılama bakımından sorumluluğun tespiti için önem arz eder.

Failin taksirli hareketine başka sebeplerin katılmasıyla meydana gelen ölüm neticesinin olduğu durumlarda fail taksirle öldürme suçundan değil taksirle yaralama suçundan sorumlu olur. Bu duruma ilişkin Yargıtay’ın 12.02.1982 tarihinde verdiği bir karara göre; taksirli hareketle yaralanan mağdurun yirmi dokuz gün sonra hastanede öldüğü olayda, ölümünün bacadaki açık yaranın ameliyat sonrası bakım sürecinde ortaya çıkan mikrop toksinlerinin kana karışmasıyla meydana gelmesi

²⁸⁵ **Yarg. CGK 16.10.2007, 192/221.** (Akt. Şatır, a.g.e., s.341.)

²⁸⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.223.

²⁸⁷ “18.7.2009 günü Acil serviste görev yapan pratisyen hekimin, hastaya “akut tonsilit” teşhisi koyarak ilaç tedavisi önerdiği, hasta yakınlarının beyin tomografisi çekilmesini talep etmeleri üzerine, tomografi çekilecek durum olmadığını belirterek hastayı taburcu ettiği, bu sırada şikayetleri artan hastanın yakınlarının hastaneden gitmek istememeleri üzerine, sanığın hasta yakınlarına serviste iyileşene kadar durabileceklerini beyan ettiği, ertesi günü nöbeti devralan doktor tarafından tomografi çekilmesi üzerine beyin sapında kanama olduğunun tespit edildiği, Pamukkale Üniv. Hastanesinde yoğun bakımda kalan hastanın 25.7.2009 tarihinde öldüğü olayda, tomografi çekilmesindeki gecikmenin hastanın ölümüne neden olup olmadığı, erken teşhis ve tedavi bağlamında sonucu etkileyip etkilemeyeceği, bu hususta sanığın kusuru bulunup bulunmadığı araştırılmalı...” **Yarg. 12.CD. 14.03.2014, 2013/10750/6454;** (Akt. Şatır, a.g.e., s.336.)

nedeniyle, taksirle ölüme değil, taksirle yaralamaya ilişkin hükmün uygulanması gerektiğine karar vermiştir²⁸⁸.

Fail ancak netice öngörülebilir durumda ise bunu öngörmediği için suçlanabilir. Öngörülebilir olmayan netice karşısında failin taksirli suç bakımından dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemez. Neticenin öngörülebilirliğin tespiti her somut olaya ve olayın failinin özelliklerine göre yapılır.

1.3.1.2. Suçun Faili ve Mağduru

Taksirle bir kimsenin ölümüne sebebiyet verilmesi suçundaki *kimse/kişi* sıfatı, anne karnındaki çocuğun tam ve sağ olarak doğduğu anda kazanıldığından, doğum başladığı sırada anne karnında ölmesi sebebiyle kimse sayılmaz²⁸⁹. Ayrıca böyle bir durumda suçun cezayı artıran nitelikli hali TCK 85/2’de düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusu bakımından, suçun faili olabilmek için sağlık personeli olması aranır. Suçun mağduru ya da maktul olunabilmesi için ise ceninin sağ doğması şarttır. Ayrıca ölüm anının tespiti bakımından beyin ölümünün gerçekleşmiş olduğu an kabul edilir²⁹⁰.

Yargıtay verdiği bir kararda ağırlı gebelik ile hastaneye başvuran hastanın karnındaki bebeğin durumunun sıkıntıya girdiği ve bu durumun bulgularla da tespit edildiği, bebeğin sağ ve tam doğduktan 2 gün sonra asfiktik doğum ve komplikasyonlar sonucu ölmesi olayında, doğum uzmanı hekimin zamanında doğuma gelmemesi ve müdahale etmemesi sebebiyle kusurlu sayıldığı ve bebeğe karşı taksirle öldürme suçu işlediği kabul edilmiştir²⁹¹. Dolayısıyla taksirle öldürme suçunda, mağdurun tam ve sağ doğduktan sonra uzun bir süre yaşaması gerekli olmayıp bir süre kadar yaşamış olması suçun mağduru bakımından kişi sıfatını kazanması için yeterli görülmektedir.

²⁸⁸ Yarg. 9.CD. 12.02.1982, 570/709, Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.109.

²⁸⁹ Hakeri, *a.g.e.*, s.441.

²⁹⁰ Şatır, *a.g.e.*, s.333.

²⁹¹ Yarg. 12.CD. 31.05.2016, 2015/11270, 2016/9099. Bkz. www.kazanci.com

1.3.1.3. Suçun Konusu

Taksirle öldürme suçunun konusu, fiile muhatap olan insan yaşamıdır²⁹². Doğumunun başlangıcıyla *kimse* niteliği kazanan insan hayatıdır. Mesela doğum başladığı sırada anne karnında ölmesi *kimse* sayılmasına engel oluşturur. Çünkü bu sıfatı ancak anne karnından sağ ve tamamıyla doğduktan sonra kazanır²⁹³. Netice itibarıyla bir hekimin tıbbi müdahale esnasında taksirli eylemleri ile hastanın ölmesine sebep olması durumunda suçun konusu hastanın yaşamıdır, hayatıdır.

1.3.2. Manevi Unsurlar

Failin (Hekimin) basit veya bilinçli taksir ile hareket ederek istenmeyen neticeye sebep olması aranır. Burada neticenin öngörülebilir olması ve failin hareketi sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. Hekimin öngörülebilir neticeyi öngörmeden gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin sonuçlarından basit taksirle, neticeyi öngörüp istemediği hallerde de bilinçli taksir ile hareket ettiği kabul edilir²⁹⁴. Mesela hekimin sterilize edilmemiş cerrahi ameliye aletleriyle tıbbi müdahalede bulunması neticesinde hastanın enfeksiyon kaparak ölmesi durumunda hekimin bilinçli taksirli hareketinden sorumlu tutulur.

²⁹² Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.137.

²⁹³ Hakeri, *a.g.e.*, s.441, 443.

²⁹⁴ “*Oluşa ve dosya kapsamına göre henüz 16 yaşında olan ölenin, diş ağrısı şikayeti ile sanığın diş teknisyeni olarak çalıştığı iş yerine kardeşi ile birlikte gittiği, sanığın doktor olmadığını söylemediği, “moralim bozuk diş çekmem” diyerek ölene müdahale etmediği, ölenin bu kez başka bir doktora gittiği, bu doktorun apseli olması sebebiyle dişi çekmediği geçici dolgu yaptığı ancak ağrısı geçmeyen ölenin yeniden sanığın çalıştığı iş yerine gittiği ve dişini çekirmek istediğini söylediği, ölenin kardeşinin, sanığa başka bir doktora gittiklerini ve bu doktorun dişi çekmediğini söylediği, sanığın dişe geçici dolgu yapıldığını ve dişin apseli olduğunu görmesine rağmen, ölenin dişini çektiği, çekme işleminden kısa süre sonra fenalaşan ölenin kaldırıldığı hastanede 9 gün sonra “diş apsisi ile ilişkili septik şok ve gelişen komplikasyonlardan” dolayı öldüğü olayda, diş teknisyeni olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunmayan sanığın, apseli olduğunu bildiği ve bu nedenle çekilmemesi gereken dişi çekmek suretiyle ölüme neden olmasında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu gözetilmeksizin, TCK’nın 22/3. Maddesi gereğince cezada artırım yapılmaması, ...” **Yarg. 12.CD. 10.12.2013, 5731/28511**; (Akt. Şatır, *a.g.e.*, s.342.) Bu karar bakımında ayrıca belirtilmesi gereken husus; somut olaydaki fail diş hekimi değildir ve yapmaya yetkili olmadığı halde müdahaleyi gerçekleştiren diş teknisyenidir. Diş teknisyenlerinin görevlerini; diş hekimlerinin kendisine verdiği ölçülere göre eksik diş ve ağız dokularını tamamlayan, düzenleyen ağız protezleri, çene-yüz protezleri veya sabit-hareketli ortodontik apareyleri, diş köprüleri yapmak, kırılan protezleri tamir etmek, kullandıkları aletlerin bakımını yapmak gibi icraatlar oluşturur. Dolayısıyla diş teknisyenleri bu görevlerin dışında hastalar ile doğrudan mesleki ilişkiye giremez, laboratuvarlarında diş hekimlerinin kullandığı araç ve gereçleri bulunduramaz ve bu belirli sınırların dışında herhangi bir çalışma yapamaz, tavsiyede bulunamazlar (TŞSTİDK Ek-7. madde). Ayrıca 1219 sayılı yasanın 41. maddesi uyarınca yetkisiz olarak diş hekimi faaliyetlerini yapan eylemler suç olarak düzenlenmiş olup üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadırlar.*

Taksirle hareket edilerek işlenen suçlarda genel itibariyle failin tedbirli bir kişi gibi hareket edip etmediği ve etmiş olsaydı ölüm sonucunun doğmayacağı veya tedbirli bir kişinin başka şekilde hareket edeceği durumlarda failin özen yükümlülüğüne uymadığı kabul edilir²⁹⁵. Yargıtay bir kararında²⁹⁶; “*Vekil (doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. Bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır...*” demiştir.

1.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşması eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Fakat bazı hususlar vardır ki hukuka aykırı olarak düzenlenen suç tiplerini hukuka uygun hale getirir. TCK madde 24 ve devamında yer alan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden birinin bulunması halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve failin ceza hukuku bakımından sorumluluğu söz konusu olmaz²⁹⁷. Taksirle öldürme suçu da hukuka aykırı bir suç tipi olarak TCK 85. maddesinde düzenlenmiş iken bu suçun işleniş şekli (hareketi) bazı koşulların varlığı ile hukuka uygun olarak kabul edilir. Dolayısıyla eylemin tipikliğe uygun olduğu belirlendikten sonra hukuka uygunluk nedenlerinin var olup olmadığına bakılır. Eğer uygunluk nedenleri yok ise ya da var fakat kanun koyucunun iradesine ters düşüyorsa, eylem hukuka aykırı kabul edilir²⁹⁸.

Hukuka aykırılık unsuru, yapılan eylemin hukuk düzeninde cevaz vermemesi, eylemin bütün hukuki düzen ile çatışma halinde olduğunu gösterir. Taksirli fiilin tipe uygunluk bakımından belirlenmesinde sadece ceza kanunları ile değerlendirme yapılır iken hekimin fiilinin hukuka aykırılık unsuru bakımından incelenmesinde ise hukuk sisteminin bütünsel yaklaşımından dolayı tüm hukuk düzeni kapsamında bir değerlendirmeye tabi tutulur²⁹⁹. Bu durumda hekimin taksirle öldürme veya taksirle yaralama eyleminin sadece TCK, CMK değil aynı zamanda MK, TŞSTİDK, HMEK,

²⁹⁵ Centel-Zafer-Çakmur, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.112.

²⁹⁶ **Yarg. 13HD. 09.06.2006, 6683/9443.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.745.)

²⁹⁷ Centel-Zafer-Çakmur, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.110.

²⁹⁸ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.263.

²⁹⁹ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.262-263.

ODNK gibi kanunlar ve hekimlik mesleğini konu edinen diğer düzenlemeler bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hekimin tıbbi müdahalede taksire dayalı eylemlerinin *kanun hükmünün yerine getirilmesi, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası* hukuka uygunluk sebepleri bakımından önem arz eder³⁰⁰.

TCK'nın 24. maddesinin ilk fıkrası; "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkra bakımından hekimler, tıp fakültesi mezunu olmaları ile birlikte kendilerine tanınan tıbbi müdahale yapma yetkisine haizdirler. Hekimin, hekimlik mesleğini icra etmesine yetki tanınmıştır. Tıbbi müdahale ise hekimin tıbbi standartlar çerçevesinde hastasının sağlığını daha iyi hale getirmek, hastalığını teşhis ve tedavi etmek için yaptığı her türlü eylemini kapsar. Dolayısıyla hekimin yetkisini kullanırken kanuna ve genel kabul görmüş tıp kurallarına uygun şekilde hareket etmesi beklenir. Aksi takdirde kanunen kendisine tanınan bu yetki hukuka uygunluk unsuru oluşturmayacaktır. Çünkü tıbbi müdahale denilen kavram genel itibarıyla hastanın vücut bütünlüğünün ihlalini kapsar. Hatta teşhis veya tedavi sürecinde hastaya cismen eza verebilir veya sağlığında geçici bozulmalara yol açabilir. Bu nitelikteki bir eylemin hukuka uygun sayılabilmesi için hekime kanunen yetki tanınması ve bu durumun kanunda düzenlenmiş olması aranır.

TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrası bakımından ise; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" denilmektedir. Bir iş, sanat, meslek, bilim veya spor faaliyetlerini gerçekleştirme hakkı, hakkın kullanılmasına örnek teşkil eder³⁰¹. Dolayısıyla hekim, tıbbi müdahale kapsamında gerçekleştirdiği tüm icraatlar bakımından hekimlik icra etme hakkını kullanmakta, bu da hakkın kullanılması düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Hekim TŞSTİDK md.1, Türk Tabipler Birliği Kanunu md.7 ve mesleğini geçici olarak yapmaya engel hususları taşıyamaması ile birlikte hekimlik meslek hakkını icraya serbesttir.

³⁰⁰ Kanun koyucu, genel olarak hukuka uygunluk sebeplerini Türk Ceza Kanunu bakımından 4 başlık halinde maddelenmiş olup şu şekildedir; *kanun hükmünü yerine getirme*(Md.24/2), *meşru savunma*(Md.25), *hakkın kullanılması*(Md.26/1) ve *ilgilinin rızası*(Md.26/2).

³⁰¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.389.

TCK'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” belirtilmektedir. Bu rızanın kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması gerekir. Buna mülkiyet hakkı gibi bir hak örnek gösterilebilirken hastanın yaşam hakkı gösterilemez. Çünkü yaşam hakkı kişinin en esaslı, en yüce hakkıdır. Zira, bu hakkın korunmadığı durumlarda diğer maddi ve manevi hakların bir önemi kalmaz. Bu sebeple devlet kişinin yaşam hakkını korumaya yönelik önlemler almalıdır. Öyle ki, kişinin kendisinin bile üstünde her türlü kararı verebilmesine, tasarrufta bulunabilmesine izin verilmeyebilir. Türk Hukukunda ötenazi yasağı buna örnek olarak gösterilebilir. Hekimin, hastanın veya yakınlarının talebi doğrultusunda ötenazi işlemini gerçekleştirmesi hukuka uygun kabul edilmemekte aksine hekimin cezai, hukuki ve idari sorumluluğunu doğurmaktadır.

Hekimin hasta üzerinde yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için ya hastanın bu müdahaleye cevaz vermiş olması ya da varsayılan rıza halinin olması gerekir. Bilinci yerinde olmayan bir hastanın acile getirilmesi ve hayatı tehlikesinin olması, müdahalenin derhal yapılması gereken şekilde gelişen durumlarda varsayılan rızadan bahsedilir. Bu durum aynı zamanda MK 24/2'de de düzenlenmiştir. 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.*” Dolayısıyla, AY 17. maddede de düzenlenmiş olan kişinin yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığının korunmasına yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler *üstün nitelikte özel veya kamusal yarar* olarak kabul edilmelidir. Hastanın rızasının tıbbi müdahaleden önce ya da en azından esnasında alınması gerektiği de bilinmelidir.

Bununla birlikte yapılacak müdahale kapsamının tıbbi bir endikasyonun varlığı da aranır. Nitekim tıbbi endikasyonu olmayan bir tıbbi müdahale hem etik kabul edilmez hem de hukuka uygunluk unsurunu taşımaz³⁰².

³⁰² Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.62.

1.4. Suçun Nitelikli Halleri

TCK 85. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre taksirli hareketin birden fazla insanın ölümüne ya da birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi hali taksirle öldürme suçu bakımından nitelikli hal olarak kabul edilmektedir (TCK md.85/2). Özellikle taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına yol açmak neticesi bakımından yaralamadan dolayı şikayet şartı aranmaktadır. Çünkü taksirle yaralama suçu bakımından 89. maddenin 5. fıkrasına göre taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

“Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.” (TCK md.89/5). Buna göre taksirle yaralama bakımından 89/1 kapsamına giren hallerde bilinçli taksir unsuru olsa bile suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olacaktır. Dolayısıyla taksirle öldürme suçunun yanında nitelikli hal bakımından taksirle yaralamaya da yol açıldığında, şikayet edilmemesi ya da edilen şikayetin geri alınması durumunda taksirle öldürme suçunun nitelikli hali olarak yorumlanmayacaktır³⁰³.

Failin bilinçli taksir ile hareket ederek taksirle ölüme sebebiyet vermesi durumunda TCK madde 22/3'e göre cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Karşılaştırmalı hukukta ise mesleğin icrası esnasında taksirle ölüme sebebiyet verilmesi durumunda, failin daha ağır oranda cezalandırılması gerektiği de düşünülmektedir³⁰⁴.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin verdiği bir karar göre³⁰⁵; *“Dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi bir kişinin ölümüne, birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermek suçundan sanık hakkında; sanığın sorumlusu olduğu diyaliz merkezinde tedavi ettiği, müstekiler ve maktulün hastalara herhangi bir virüsün bulaşmaması için bu husustaki emir, nizam ve talimatlara gerektiği kadar uymayarak virüs*

³⁰³ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.224.

³⁰⁴ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.113.

³⁰⁵ **Yarg. 11.CD. 15.01.2001, 2001/11409, 2002/135.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.729.)

bulaşmasına sebebiyet verdiği ve maktulün bu virüsler nedeniyle vücudunda oluşan hassasiyet sonucu tedavi olamayarak vefat ettiği, ölüm ile sanığın ihmali ve kusuru arasında uygun nedensellik bağı bulunabileceği iddiası karşısında delillerin takdir ve değerlendirilmesinin ağır ceza mahkemesine ait olduğunun dikkate alınması gerekir.” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre hekimin gerekli tıbbi standardı takip etmeyerek belirli kurallara riayet etmemesi sonucu hastanın ölümü ve diğer hastaların bedenine virüsün bulaşması ile sağlıklarının bozulmasına sebebiyet vermesi ile taksirle öldürme suçunun nitelikli haline konu suçu gerçekleştirmiştir. Bu nitelikli hal özel bir içtima kuralı taşıdığı için, fail hekim ayrıca sağlıklarını bozduğu hastalar bakımından taksirle yaralama suçu kapsamında cezalandırılmayacaktır.

2. HEKİMİN TAKSİRLE YARALAMA SUÇU

2.1. Genel Bilgiler

Tıp hukukunda cezai sorumluluk bakımından en sık karşılaşılan suç tipi hekimlerin taksirle yaralama suçudur.

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

Taksirle yaralama suçu TCK'nın kişilere karşı suçlar bölümündeki 89. madde de yer almaktadır. Taksirle yaralama suçu kasten yaralama suçundan bağımsız bir suç olup yaralama fiilinin meydana getireceği zarar istenmemektedir. Fakat fail tarafından gereken objektif dikkat ve özen gösterilmediği için netice meydana gelmektedir. Taksirle yaralama suçunun unsurları kasten yaralama suçunun unsurlarının aynısıdır. Fakat biri kast diğeri taksir ile işlendiği için manevi unsur bakımından farklılık gösterirler.

5237 Sayılı TCK'da yer alan taksirle yaralama suçu Mülga 765 sayılı TCK'ya kıyasla önemli farklılıklar arz etmektedir. Mülga kanunda taksir ile yaralama suçu bazı kalıplar halinde düzenlenmiştir³⁰⁶. Yeni TCK'da ise taksirle

³⁰⁶ Tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik.

işlenen suçlar bakımından failin kusuruna göre kusur tespiti ve cezanın belirlenmesi kabul edilmiştir. Bunun dışında yaptırım bakımından cezalarda artırımı gidilmiştir.

2.2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuksal değer; insan bedeninin bütünlüğü³⁰⁷, vücut dokunulmazlığı³⁰⁸, insanın fiziksel ve ruhsal rahatlığı, iyiliğidir³⁰⁹.

Beden bütünlüğü, vücut dokunulmazlığı bakımından bireyin beden, akıl ve ruh sağlığı koruma altına alınmak istenmiştir³¹⁰. Koruma fiziksel ve ruhsal bakımdan ihlallere karşı oluşturulmuştur.

Vücut dokunulmazlığı, sadece bireyi kapsayan bir durum değil aynı zamanda toplumsal bir değer olarak da kabul edilmektedir ve hukuken korunan bu değer ihlali söz konusu olduğunda yaptırım ile karşılaşır³¹¹. Dolayısıyla bu husus ulusal ve uluslararası tüm hukuk kurallarıyla koruma altına alınmıştır³¹².

2.3. Suçun Unsurları

2.3.1. Maddi Unsurlar

2.3.1.1. Fiil

Yaralama suçunun oluşabilmesi için failin hareketi sonucu mağdurun vücuduna acı vermesi, sağlığını ya da algılama yeteneğini bozması gerekir. Sağlam organın ameliyat edilmesi gibi icrai³¹³ ya da risk bulunmasına rağmen doğum hekiminin çağrılmaması gibi ihmali fiiller söz konusudur.

³⁰⁷ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.193.

³⁰⁸ Koca-Üzülmez, a.g.e., s.219; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Özel Hükümler*, s.126, 221.

³⁰⁹ Hakeri, a.g.e., s.442.

³¹⁰ Sahir Erman, Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 1994, s.94; Apaydın, a.g.m., s.63.

³¹¹ Apaydın, a.g.m., s.63.

³¹² AİHS Md.3-5, İHEB Md.3-5, AY Md.17 vs.

³¹³ Yargıtay yanlışlıkla hastanın sağlam dişini çeken diş hekiminin taksirle yaralama suçu işlediğine karar vermiştir. "...Ancak; suç tarihinde Devlet Hastanesi Diş Polikliniğinde Diş Tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın diş çektirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu mağdurenin çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V No.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde Yüksek Sağlık Şurası'nın 25, 26 Ekim 2001 tarihli raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek onun cismen eza görecek veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması

2.3.1.1.1.Yaralama Kavramı

Yaralama eylemi TCK 86. Maddede düzenlenmiştir. Buna göre; “...başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi...” yaralama fiilini gerçekleştirir. Hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler genellikle yaralama şeklinde olmaktadır. Yaralama, başkasının vücut bütünlüğünü bozmak olarak da ifade edilir.

Vücuda acı verme; mağdurun ne kadar olursa olsun her türlü “maddi acıya” uğramasını ifade eder. Bir kimsenin saçını çekmek, itelemek dahi bu kapsamda sayılır³¹⁴. Maddi acı duyulması ancak vücuda temas edilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Örneğin bir kimseyi korkutmak bir an için sağlığının bozulmasına yol açsa da vücuduna yönelik maddi acı vermez. Yapılan hareketin mağdura acı verip vermediği, mağdurun sübjektif durumuna göre değil, objektif bir kimsenin durumuna göre değerlendirilir³¹⁵. Vücuda acı veren hareketler çoğunlukla sağlığın bozulmasına da yol açar fakat her zaman iki netice bir araya gelmeyebilmektedir. Ayrıca bir kimsenin saçının kesilmesi, sakalının tıraş edilmesi gibi sadece manevi bakımdan acı duymasına neden olan hareketler vücuda acı vermek olarak kabul edilmemekle birlikte kişinin ruhsal bakımdan sağlığının bozulmasına sebep olarak sayılmaktadır³¹⁶.

Sağlığın bozulması; kişinin mevcut sağlığının kötüye gitmesine ya da mevcut hastalık veya sağlık sıkıntısının daha kötüye gitmesine sebebiyet veren yaralama hareketleri bu kapsamda kabul edilmektedir. Sağlığın bozulması durumu süreklilik arz etmek zorunda değildir. Geçici bir süre bozulması da suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir³¹⁷. Mesela hastanın bir süre kadar vücudunda şiddetli sancılar meydana gelmesi halinde sağlığının bozulduğu kabul edilebilir³¹⁸. Tedaviye ihtiyaç

karşısında TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alıılmış uğraşısından alıkoyacağı hususunda uzman hekim ve sanığın kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra neticesine göre hüküm kurulması yerine görevi savsama suçundan hüküm kurulması...” **Yarg. 4.HD. 12.11.2003, 2002/28399, 2003/11352** Bkz. <http://www.kazanci.com>

³¹⁴ Faruk Erem, Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003, s.396.

³¹⁵ Yaşar-Gökcan-Artuç, *a.g.e.*, s.2904.

³¹⁶ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.136-137;Erman-Özek, *a.g.e.*, s.99.

³¹⁷ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*(15.Bası), Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s.138.

³¹⁸ Gökcan, *a.g.e.*, s.577; Nejdet Şatır, *a.g.e.*, s.336.

duyulmadan, kendiliğinden iyileşen yara, sıyrık, şişlik gibi hallerde yaralama suçunun kapsamında sayılır. Tıbben kabul edilen hastalıklar bu kapsamda kabul edilebileceği gibi hastalık olarak nitelendirilmeyen hallerde bu kapsamda kabul edilir. Sağlığın bozulması hususunda hareket sonucu mağdurun vücudunda maddi bir acının oluşması şart değildir. Bununla birlikte mutlaka bir tedavi ile de iyileştirilmesi zorunluluğu aranmaz. Mağdurun sinir krizi geçirmiş olması gibi vücuda acı verme kapsamında sayılmayan fakat mağdurun manevi bakımdan sağlığını etkileyen, herhangi bir bozukluk meydana getiren durumlar bu kapsamda değerlendirilmektedir³¹⁹. Bir hastalığın bulaştırılması da sağlığı bozma olarak kabul edilir. Böyle durumlarda hastalığın bulaştırılması yeterli olup, ayrıca hastalık bulaşan kimsenin hastalığın etkilerini göstermesi beklenmez. Örneğin AIDS/HIV, HEPATİT B gibi virüs taşıyan hastalıklar doğrudan etki etmeyip sadece taşıyıcı olarak da vücutta barınabilir fakat bu virüsü geçiren kişi açısından taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk doğacaktır³²⁰³²¹.

Algılama yeteneğinin bozulması; kişinin ruhsal varlığının işlemesi yönünden kişiye göre normal olan durumdan sapmaları ifade eder³²². Tıp bilimi tarafından akıl hastalığı sayılan durumlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bir kimsenin algılama, düşünme, düşüncesine ve iradesine göre hareket etme yeteneğindeki herhangi bir bozukluk da bu kapsamda değerlendirilir. Bir kimsenin korkutulması ya da bir kimsenin içeceğine, yiyeceğine uyuşturucu ya da sarhoş edici madde konulması gibi³²³. Algılama yeteneğinin bozulması kişide serbest iradesiyle davranabilmeye imkân vermez, kişi kendi düşüncelerini değerlendirebilmede ve doğru hareketi seçmede karar veremez, başkalarının yönlendirmesiyle hareket eder.

³¹⁹ Erman-Özek, *a.g.e.*, s.100.

³²⁰ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.137.

³²¹ “*Dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi bir kişinin ölümüne, birden fazla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermek suçundan sanık hakkında; sanığın sorumlusu olduğu diyaliz merkezinde tedavi ettiği, müştekiler ve maktulün hastalara herhangi bir virüsün bulaşmaması için bu husustaki evamir, nizam ve talimatlara gerektiği kadar uymayarak virüs bulaşmasına sebebiyet verdiği ve maktulün bu virüsler nedeniyle vücudunda oluşan hassasiyet sonucu tedavi olamayarak vefat ettiği, ölüm ile sanığın ihmal ve kusuru arasında uygun nedensellik bağı bulunabileceği iddiası karşısında delillerin takdir ve değerlendirilmesinin ağır ceza mahkemesine ait olduğunun dikkate alınması gerekir*”, **Yarg. 11.CD. 15.01.2001, 2001/11409/2002-135.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.729.)

³²² Dönmezer, *a.g.e.*, s.138.

³²³ Erman-Özek, *a.g.e.*, s.100.

Mağdurun hipnotize edilerek kendisini bilemez hale gelmesi de örnek olarak kabul edilmektedir³²⁴.

Hastanın ruhsal bütünlüğünde de yaralama suçu meydana gelebilir. Şöyle ki; psikolojik tedavi faaliyetlerini gerçekleştiren hekim, hastanın ruhsal durumunda daha da bozulmaya yol açarsa yaralama suçundan dolayı sorumlu olacaktır. Nitekim TCK 86. maddede “sağlığını bozma”, “algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma” şeklindeki ibareler bu tür yaralama suçunu kapsamaktadır³²⁵.

Yaralama fiilinin etkisinin basit tıbbi bir müdahale ile giderilebilecek derecede hafif olması durumu da yaralama olarak kabul edilmekte ve 89/1. maddesi kapsamına alınmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu bu hal için taksirle yaralama suçu bakımından daha az bir cezayı öngörmeyerek maddeyi bu fıkra kapsamında kabul etmiştir³²⁶.

2.3.1.1.2.Yaralama Fiilinin Temel Hali (Hareket-Netice-Nedensellik Bağı)

Failin fiili neticesinde yaralamanın meydana gelmesi gerekir. Aksi halde ortada zarar söz konusu olmadığı için hekimi cezalandırılma yoluna gidilemez. Dolayısıyla suçun oluşması için, yapılan hareket sonucunda mağdurun yaralanması gerekmektedir. Yaralama kavramı, hastanın sağlığının zarar görmesi, bozulması şeklinde olur.

Taksirle yaralama suçunda hareket “*başkasının vücuduna acı vermek, sağlığını veya algılama yeteneğini bozmak*” şeklinde meydana gelmektedir. Vücuda acı vermek hareketindeki acı; ağrı, sızı³²⁷, herhangi bir dış etken dolayısıyla duyulan rahatsızlık, ıstırap³²⁸ şeklinde tanımlanmaktadır. Mülga kanunda yer alan ilgili maddedeki “cismen eza” ifadesi yerine getirildiği görülmektedir. Vücuda acı verme hareketi ile mağdurda meydana gelen az veya çok duyulan her türlü fiziki acı anlaşılmalıdır³²⁹. Taksirle yaralama suçu sadece icrai olmayıp ihmali davranışların

³²⁴ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.138.

³²⁵ Hakeri, *a.g.e.*, s.444.

³²⁶ Apaydın, *a.g.m.*, s.63.

³²⁷ *Acı*, Temel Türkçe Sözlük(Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî), Karakuşak Basın ve Yayın, C:1, İstanbul, 1986, s.5.

³²⁸ Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr>, Erişim Tarihi 07.05.2017

³²⁹ Dönmezer, *a.g.e.*, s.116; Apaydın, *a.g.m.*, s.64.

gerçekleştirilmesi ile de işlenmektedir³³⁰. Dolayısıyla ceza hukuku bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet gibi bazı kurallara uyulması beklenmektedir.

Eylem ile netice arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir³³¹. Hekimin sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesiyle cezai sorumluluğuna gidilemez. Ayrıca bu hareket sonucu yaralama ya da ölüm meydana gelmelidir. Nedensellik bağının belirlenmesindeki ölçü; hekimin müdahalesini gerektiğinde yapmış olması ya da yaparken özenli hareket etmiş olması halinde yaralama fiilinin kesinlik sınırında bir olasılıkla önlenecek olmasıdır. Şöyle ki; bu hareket yapılmasaydı neticenin de gerçekleşmeyeceğinin kesinlikle anlaşılmasından ziyade bu durumun mümkün ve muhtemel olmasının yeterli olacağı düşünülmelidir³³². Tıbbi standardın takip edilmiş olması durumunda da hastanın hayatı kurtarılamayacak idiyse, özen yükümlülüğünün ihlalinin bir öneminin kalmadığı ve müdahale ile yaralanma arasında bir bağın bulunmadığı kabul edilir³³³.

³³⁰ “Sanık ...'in ... Acil Yardım Hastanesinde pratisyen hekim olarak görev yaptığı, katılan ...'in çocuğu olan 10 yaşındaki mağdur ...'in evde saat 21.00 sıralarında kardeşi ile oyun oynarken başını yere çarpmasının ardından saat 21:49 sıralarında ailesi tarafından hastanenin acil servisine götürüldüğü, burada doktor olarak görev yapan sanık ...'nin müdahale ettiği, tomografi cihazının arızalı olması sebebiyle bilgisayarlı beyin tomografisinin çekilemediği, iki yönlü kraniografisinin çekildiği, katılan ... tarafından çocuğun kulağındaki kanamanın doktora gösterildiği, doktor tarafından eve götürebilecekleri, hastanın birşeyinin olmadığı bildirilmesi üzerine, mağdur ailesi tarafından eve götürüldüğü, 20 dakika sonra kusması üzerine aile tarafından mağdur çocuğun ... Devlet Hastanesine götürüldüğü, burada çekilen bilgisayarlı beyin tomografisinde epidural kanama tespit edilerek acilen ameliyata alındığı olayda; Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu'nun 29 Ocak 2014 tarihli raporunda sanığa kusur atfedilmemiş ise de, dosyadaki delillere ve oluşa uygun olan beyin cerrahi uzmanı imzalı 11.09.2012 tarihli bilirkişi raporunda, "kafa travmalarında hastada bilinç kaybı, bulantı ve/veya kusma olmasa bile; bilgisayarlı beyin tomografisi çekilemiyorsa travmadan en az 6 saat sonrasına kadar müşahade altında kalması gerektiğinin" belirtilmesi karşısında hastanın müşahade altında tutulmaması ve beyin cerrahi uzmanına sevk edilmemesi şeklindeki takip ve tedavide eksikliğe dair ihmali davranışların cezai sorumluluğu gerektireceği ve sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçuna dair TCK'nın 257/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde taksirle yaralama suçundan beraatine karar verilmesi” **Yarg. 12.CD. 16.06.2016, 2015/12865, 2016/10324**. Bkz. www.kazanci.com.tr

³³¹ “Ancak; sanığın devlet hastanesi acil polikliniğinde nöbetçi pratisyen hekim olarak görev yaptığı sırada, trafik kazası sonucu yaralı ve alkollü halde getirilen Yasin Demir'in alkollü olmasının tomografi çekilmesine engel olmamasına karşın tomografi istenmemesi sonucu intrakranial kanamanın geç teşhis edilip adı geçeninin ölümüyle sonuçlanan olay ile ihmali davranış, arasında illiyet bağı olup olmadığı ve gereken özen gösterilerek kanamanın erken teşhis edilmesi halinde dahi ölümün gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, tartışılarak, illiyet bağı var ise, eylemin 765 sayılı TCY.nun 455.maddesine illiyet bağı yok ya da sonuca etkili değilse anılan Yasanın 230.maddesine uyacağı gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır”, **Yarg. 4.CD. 01.10.2007, 8453/7763**. (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.730.)

³³² Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.195; Erman-Özek, *a.g.e.*, s.84.

³³³ Şatır, *a.g.e.*, s.336.

Yaralama eylemi maruz kalanda belirli bir takım fiziksel bulgulara yol açtığı için hareket ile netice arasında illiyet bağı tespiti daha kolay gerçekleşir. Dolayısıyla ruhsal bakımdan varlığının tespiti ise daha zahmetli olmaktadır³³⁴. Bu noktada uygulama bakımından bilirkişi raporlarının, uzman mütalaalarının önemi artmaktadır. Çünkü bir hastanın müdahale sırasında hekimin eyleminden dolayı ve müdahalenin kapsamı ile uyuşmayacak ya da aşan bir şekilde yaralanması fizyolojik inceleme ve yapılan testler ile tespiti bir bakımdan daha somut olmaktadır. Oysaki hastanın ruhsal bakımdan etkilenmiş olup olmadığının tespiti daha zor olacaktır.

İlliyet bağının bulunması için, sonucun tamamen veya yalnızca failin fiilinden meydana gelmiş olması zorunlu değildir. Failin sonuca neden olmuş olması yeterlidir³³⁵. Mesela failin demir bir sopayla mağdurun üzerine yürümesi ile mağdurun kaçarken yolundaki beton direğe çarparak burnunu kırması sonucunda illiyet bağının olduğu kabul edilecektir.

Yaralamaya birden fazla failin hareketinin sebebiyet vermesi, nedensellik ilişkisini etkilemez. Bu durumda her fail kendi kusuruna göre sorumlu olur. Mesela cerrahi ameliyat yapan bir ekip bakımından taksirin varlığı konusunda denetleme, her failin kendi faaliyetine ilişkin kurallara uyup uymadığı açısından yapılacaktır. Çünkü bu tür ekip çalışmalarında her birey diğerinin özenli davrandığına güvenmek durumundadır³³⁶. Fakat diğerlerinin icraatlarını denetleme yükümlülüğü bulunması ya da hatalı hareket edildiğini fark etmesi sonucu müdahale etmesi olanağının bulunduğu durumlar mevcuttur. Hastanın vücudunun farklı bölümlerinde ameliyat işlemini gerçekleştiren ekip çalışanlarından uzman hekim, her ne kadar diğer bir dalın uzman hekiminden doğrudan sorumlu değilse de ameliyat ekibinde bulunan bir asistanı denetleme yükümlülüğünden kaçınmaz. Aksi durumda taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır.

³³⁴ Şemsi Gök, Selman Akyol, R. Özdemir Kolusayın, *Kişilerin Vücut Bütünlüğünde Oluşturulan Zararların Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi*, Adli Tıp Kurumu Yayınları, İstanbul, 1978, s.1; Apaydın, a.g.m., s.65.

³³⁵ Yaşar-Gökcan-Artuç, a.g.e., s.2906.

³³⁶ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.197.

2.3.1.2.Suçun Faili ve Mağduru

Suçun faili bakımından herhangi özel durum getiren bir unsur yoktur. Fakat çalışma itibariyle tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren ya da gerçekleştirilmesine yardımcı olan hekim, bu suçun failidir.

Suçun mağduru ancak yaşayan insan olabilir. Mağdurun fiziksel özellikleri (cinsiyet, ırk, dil, din veya sağlık durumu) taksirle yaralama suçu bakımından suçun oluşmasına engel veya temel etken değildir³³⁷. Mağdurun suçun işlendiği esnada yaşıyor olması ya da canlı olarak doğmuş olması aranmaktadır. Yargıtay bu husus ile ilgili bir kararında³³⁸ açıkça; “*Muğla Devlet Hastanesi’ne sevk edildiği ve burada acilen yapılan “sectio” ile bebeğin saat 23.15’te ölü olarak doğması şeklinde gelişen olayda, bebeğin anne karnın öldüğü, sağ olarak doğmadığı, dolayısıyla kişi sıfatını kazanamadığı anlaşıldığından sanığın eyleminin taksirle öldürme suçunu oluşturmayacağı,*” belirtmiştir.

2.3.1.3.Suçun Konusu

Ancak yaşayan bir insan suçun konusu olabilir. Gen manipülasyonları, kürtajdan sonra cenin üzerinde yapılan deneyler, embriyo transferi, tüpte döllenmiş yumurtaya zarar verilmesi yaralama suç tipinin koruma alanı içine girmemektedir³³⁹. Suçun konusu; doğurulmuş, yaşayan insanın vücudu olunca, ana rahmindeki ceninin bu suçun konusunu oluşturmayacağı anlaşılır³⁴⁰. Bu husus embriyoyu koruyan çocuk düşürme suçu ile yaşamı koruyan öldürme ve yaralama suçlarını birbirinden ayırmada önemli bir kıstas vazifesi görmektedir³⁴¹.

2.3.2.Manevi Unsurlar

Suçun manevi unsuru taksir olup TCK’nın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir*

³³⁷ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.194.

³³⁸ **Yarg. 12.CD. 2013/9865, 2013/13243.** (Akt. Şatır, *a.g.e.*, s.395.)

³³⁹ Hakeri, *a.g.e.*, s.442.

³⁴⁰ Burada suçun mağduru ile suçun konusunun karıştırılmaması gerekmektedir. Taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçunda mağdur ölen ya da yaralanan kişi iken, suçun konusu mağdurun yaşamı, vücududur. Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.280.

³⁴¹ Hakeri, *a.g.e.*, s.443.

davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir?. Kısaca failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi şeklinde olabileceği gibi neticeyi öngördüğü halde istememesi şeklinde de meydana gelebilir. Dolayısıyla kasttan ayrıldığı nokta istenmeyen neticedir.

Neticenin öngörülemeyen hallerde ise failin taksirli sorumluluğuna gidilemez. Çünkü faile yüklenebilecek kusur yoktur. Bu durumda kaza, tesadüf ya da risk gibi haller söz konusu olur. Tıp hukukunda geniş yer tutan komplikasyonların buna girdiği kabul edilmektedir.

Taksirin psikolojik kaynağı dikkatsizlik, özensizlik, tedbirsizliktir. Hekimin tedbirli davranması ya da onun yerinde tedbirli bir başka hekim olması durumunda sonucun başka türlü olacağı söylenebiliyor ise artık hekimin özen gösterme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği kabul edilir. Hekimin özeni gösterip göstermediği *ex ante* olarak incelenir ve failin bulunduğu çevredeki tedbirli kişiler esas alınır³⁴². Böylece somut olaydaki hekimin uzmanlık alanı ve gerçekleştirdiği tıbbi müdahale ile sınırlı olarak diğer hekimler tıbbi standartlar çerçevesinde ne gibi tedbirleri alırdı ve hangi özen yükümlülüğünü gösterirdi ve fail hekim bunu yapmış mı şeklinde tespit olunur.

2.3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Taksirle yaralama suçunun oluşması eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Fakat taksirle yaralamaya sebebiyet verme bakımından somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedenin (*kanun hükmünün yerine getirilmesi, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası*) ortaya çıkması halinde failin cezalandırılması hukuk düzeni ile çelişki yaratır³⁴³. Taksirle yaralama suçunun hukuka aykırılık unsuru, taksirle öldürme suçunda geçerli hükümler ile aynı niteliktedir. Bu sebeple daha önceki konularda bu konuya ayrıntılı olarak değinildiği için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

³⁴² Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.199.

³⁴³ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.197.

2.4.Suçun Nitelikli Halleri

2.4.1. Suçun Bilinçli Taksir İle İşlenmesi

Failin (Hekimin) kusurunun bilinçli taksir olması, suçu ağırlaştırıcı bir sebep teşkil eder³⁴⁴. Bu tür hareketler cezanın üçte birden yarısına kadar artırılması ile hapis cezası şeklinde yaptırım görür(TCK Md.22/3).

Hekimin bilinçli taksirle hareket edip etmediğinin tespiti bakımından Yargıtay bir kararında; “*mesleki kusurluluk ve bu kapsamda tıbbi müdahalelerde bilinçli taksirin kabulü için, yasadaki öngörme ölçütünün tek başına kabulünün yeterli olmadığı, hekim kusurunda bilinçli taksir yönünden aşırı güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıklar ek koşullarının gerçekleşmesinin aranması,*”³⁴⁵ diyerek hekimin öngörebilme ölçütü yanında başka hususlarında değerlendirme bakımından göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

2.4.2. Failin Birden Fazla Kişinin Yaralanmasına Neden Olması

Failin (Hekimin) eylemi sonucunda birden fazla kişinin yaralanması, suçun yaptırımı bakımından cezada ağırlaştırıcı bir sebep teşkil eder. Bu durumda fail altı aydan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde yaptırım görür(TCK Md.89/4). Bu durum bir artırım nedeni olarak değil nitelikli hal olarak düzenlendiği kabul edilmektedir³⁴⁶.

Esasında bu fıkra hükmünün uygulama bulabilmesi için taksirli fiilin derecesi bakımından bir ayırım yapılmamış, sadece fiilin meydana getirdiği netice değerlendirmeye alınmaktadır. Bu fıkra hükmü aynı zamanda taksirle yaralama

³⁴⁴ “Doktor muayenehanesinde sekreter olarak çalışmakta olan sanığın, olay günü arkadaşlık yaptıkları mağdurun işyerine gittiğinde, başının ağrıdığını söyleyen mağdura çantasında taşımakta olduğu enjektörle ilaç enjekte ederek mağdurun yaralanmasına neden olması şeklinde gerçekleşen olayda herhangi bir tıbbi eğitim ve bilgisi bulunmayan sanığın eyleminin bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturduğunu kabulde bir isabetsizlik bulunmayıp, yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafinin suç vasfında yanlıya düşüldüğüne, sanığın kusurunun olmadığına, fazla ceza tayin edildiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi onanmasına, oybirliğiyle karar verildi.” **Yarg. 12.CD. 16.10.2012, 1511/21972.** (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tip/sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.731.)

³⁴⁵ **Yarg. 12.CD. 2013/18184, 2014/2055.** (Akt. Şatır, *a.g.e.*, s.396.)

³⁴⁶ Yaşar-Gökcan-Artuç, *a.g.e.*, s.3091.

suçunda suçun özel görünüş şekli bakımından özel bir içtima kuralı arz eder. Suçların içtimasında fail tek bir fiil ile birkaç suç işlemiş olabilir. Bu suçlar farklı suçlar olabileceği gibi (farklı neviden fikri içtima), aynı suç birden fazla kişiye işlenmiş olabilir (aynı neviden fikri içtima)³⁴⁷. Dolayısıyla hekimin taksirli fiilinin (yaralama) birden fazla kişiye karşı işlenmiş olması aranacaktır. Madde metninde söz edilen birden fazla kişi aslında mağdur sayısı bakımından iki ve daha fazla olduğu halleri kapsamaktadır³⁴⁸.

2.4.3. TCK 89/2. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştırır Haller

Hekimin taksirli davranışı neticesinde mağdurun Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şekilde yaralanması, suçu ağırlaştırır haller olarak düzenlenmiştir ve failin cezası temel cezanın *yarısı oranında* artar. Bu haller aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

2.4.3.1. Duyulardan veya Organlardan Birinin İşlevinin Sürekli Zayıflaması

Taksirli hareketin duyu veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerle ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Duyu, bir kimsenin dış dünya ile ilişkisini gerçekleştirme görevini yerine getiren (görme, işitme, koklama, dokunma, tatma) hislerdir. İnsan vücudunda bulunan, belli duyuların içinde geliştiği ve fizyolojik açıdan işlevlerini yerine getirdiği, anatomik ve fizyolojik bütünlükteki vücut bölümlerine ise **organ** denir. Organlar, vücut içinde bulunduğu gibi vücut dışında da bulunmaktadır. Her birinin yalnız başına vücutta görevleri, bölümleri vardır. Vücudun sindirim, solunum, boşaltım gibi temel sistemlerinin işleyişine yardımcı olduğu ya da bu sistemlerin işleyiş parçası olduğu kabul edilmektedir³⁴⁹.

³⁴⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.633.

³⁴⁸ Yaşar-Gökçen-Artuç, *a.g.e.*, s.3091.

³⁴⁹ Servet Yetim, *Adli Tıp Açısından Uzuv Zaafı, Uzuv Tatili Ayrımı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.87.

Duyu veya organlardan birisinin işlevinin zayıflaması durumunda bu duyu veya organlardan birisi işlevini gerektiği gibi ya da zarar görenin yaralamadan önceki halinde olduğu gibi yapamaz hale gelir³⁵⁰. Meydana gelen zayıflığın sürekli olup olmadığının tespiti tıbbi bir konuyu oluşturmaktadır. Duyu ya da organdaki zayıflığın doğal olmayan tıbbi yöntemlerle tedavi edilerek iyileştirilmesinin mümkün olması söz konusu dahi olsa fail bu suçtan kurtulamaz. Çünkü kimse yapay tedavi yöntemleriyle tedavi olmaya ve bu yöntemlerin uygulanmasına katlanmaya zorlanamaz. Nitekim yapay tedavi yöntemleri ile de mağdurun eski haline kavuşacağı kesinlik arz etmemektedir³⁵¹.

Maddede, duyu veya organlardan birisinin işlevinin zayıflaması söz konusu olup çift organların ağırlaştırıcı neden bakımından tek tek göz önünde bulundurulacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla çift olan göz, kulak, böbrek gibi organlardan sadece birisinin fonksiyonunda zayıflama olması hükmü uygulamaya yeterlidir³⁵². Bu şekildeki neticelerin ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmesindeki amaç; duyu veya organlardan birisinin işlevinde zayıflamaya yol açılması durumunda mağdurun yaşamını sıkıntılı ve daha zahmetli hale getiren failin hakkaniyet gereği daha ağır bir şekilde cezalandırılmasını sağlamaktır³⁵³.

³⁵⁰ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.203.

³⁵¹ Yetim, *a.g.e.*, s.56-57.

³⁵² Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.202.

³⁵³“05.06.2008 tarihinde katılanın, Konya Türk Kızılayı Ticaret Borsası Hastanesi'nde üroloji doktoru olan sanığın çalışmakta olduğu üroloji polikliniğine 6 aydır zaman zaman şiddetlenen sol testis ağrısı şikayeti ile başvurduğu, yapılan fizik muayenede sol grade 3 sağ grade 2 varikosel, sol testiste yumuşama ve küçülme mevcut olduğunun tespit edildiği yapılan tetkikte ise solda varikosel tespit edildiği, bilateral varikosel tanısı ile 09.06.2008 tarihinde katılandan alınan tedavi ve ameliyat izin ve muvafakatname ile arikoselektomi çift taraflı spinal anestezi ile katılana mikrocerrahi ameliyatı yapıldığı, ameliyat sonrası 17.06.2008 de sağ testiste şişlik ve ağrı şikayetiyle katılanın tekrar üroloji polikliniğine başvurduğu, burada sağ epididim-orşit (ameliyat sonrası iltihaplanma) teşhisi ile antibiyotik verildiği, ancak şikayetlerinin devam etmesi üzerine 09.09.2008 tarihinde Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi'nde ve 12.09.2008 tarihinde Bayındır Hastanesi'nde yapılan kontrollerinde sağ testisteki kanlanmanın belirgin şekilde azaldığı ve sağ testisin normalden küçük olduğunun bildirilmesi üzerine katılanın şikayeti sonucu başlatılan soruşturma kapsamında;23.03.2009 tarihinde Adli Tıp uzmanından alınan raporda sağ testisin kaybıyla sonuçlanan tıbbi müdahale olayında %25 oranında kusurlu olduğu, sağ testisin alınmasının duyu ve organlardan birinin fonksiyonunun sürekli kaybına neden olduğu, basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği, yaşamını tehlikeye soktuğunun bildirilmesi üzerine sanık hakkında TCK'nın 89/1-2-a,e maddeleri uyarınca kamu davası açıldığı,” **Yarg. 12.CD. 14.12.2015, 2730/19224**. Bkz. www.kazanci.com Bu olay bakımından YSS, hekimin ameliyatta yanlış arteri bağlayarak dokunun beslenmesini bozduğu hasebiyle kusurlu olduğu ve fakat yapılan tıbbi müdahale kapsamında hastanın hayatı tehlike geçirmediği yönünde; ATK ise olayın bir komplikasyon olduğu, ilgili hekime bir kusur

2.4.3.2. Vücutta Kemik Kırığının Oluşması

Taksirli hareketin vücutta kemik kırılmasına yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Taksirli hareket ile mağdurun vücudunda kemiğin kırılması durumunda, bu kırığın kasten yaralama suçunda olduğu gibi yaşamsal fonksiyonlarına etkisi bakımından cezayı ağırlaştırıcı neden olarak dikkate alınmamış, mağdurun yaşamını sıkıntılı hale getirme derecesi ve etkisi bakımından düzenlenmemiştir. Bu durum öğretide bazı eleştiriler getirmektedir. Hakeri'ye göre; taksirle yaralama fiili sonucu vücutta kemik kırılmasının meydana gelmesi aynı zamanda mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olunması ile aynı oranda cezanın artırımına gidilmektedir. Böylece, basit bir parmak kırığı hali bile cezanın, hayati tehlikeye neden olan eylem ile aynı derecede artırılmasını öngörmekte, dolayısıyla bu durum uygulamada adaletsiz cezalara yol açabilmektedir³⁵⁴.

Konuyu açıklaması bakımından şu şekilde örnek verilebilir; ağırlık dereceleri arasında fark gözetilmeksizin bütün kemik kırıklarında bu bent hükmü uygulanacağı anlaşılmaktadır. O halde vücutta kemik kırılması bakımından bir insanın serçe parmak kemiğinin kırılması ya da kişinin gündelik hayatını ve hareket kabiliyetini önemli ölçüde etkileyebilecek olan uyluk kemiği kırılması yahut solunum düzeyini etkileyebilecek düzeyde alt çene kemiği kırılması durumlarında aynı şekilde ağırlaştırıcı bir sebep olarak madde bendi uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Adli Tıp uygulamaları bakımından kemik kırılması hususunda yapılan değerlendirmeye göre; vücuttaki kemik kırıkları, kırığın hayat fonksiyonlarına etkisine göre HAFİF(1), ORTA(2-3) ve AĞIR(4-5-6) olarak sınıflandırılmıştır, eklem çıkıkları da, anatomik bozukluk olarak kabul edildiğinden sınıflama kapsamında değerlendirilmiştir. Vücutta birden fazla kemik kırığı bulunması halinde

atfedilemeyeceği yönünde rapor sunmuştur. Raporlar arasında çelişki bulunması sebebiyle yüksek mahkeme tarafından bozma kararı verilmiştir.

³⁵⁴ Bkz. Hakan Hakeri, *Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/116.doc> (Erişim Tarihi 07.03.2017); Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.204.

hayat fonksiyonlarındaki etkinin saptanması açısından skorlamaya gidilmiştir³⁵⁵. Mesela; el parmak kemiği kırığı (1), bilek kemiklerinde kırık (2), diz çıkığı (3), kafatasında çökme kırığı (4), açık kondil³⁵⁶ kırığı (5), uyluk kemiğinde açık parçalı kırık (6) vs.³⁵⁷

Yargıtay sağlık personelinin hastanın vücudunda kemik kırılması ile ilgili bir kararında³⁵⁸, “*Oluşa ve dosya kapsamına göre fizyoterapist olan sanığın fizik tedavi sırasında mağdur Şeymanur M’in femur kemiğinin kırılmasına neden olduğunun iddia edilmesine göre 1219 sayılı Kanunun 75. Maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınması zorunluluğuna uyulmadan, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır.*” şeklinde belirtmiştir. Somut olayda hastanın femur kemiğinin kırılması Adli Tıp uygulamalarına bakımından 4-5 gibi AĞIR derecede kemik kırığının oluştuğunu göstermektedir. Her ne kadar taksirli suç bakımından belirli bir derecelendirmeye yönelik düzenleme söz konusu değilse de hafif, pek hafif, ağır gibi ibareler kabul edilmektedir.

Hükmün uygulanabilmesi bakımından en azından hâkimin, zarar görenin yaşı, mesleği, önceki hayatına dönüş süreci³⁵⁹ ve bu esnada uğradığı zararları, bu konudaki doktor raporlarını da göz önünde bulundurarak cezanın tayinini gerçekleştirmesi beklenir.

2.4.3.3. Konuşmada Sürekli Zorluk Oluşması

Taksirli hareketin konuşmada sürekli zorluğa yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Kişinin açık ve net bir şekilde konuşamaması, kekeleyişi gibi konuşma kabiliyetinde, söz söylemesinde sıkıntı oluşturan durumların oluşması ve bu

³⁵⁵ Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi ve Adli Rapor Tanzimi için Rehber, 2005, s.9.

³⁵⁶ Kemiğin ucunda olan yumru.

³⁵⁷ Sadullah Güzel, Yasemin Balcı, Gürsel Çetin, *Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi* (Güncelleme Editörleri: Ü.Naci Gündoğmuş-Yasemin Balcı-H. Mehmet Akın), Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu, Haziran, 2013, s. 16-23.

³⁵⁸ Yar. 9.CD. 27.01.2009, 2007/8583, 2009/721. (Akt. Hakeri-Ünver-Çakmut, *Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı*, s.732.)

³⁵⁹ Demirhan, *a.g.e.*, s.139.

durumların süreklilik arz etmesi suçun oluşumunda yeterlidir³⁶⁰. Konuşmada sürekli zorluğun devamlı olması ve fakat daimi olması aranmaz. Uzun bir süre devam etmesi yeterli olup tüm hayatı boyunca sürmesi aranmaz³⁶¹.

Bu hükmün uygulanabilmesi için konuşma yeteneğinin tamamen yitirilmesi değil, konuşma yeteneğinin kullanılmasında güçlükle karşılaşılması gereklidir. Aksi takdirde konuşma yeteneğinin kaybolmasına dair olan ikinci fıkra hükmü uygulanacaktır³⁶².

2.4.3.4. Yüzde Sabit İz Oluşması

Taksirli hareketin yüzde sabit iz yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Burada geçen *yüz* deyimini, çehre karşılığında kullanılmıştır ve kişinin boyun ve kulakları dâhil, başın ön kısmını ifade etmektedir. Ancak bu izler yüzün sürekli değişikliği halinden farklıdır. Sabit iz, yüzü değiştirmemekte ve mağduru öteden beri tanıyanlarda, kişiliği bakımdan herhangi bir duraksamaya neden olmamaktadır³⁶³. Oysa yüzde sürekli değişiklik halinde ise tam tersi söz konusudur. Yüzüne kezzap atılmış olan kişinin durumu buna örnek gösterilebilir³⁶⁴. Adli Tıp uzmanlarının *yüz* tanımını ise; “*kişiye cepheden bakıldığında üstte saçlı deri sınırı (saçı dökülen ya da azalan kişilerde görülebilen frontal bölge³⁶⁵ dahil), yanlarda kulaklar dahil olmak üzere kulakların arkasından inen hayali düz çizgilerin her iki klavikula³⁶⁶ ile kesiştiği noktalar ile altta fossa jugularisten³⁶⁷ başlayıp yanlara doğru klavikularları takip eden çizgiler arasında kalan bölge*” şeklindedir³⁶⁸.

³⁶⁰ Yetim, a.g.e., s.57.

³⁶¹ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.204.

³⁶² Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.798.

³⁶³ “Mağdura ait doktor raporunda tarif edilen, alt göz kapağının dış kenarına doğru uzanan iki cm.’lik cilt altı kesisi ve sağ göz üst kapağındaki cilt kesisinin çehrede sabit eser bırakıp bırakmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınmaması” **Yarg. 2.CD. 04.06.1998 3154/7498**. (Akt. Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.205.)

³⁶⁴ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.798.

³⁶⁵ Ön bölge.

³⁶⁶ Köprücük kemiği.

³⁶⁷ Boyunun bitimiyle başlayan, sınırları sağ - sol köprücük kemiklerinin bitimi olan üçgen biçimindeki çukur olarak ifade edilebilir.

³⁶⁸ Güzel-Balcı-Çetin, *Türk Ceza Kanunu’nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi*, s.5.

Hekimin ameliyat esnasında neşter gibi kesici cerrahi bir alet ile yeterli dikkat ve özeni göstermediği için gerçekleştirilebileceği bıçak izi gibi yara izleri olabilir. Buradaki yaralamanın hastanın çehresi ile sınırlı kalacağı unutulmamalıdır. Aksi takdirde bu nitelikli halin uygulanabilmesi mümkün olmaz.

Nitelikli hal için, yüzde kalan izin zamanla kaybolmaması ve yüzde kalmış olması aranır³⁶⁹. Burada geçen izler, sadece yara izi şeklinde olmayıp, burun akması, gözün sürekli sulanması ya da devamlı salya akması gibi durumlar da bu kapsamda sayılmaktadır. Yargıtay bir kararında “Yüzde hâsıl olan nedbenin³⁷⁰, estetik çirkinlik husule getirmemesi suçun niteliğine etki etmez” diyerek bu durumu belirtmiştir³⁷¹. İzin mağdurun görünüşünde bir çirkinlik yaratması şart değildir, doğal hatlarında tahribat meydana getirmesi yeterli olur. Çünkü her insanın kendi yüzünün doğal halini koruma hakkı mevcuttur³⁷². Nitekim yüzde sabit bir yara izinin oluşması hastanın psikolojik ve sosyal bakımdan sorunlarına neden olabilmekte hatta hastayı sosyal yaşamdan soyutlayabilmektedir. Dolayısıyla bu durumun nitelikli hal kapsamında sayılması makuldür.

2.4.3.5. Yaşamı Tehlikeye Sokan Bir Durum Oluşması

Taksirli hareketin mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Yaşamı tehlikeye sokan bir durum oluşması genel itibariyle mağdur üzerinde ölüm sonucunu meydana getirmeye elverişli olması halidir. Burada mağdurun ölmesinin yakın ya da muhakkak olması aranır³⁷³. Fiil bakımından mağdurun hayati tehlikesinin oluşması şartı aranmakta fakat durumun gerçekleşmesi şart olarak

³⁶⁹ Yetim, *a.g.e.*, s.57.

³⁷⁰ Nedbe; vücudun dışında veya içinde bir yara, doku kaybı, harabiyet gibi durumların vücut tarafından tamirinden sonra kalan iz ve doku topluluğu olarak tanımlanmaktadır.
<https://www.turkcebilgi.com/nedbe> Erişim Tarihi 18.06.2017.

³⁷¹ **Yarg. 4.CD. 12.10.1955, 10256/15968.** (Akt. Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.205.)

³⁷² Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.205.

³⁷³ Dönmezer, *a.g.e.*, s.131.

aranmamaktadır. Çünkü bu tehlikeye maruz kalan kişinin ölmemesi gerekmektedir. Nitekim ölüm neticesi halinde ise suçun vasfı değişecektir³⁷⁴.

2.4.3.6. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Vaktinden Önce Doğması

Taksirli hareketin gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hollere ilişkin olup ceza temel cezanın yarısı oranında artırılır.

Hamile bir kişinin tıbben olması beklenen normal doğum zamanı gelmeden önce doğum yapması durumunda suçun maddi unsuru oluşur. Burada önemli olan, fail tarafından mağdurun hamile olduğu bilinmesidir. Fail hekim ise tıbbi müdahale öncesinde mağdur üzerinde yapılan bir takım tetkiklerle birlikte bilebilme olanağı mevcuttur. Sağlık personeli olmayan herhangi bir fail açısından ise sübjektif değerlendirme yapılır. Buna göre genel itibariyle zayıf bir kadının dışarıdan bakıldığında gebe olduğu yaklaşık 16-20. haftadan itibaren, şişman bir kadında ise 24. haftadan itibaren anlaşılabilir³⁷⁵. Bu nitelikli hal bakımından çocuğun taksirle yaralanma sonucunda canlı olarak doğması ve yaşaması aranır³⁷⁶. Öğretide çocuğun canlı doğması yeterli olup uzun ya da kısa yaşamasının şart olmadığı görüşü de mevcuttur³⁷⁷. Bu konuda Yargıtay bir kararında³⁷⁸; “...mahkemece bebeğin anne karnın öldüğü kabul edildiği halde, sanıkların eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, taksirle öldürme suçun sorumlu tutulmaları, bu şekilde gerekçe ile uygulama arasında çelişkiye düşülmesi, Kanuna aykırı olup,” şeklinde bir karar vermiş ve bebeğin anne karnın ölmesi halinde mağdura (anne) karşı taksirle yaralama suçunun işlendiği kabul edilmiştir.

³⁷⁴ Yetim, a.g.e., s.58.

³⁷⁵ Demirhan, a.g.e., s.142-143; Alper Mumcu, *Hamilelikte Karın Büyümesi*, <http://www.mumcu.com/hamilelikte-karin-buyumesi/> Erişim Tarihi: 12.04.2017

³⁷⁶ Dönmezer, a.g.e., s.104; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.206.

³⁷⁷ Erman- Özek, a.g.e., s.116; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.206.

³⁷⁸ **Yarg. 12.CD. 2013/7605, 2013/18556.** (Akt. Şatır, a.g.e., s.388)

2.5.4. TCK 89/3. Maddesinde Düzenlenen Neticesi Sebebiyle Suçu Ağırlaştırır Haller

Hekimin taksirli davranışı neticesinde mağdurun Türk Ceza Kanunu'nun 89. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen şekilde yaralanması, suçu ağırlaştırır haller olarak düzenlenmiştir ve failin cezası temel cezanın *bir kat oranında* artar.

2.5.4.1. İyileşme Olanağı Bulunmayan Bir Hastalığa veya Bitkisel Hayata Girilmesine Neden Olunması

Taksirli hareketin iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girilmesine yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerle ilişkin olup ceza temel cezanın bir kat oranında artırılır.

Hastalık kavramı sadece fiziksel, bedensel hastalıkları değil aynı zamanda zihinsel, akıl hastalıklarının da tamamını kapsamaktadır. Bu nitelikli hal bakımından failin yaralama hareketi sonucunda, kişinin duyu ve organ zayıflaması ya da işlevinin yitirilmesi şeklindeki bir durumdan değil, mağdurun bedensel ya da ruhsal hastalığının iyileşme ihtimalinin bulunmayacağı ya da mağduru bitkisel hayata sokacak bir şekilde netice meydana gelmesi beklenmektedir³⁷⁹. Mesela kalp yetmezliği, felç, şeker hastalığı gibi durumlar buna örnek gösterilebilir³⁸⁰.

İyileşmeme olanağının kesin olması şart olmamakta, bu durumun tıbben olasılık dâhilinde bulunması hükmü uygulamaya yeterli kabul edilir³⁸¹. Bentte geçen bitkisel hayata girilmesi 765 sayılı TCK'da yer almayan bir ağırlaştırıcı haldir. *Bitkisel hayat* ise kişinin bilinçsiz ve hareketsiz olarak solunum fonksiyonlarına devam ettiği bir durumdur. Kişi solunumunu kendisi yapabildiği halde dış dünya ile bağlantısını sağlayamamaktadır. Bu suç için mağdurun ölmemiş olması, sadece bitkisel hayata girmesi gerekmektedir³⁸². Çünkü bitkisel hayat, beyin ölümü halinden farklıdır. Beyin ölümünde beyin fonksiyonları geri dönüşümü olmayacak şekilde kaybolur ve vücut fonksiyonlarını ancak yapay aletlerle sağlayabilirken bitkisel

³⁷⁹ Yetim, *a.g.e.*, s.59.

³⁸⁰ Erman-Özek, *a.g.e.*, s.117.

³⁸¹ Erem-Toroslu, *a.g.e.*, s.482.

³⁸² Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.208.

hayata giren bir kişi yaşamsal fonksiyonlarını bir şekilde devam ettirebilir³⁸³. Kişinin bitkisel hayattan çıkma olasılığı olabilir fakat beyin ölümü gerçekleştiği anda geri dönüşüm bulunmamaktadır. Bu andan itibaren kişi ölmüş sayılır³⁸⁴.

2.5.4.2. Duyulardan veya Organlardan Birinin İşlevinin Yitirilmesi

Taksirli hareketin duyulardan veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesine yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın bir kat oranında artırılır.

Daha önceki konularda belirtildiği gibi, duyu kavramı bir kimsenin dış dünya ile ilişkisini gerçekleştirme görevini yerine getiren (görme, dokunma vs.) hislerdir. Organ kavramı ise, vücut içinde veya dışında yer alan bağımsız varlığa sahip ve her birinin özel ayrı bir görevi olan, farklı fonksiyonları yerine getiren organların her birini ifade eder.

Duyu ve organın tanımlamalarının birbirinden ayrılması teknik olarak ve bilimsel açıdan zordur. Mesela görme ve işitme fonksiyonu, çift olan organlarla sağlansa da yapmış oldukları fizyolojik fonksiyonlar (görme-işitme) tektir. *Duyunun* işlevinin sürekli zayıflaması ya da işlevinin yitirilmesi durumunda, fonksiyonel açıdan azalmadan ya da fonksiyonel olarak ortadan kalkmadan bahsedilir. Aynı durum bakımından *organ* söz konusu olduğunda ise, organın vücuttan ayrılması, yok olması kısaca anatomik özelliklerinde değişikliklerin meydana gelmesinden bahsedilir³⁸⁵. Şöyle ki; görmeyi, duymayı, dokunmayı, koklamayı ya da tat almayı sağlayan organlardan herhangi birisinin sadece fonksiyonunu tamamen yapamaz hale gelmesi³⁸⁶ *duyunun işlevinin yitirilmesi* olarak kabul edilir iken; el-ayak vb. organlardan birisinin vücuttan tamamen ayrılmak suretiyle görevini yapamaz hale

³⁸³Leyla Şengül Aslan, *Koma, Bitkisel Yaşam ve Beyin Ölümü Nedir?*, <http://www.sagliktayenilikler.com/22658-2/> Erişim Tarihi 12.05.2017

³⁸⁴Çakmut, *Tıbbi*, s.165.

³⁸⁵Yetim, *a.g.e.*, s.90.

³⁸⁶“Sanık, başka semtte oturan mağdurun sık sık mahalleye gelmesi nedeniyle mağdurun kız arkadaşı ile münakaşa etmiş, ona tokat atmıştır. Bunu öğrenen mağdurla arkadaşları, sanığın yanına gitmişler çıkan kavgada sanık; sopa ile yan taraftan mağdurun gözüne vurmuştur. Adli Tıp Kurumu 2.İhtisas Kurulunun 17.11.1997 günlü raporunda, sağ göz görmesini iki metreden parmak sayma derecesine düşüren travmatik retinopati arızasının uzuv tatili niteliğinde olduğu, mağdurun yüzüne sert ve künt bir cisimle vurulan tek bir darbe sonucu oluştuğu belirtilmiştir.” Yarg. CGK. 29.06.1999, 4-176/180 Bkz. <http://www.kazanci.com>

gelmesi³⁸⁷ ya da vücut üzerinde anatomik görünüm itibariyle olmasına karşın hiçbir fonksiyonunu yapamaz hale gelmesi *organın işlevinin yitirilmesi* olarak ifade edilir³⁸⁸.

Bu suç bakımından dikkat edilecek husus; *organın devamlı zayıflaması* (uzuv zaafı) ile *organın işlevinin yitirilmesinin* (uzuv tatili) aynı anlama gelmemesidir. Duyu ve organın sürekli zayıflaması durumunda; duyu yahut organın işlevini yapmakta belirli bir derecede güçsüzleşmesi ve bu durumun süreklilik arz etmesi, normal tıbbi yöntemlerle tedavisinin mümkün olmaması söz konusu olur. Duyu ve organın işlevinin yitirilmesi ise; bu duyu ve organların görevini hiçbir surette yapamaz hale gelmesi olarak tanımlanır. Bu ikisinin ayrımının tespitinde duyu ve organların anatomik ve fizyolojik fonksiyonlarının incelenmesi söz konusu olup bu tespit tıbbi bir konu arz eder.³⁸⁹ Dolayısıyla olay bakımından ortaya çıkan fonksiyon kaybının failin hareketi sonucu oluştuğu belirlenmelidir.

Mülga Ceza Kanunu'nda yer alan “duyu ya da organlardan birisi” şeklinde bir düzenleme yer aldığından çift organlardan herhangi birisinin kaybı durumunda organın devamlı zayıflaması mı, işlevinin yitirilmesi mi olacağı hususları tartışmalıydı³⁹⁰. Fakat 5237 Sayılı Kanunu'nun ilgili maddesinin yorumlandığında; vücutta çift olarak bulunan organlardan birisinin işlevini tamamen yitirmesi halinde, diğer organ fonksiyon görmeye devam edebilir. Bu durumda dahi, organın işlevinin zayıflaması değil, ikinci fıkraya göre işlevin yitirilmesi söz konusudur³⁹¹.

2.5.4.3. Konuşma ya da Çocuk Yapma Yeteneklerinin Kaybolmasına Neden Olunması

Taksirli hareketin konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerle ilişkin olup ceza temel cezanın bir kat oranında artırılır.

³⁸⁷ “Etkili eylem sonucunda vücut için gerekli ve yararlı bir uzuv olan dalağın çıkartılması uzuv tatili fiilini oluşturur.” **Yarg. 4.CD. 24.11.1983 5908/6080.** (Akt. Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.208.)

³⁸⁸ Yetim, *a.g.e.*, s.91.

³⁸⁹ Yetim, *a.g.e.*, s.60.

³⁹⁰ Yetim, *a.g.e.*, s.60.

³⁹¹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.797-798.

Konuşma yeteneğinin kaybı hali; mağdurun konuşma mekanizmasında ses çıkartmasını, anlamlı ve birbirlerini takip edecek şekilde konuşmasını sağlayan beynin ilgili bölümünde bozukluğun meydana gelmesi şeklinde ifade edilir.

Konuşmada sürekli zorluk hali olması ile konuşma yeteneğinin kaybı hali aynı durumu oluşturmaz. Konuşmada sürekli zorluk halinde, mağdurun konuşma imkânı elinden alınmamakta, sadece konuşma mekanizması bakımından sürekli bir zorluk içerisinde olmaktadır. Dolayısıyla mağdurun konuşma yeteneği mevcuttur. Konuşma yeteneğinin kaybolması halinde ise, mağdurun konuşma mekanizmasını tamamen yitirmiş olduğu, mağdurun konuşarak kendisini ifade etmesinin mümkün olmadığı ve ses çıkarmayı başarabilse bile başkaları tarafından anlaşılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir³⁹². Mağdurun yazı, işaret dili gibi farklı imkânlarla kendini ifade edebilmesi mümkün olsa da suçun gerçekleştiği kabul edilir³⁹³. Çünkü konuşmak gibi hızlı ve kolay bir iletişim yolunun yerine daha zahmetli bir iletişim yolunun kullanılmasına kimse mecbur edilemez. Bunun yanı sıra herhangi bir yapay cihaz yardımıyla da mağdurun konuşması, iletişim kurması sağlanabilse de fail suçun sorumluluğundan kurtulamaz³⁹⁴.

Çocuk yapma yeteneğinin kaybı; yaralama eylemine bağlı olarak kadın ya da erkeğin çocuk yapma kabiliyetini kaybetmesi neticesi söz konusudur. Üreme organlarının tamamen fonksiyonsuz kalabildiği gibi üreme hücrelerinin canlılığının ve dölleme yeteneğinin kaybı, kadın rahminin yarananma hareketi ile zedelenmesi sebebiyle çocuk yapma yeteneğinin kaybı gibi durumlar bu suç kapsamındadır³⁹⁵. Mağdurun yaşının, kadın-erkek olmasının vs. bu suç bakımından önemi yoktur. Fakat suçta mağdurun çocuk yapma yeteneğine haiz olması aranır. Dolayısıyla bu yeteneğe sahip olmayan kişilere karşı bu suç tipi işlenemeyecektir. Ayrıca bu kabiliyetten fizyolojik ya da psikolojik bakımdan geçici olarak yoksun kalınması suçun oluşmasına engel teşkil etmemektedir³⁹⁶.

³⁹² Yetim, *a.g.e.*, s.62; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.210.

³⁹³ Erman-Özek, *a.g.e.*, s.119.

³⁹⁴ Erman-Özek, *a.g.e.*, s.120.

³⁹⁵ Çakmut, *Tıbbi*, s. 169 vd.; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.211.

³⁹⁶ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.211.

Cerrahi müdahale sonucu ya da protez tedavi yöntemleri ile tıbbi metotlar kullanılmak suretiyle yapay dölleme metodu ya da tıp alanındaki gelişmeler bakımından tüp bebek yapma imkanının olması durumları failin sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği bakımından öğretide tartışmalı bir konudur. Yine de bu durumda mağdurun bu tür sıkıntılara katlanmasının beklenilemeyeceği dolayısıyla nitelikli yaralama suçunun unsurlarının ortadan kalkmadığı ve failin cezai sorumluluğu bulunduğu düşünülmektedir³⁹⁷³⁹⁸.

2.5.4.4. Yüzde Sürekli Değişikliğe Neden Olunması

Taksirli hareketin yüzde sürekli değişikliğe yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın bir kat oranında artırılır.

Yüzün kişinin alnından çenesinin ucuna ve kulaklarında dahil olduğu bir kulaktan diğer kulağa kadar olan başın ön kısmı olduğu tanımı daha önceki konularda yapılmıştı. Suçun mağduru bakımından onu tanıyan kimselerin belirli bir mesafede karşılaştığında mağduru tanımada bir aralık dahi olsa o kişi olup olmadığı hususunda tereddüte düşmeleri veya ilk gördüğü anda tanımada zorluk çekmeleri durumlarında failin taksirli eyleminin mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe uğramasına sebebiyet verecek nitelikte suç oluşturduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla mağduru önceden tanıyanların onu son haliyle gördüklerinde yadırgamalarına sebebiyet veren her durum, yüzün sürekli değişmesi kapsamında değerlendirilmektedir³⁹⁹.

Yüzde meydana gelen söz konusu değişiklik, plastik cerrahi yöntemleri ya da protez tedavi yöntemleri ile tedavi edilerek doğrudan ya da benzer şekilde önceki haline getirilmesi durumunda da suçun unsurları ortadan kalmamaktadır. Fakat söz konusu sürekli değişikliğin normal tedavi yöntemleri uygulanarak eski haline getirilmesi durumunda mağdurda değişikliğin sürekli olmadığını kabul edilebileceği

³⁹⁷ “..., sanık doktorun kürtaj müdahalesi ile çocuğu almak için bütün icrai fiilleri tamamladığı, ancak rahmin delindiği, bu şekilde sanıkların ihtiyaçlarında olmayan bu durum sonucu mağdurun hastaneye kaldırıldığı, çocuğun ölü olarak alındığı, rahminde çıkarılması ile uzuv tatilinin meydana geldiği ...” **Yarg. 4.CD. 27.05.1988, 3260/4065.** (Akt. Yetim, a.g.e., s.170 dp.381.)

³⁹⁸ Yetim, a.g.e., s.164; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.211.

³⁹⁹ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.212.

de mümkündür⁴⁰⁰. Cerrahi aletlerinin sterilizasyonu için bazı dezenfektan kimyasal sıvıların kullanıldığı bilinmektedir. Ameliyat esnasında hekim veya sağlık personelinin yeterli dikkat ve özen göstermeyip tedbirini de almadan sıvıyı diğer tıbbi müdahalede kullanılan sıvılar ile karıştırması, bunun sonucunda hastanın yüzünde yanıklar meydana gelmesi nitelikli halin uygulanmasına sebep teşkil edebilir. Fakat bu yaraların yanık kremi gibi normal tedavi yöntemleri ile iyileşmesinin mümkün olması nitelikli halin uygulanmasını engeller.

Yüzüne kezzap atılması⁴⁰¹, yanıklar, ameliyatla kulakların, dudakların alınması⁴⁰² veya burnun kesilmesi ya da gözlerin çıkarılması gibi durumlar da örnek teşkil eder. Bununla birlikte yüzde sürekli değişiklik olup olmadığı konusu doktor raporu ile tespit edilmelidir⁴⁰³.

2.5.4.5. Gebe Bir Kadının Çocuğunun Düşmesine Neden Olunması

Taksirli hareketin gene bir kadının çocuğunun düşmesine yol açması, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallere ilişkin olup ceza temel cezanın bir kat oranında artırılır.

Şunu belirtmekte fayda vardır ki çocuğun erken doğmasına sebebiyet verme eylemi ile çocuğun düşmesine sebebiyet verme eylemi aynı nitelikte değildir. Erken doğum durumunda Medeni Kanun tarafından kabul edilen ve doğum süresi içerisinde çocuk doğmuş bulunup, yaşama kabiliyetine haiz olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Çocuğun düşmesi durumunda ise taksirli yaralama sonucu ölü olarak doğması normal ya da doğum süresi dolmadan çocuğun ana rahminden ayrılarak hayatta kalma kabiliyetinden yoksun olması söz konusudur⁴⁰⁵. Ayrıca bu suç bakımından fail, TCK 99. ve 100. maddelerindeki gibi çocuk düşürülmesi suçunda özel bir amaç ve kast ile hareket etmemektedir.

⁴⁰⁰ Dönmezer, *a.g.e.*, s.156; Yetim, *a.g.e.*, s.63.

⁴⁰¹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s.798.

⁴⁰² Erman-Özek, *a.g.e.*, s120-121.

⁴⁰³ Ümit Yılmaz, *Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK M. 87)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2009, s.107.

⁴⁰⁴ MK Md.28/1; “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer.*”

⁴⁰⁵ Yetim, *a.g.e.*, s.63-64.

Yargıtay bir kararında⁴⁰⁶; “Oluş ve kabuldeki gibi, tıp bilimi ve mesleği kurallarına aykırı olarak, doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali biçiminde gerçekleşmesi durumunda eylemin manevi unsurunun taksir olacağı nazara alındığında; Bir gece önce 02:00'de başlayan doğumun normal yolla gerçekleşmemesi ve müdahalede gecikilmesi nedeniyle saat 20:30 sıralarında katılan annenin rahatsızlığının da artması sebebiyle sanığa durumun bildirildiği, başka bir deyişle doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının annenin sağlığını olumsuz etkilemesi dolayısıyla ihmali davranışla anneye karşı taksirle yaralama suçunun meydana geleceği, ayrıca kanunda, taksirli fiilin, "gebe bir kadının çocuğunun düşmesine" neden olmasının taksirle yaralama suçunun nitelikli şeklini oluşturacağına öngörülmesi ve anılan hükümle analık hakkı yanında fetüsün (ceninin) varlığının da korunması karşısında, suçun tamamlanması için ana rahminden çıkartılması zorunlu olmayıp, ceninin ana karnında ölümüne neden olunması fiilleri de hukuki anlamda 'düşük' olarak niteleneceğinden, eylemin TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı ve sanık Lale müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle hükmün BOZULMASINA...” şeklinde hüküm vererek ceninin ana karnında ölümüne neden olunması neticesinin hukuki bakımından taksirle yaralama suçunun ilgili nitelikli halini (89/3-e) kapsadığına hükmetmiştir.

Ayrıca bu suçun uygulama alanı bulabilmesi için failin, mağdurun gebe olduğunu bilmesi aranır. Fail bunu bilmiyor ise bu durumda failin bu ağırlaştırıcı halden değil suçun temel şekli olan taksirle yaralama suçundan cezai sorumluluğuna gidilecektir.

3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

3.1. Genel Bilgiler

Ceza hukukunda işlenen suçlar bakımından suç unsurlarının varlığı cezalandırma için yeterli olsa da bu unsurların yanında bazı özel durumlara veya müesseselere de ihtiyaç olmaktadır. Suç sayılan fiillerin işleniş biçimi, her zaman

⁴⁰⁶ Yarg. 4.CD. 12.03.2013, 2011/17412, 2013/6986. Bkz. www.kazanci.com

ceza kanunlarındaki soyut suç tanımı kalıplarına uymayabilir. Tanımlanan unsurlar bakımından failin hepsini gerçekleştirmesine rağmen neticenin gerçekleşmemesi, birden fazla failin katkıları ile suçların meydana gelmesi ya da tek bir fiil ile birden çok hukuki değer ihlal edilmesi gibi durumlar oluşabilir. Bu tip durumlar ceza normundaki suç tanımına kıyasla atipik sayılmaktadır ve ceza kanununun genel kısmında *teşebbüs* (TCK Md.35, 36), *iştirak* (TCK Md.37-41) ve suçların içtiması (TCK Md.42-44) başlıkları şeklinde düzenlenmiştir⁴⁰⁷.

3.2. Teşebbüs

Belli bir süreç içerisinde gerçekleştirilmesi aranan suç tiplerinde failin bu suçu işlemeye karar vermesi, daha sonra bunun icrasına yönelik hazırlık yapması ve sonrasında icra hareketlerini gerçekleştirmesi ile netice gerçekleşir, suç tamamlanır. İcrasına başlanıp elde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçlar ise teşebbüs halinde kalmış sayılır⁴⁰⁸. Teşebbüs aşamasında kalan hareketler, toplum düzenini bozan bir nitelik taşıdığı ve koruma altına alınmış olan hak ve menfaatlerin tehlike altına girmesi sebebiyle hoş karşılanmamakta ve belirli yaptırımlara tutulmaktadır⁴⁰⁹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince; teşebbüs aşamasında kalmış bir hareketin cezalandırılabilmesi ancak kanunda yer alan hüküm ile mümkün kılınır⁴¹⁰. Fakat nitelikleri gereği teşebbüsün uygulanmayacağı bazı suç tipleri de mevcuttur. TCK'nın 35. maddesinde yer alan “...işlemeyi kastettiği bir suçu...” ifadesi teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesinde kast unsurunun arandığı anlaşılmaktadır⁴¹¹. Burada fail işlemeye kastettiği suçun icrasına başlar. Dolayısıyla failin kendi hareketinin sonucunu bilmesi ve istemesi gerekmektedir.

Failin suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul edebilmek için yapılan icra hareketlerinin başlamış olması ve fakat suçu tamamlayamaması ve bu tamamlayamamanın failin iradesi dışında bir sebepten dolayı meydana gelmesi aranır.

⁴⁰⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.551-552.

⁴⁰⁸ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.384.

⁴⁰⁹ Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.197.

⁴¹⁰ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.384.

⁴¹¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.558-559.

Taksirli suçlarda ise iradi olarak kabul edilen yalnızca failin hareketidir. Kast unsuru ile işlenen suçlar da hem hareket hem de neticenin iradi olması aranır. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlar bakımından sonucun iradi olmaması fiilin kurucu unsurlarında eksiklik arz eder ve teşebbüs bakımından uygulanabilirliğini mümkün kılmamaktadır⁴¹².

Taksirle işlenebilen suçlar bakımından esasen taksirli suçların yapısı gereği teşebbüsün varlığı imkansız olarak kabul edildiği gibi, en azından taksirle işlenmesi aranan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunda da gerek kastın aşılması gerekse istenilenden daha ağır bir sonucun doğması halinde, teşebbüs varlığı kabul edilmemektedir⁴¹³.

Teşebbüsün anlamı kesin bir sonucu gerçekleştirmeye çabalamaktır. Taksirle işlenen suçlarda fail neticeyi meydana getirmek amacıyla olmamakta, sadece özen yükümlülüğüne uymayarak neticenin oluşmasına sebep olmaktadır⁴¹⁴.

Teşebbüsün belirli bir sonucu gerçekleştirmek üzere bilinçli hareket etmesi arandığı için taksirli suçlar bakımından teşebbüs hali düşünülemez ve bu doğrultuda cezalandırılmaz.

Bilinçli taksirle işlenmiş suçlar bakımından da sonuç failin düşüncesinde soyut olarak kalmakta, kastta olduğu gibi somut olarak gerçekleştirilmesi düşünülmemektedir. Teşebbüsün varlığı için gereken unsur, sonucun öngörülüp öngörülmemesinde değil, sonucun kendisinin gerçekleştirilmesinin istenmesindedir⁴¹⁵.

Netice itibariyle taksirin her türü için teşebbüs müessesinin uygulanabilirliği mümkün olmamaktadır. Yargıtay kararları da bu yönde görüş bildirmektedir.

⁴¹² İcel-Evik, *a.g.e.*, s.251; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.115,214; İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.175-176.

⁴¹³ İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.199.

⁴¹⁴ İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.178.

⁴¹⁵ İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.177.

3.3. İştirak (Suç Ortaklığı)

Taksirle işlenmiş olan bir suç, birden fazla kişinin davranışının birleşmesiyle gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda davranış ve illiyet bağının varlığına rağmen neticenin istenmesine yönelik her zaman iştirak iradesinin varlığı sonucunu oluşturmayabilir. Bu sorunun çözümü bakımından, dikkatli ve özenli davranmak yükümlülüğünde bulunan bir kişinin fiiline iştirakin mümkün olup olmadığının tespiti gerekmektedir⁴¹⁶.

TCK'nın 40. maddesinde yer alan “*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.*” ifadesi iştirakin yalnızca kasten işlenen suçlar için uygulanabileceğini kabul etmekte, taksir ile işlenen suçlar bakımından iştirak hükümlerinin cezai sorumluluğunu kabul edilmemektedir⁴¹⁷. Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 5. fıkrasında taksirli suçu birlikte işleyen failerin her biri kendi kusuruna göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu durum 22. maddenin gerekçesinde “*Birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilen 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 suçta iştirak kuralları uygulanamaz... Birden fazla kişinin katılımıyla yapılan ameliyat sırasında meydana gelen ölüm veya sakatlık neticeleri bakımından her bir kişinin sorumluluğu kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmelidir. Bu tespit diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı hususu dikkate alınmaz.*”⁴¹⁸ olarak ifade edilmiştir.

Kanunda herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulacağı belirtilmiş ve fakat bu kusurun saptanmasının nasıl olacağı netleşmemiştir. Öğretide bu durumda her bir failin neticeye neden olan davranışlarının insani nedensellik kapsamında belirleneceği ifade edilmektedir⁴¹⁹.

İştirakçilerin cezalandırılma nedeninin zararlı neticeye olan nedensel katkıları ve iştirakçilerin tehlike arz etmesi sebebine dayandırılmakta, her birinin kendi

⁴¹⁶ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.258.

⁴¹⁷ Koca-Üzülmez, *a.g.e.*, s.413; Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 116, 215; Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.601.

⁴¹⁸ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, s.48.

⁴¹⁹ Aydın, *İştirak*, s.264.

davranışlarının diğerlerinininki ile ortak bir amaçta birleşmek istemesi olarak belirtilmektedir⁴²⁰. Dolayısıyla iştiraktan söz edebilmek için kişilerin suç işlemeyen önce suç işlemleri hususunda anlaşmış olmaları aranır. Bu da taksirle işlenen suçlar bakımından mümkün olmamaktadır.

3.4. İçtima (Suçların Birleşmesi)

Bir kimsenin birden çok ceza kanununu ihlal etmesi ve bu yüzden de birden çok suçtan sorumlu olması halinde, *suçların içtimalı* söz konusu olmaktadır.

İÇEL 'e göre; bir kimse tarafından çeşitli suçların işlenmesi halinde iki genel sorun ile karşı karşıya kalınacağı; ilk olarak mahkûmiyeti kesinleşmiş birisinin yeni bir suç işlemesi durumunda ikinci suçun cezasında artırımı gidilip gidilmeyeceği sorunu, ikici olarak da mahkûmiyeti bulunsun ya da bulunmasın işlenen suçlarda sorumluluğunun ne şekilde olacağı sorunudur. Böylece ilk durumda *tekerrür* söz konusu iken ikinci durumda *suçların birleşmesi* (içtima) söz konusudur⁴²¹.

Suçların birleşmesini (içtima) içeren TCK 42 vd. maddeleri, suçların birleşmesini *bileşik suç*, *zincirleme suç* ve *fikri içtima* şeklinde düzenlemiş olup birden çok fiilin, tek bir suç sayılması ve faile tek bir ceza verilmesine yer vermiştir.

Bir tek fiil ile ihlal edilen normun koruduğu menfaat ve konular farklı ise fikri içtima söz konudur. Buna göre faile ihlal sayısınca veya işlenen suç sayısınca değil, yalnızca en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı ceza verilmektedir⁴²². En ağır cezayı gerektiren hükmün belirlenmesinde, soyut ceza esas alınmakla beraber, ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerde göz önünde tutulmalıdır. Ayrıca fikri birleşme halindeki suçlardan biri hakkındaki kesin hüküm diğer suçları da kapsamaktadır⁴²³.

Failin tek bir eylemine görünüşte uygulanabilir durumda bulunan çeşitli normlardan biri diğer normların unsurlarının yanı sıra bazı ek unsur ve özellikleri de içeriyor ise özel-genel norm ilişkisi söz konusudur. Bu durumda özel normun

⁴²⁰ Aydın, *İştirak*, s.289.

⁴²¹ İçel-Evik, *a.g.e.*, s.285.

⁴²² Çağrı Kan Aydın, *Taksirle Yaralama*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006, s.122.

⁴²³ İçel-Evik, *a.g.e.*, s.298-299.

önceliği ilkesi gereğince özel norm, genel normun uygulanmasını önleyecek ve sadece özel normun uygulanması ile yetinilecektir⁴²⁴. Mesela 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesi (Görevi Kötüye Kullanma) genel bir norm niteliğinde düzenlendiği için hekimin davranışı başka bir suç oluşturduğu takdirde (taksirle yaralama, taksirle öldürme) özel normun öncelikli olması gerektiği için hekim öncelikli olarak bu özel normlardan sorumlu olacaktır. Yargıtay bir kararında⁴²⁵ ameliyat edilen hastanın rahim kısmında spanç diye tabir edilen tıbbi malzemeyi unutan görevli hemşirelerin kusurunun olmadığına dair karar veren yerel mahkemenin kararını bozmuş ve söz konusu hemşirelerin kusurlarının bulunduğunu kabul etmiştir. Bu şekilde taksirli yaralama suçunun oluştuğu kabul edilmiş ve genel normdan önce özel normun hükümleri uygulanmıştır.

Taksirle öldürme suçu bakımından özel bir içtima hükmü yer almaktadır. Buna göre, fiilin birden fazla insanın ölmesine ya da bir veya birden fazla kişinin ölmesiyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunması durumunun fikri içtima kurumunu ilgilendiren bir durum olduğu kabul edilmekte ve faile verilecek cezanın üst sınırının ağırlaştırılması yoluna gidilerek iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir⁴²⁶.

Taksirle yaralama suçunda ise TCK 89. maddenin 4. fıkrası, suçların içtimasına ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olup birden fazla kişinin yaralanması sonucunda daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür. Buna göre faile verilecek cezanın üst sınırı ağırlaştırılmış olup altı aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

⁴²⁴ İçel-Evik, *a.g.e.*, s.317.

⁴²⁵ **Yarg. 12.CD. 23.12.2015, 15943/19521**. Bkz. <http://www.kazanci.com>

⁴²⁶ Centel-Zafer-Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.115-116.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAKSİRLİ SUÇLARDA YAPTIRIM VE MUAMELE

1. YAPTIRIM ÇEŞİTLERİ VE CEZANIN BELİRLENMESİ

Türk Ceza Kanunu'na göre taksirle öldürme suçunda faile iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir(TCK 85/1). Birden fazla kişinin ölmesine ya da bir veya birden fazla kişinin ölmesi ile birlikte yaralanmasına sebep olunması halinde ise cezada iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülerek maddenin birinci fıkrasına göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren neden oluşturmaktadır(TCK 85/2).

Taksirle yaralama suçunda ise faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülür. Failin taksirli eylemi neticesinde TCK md.89/2'de düzenlenen hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda fail hakkında taksirle yaralama suçunun temel cezasının yarı oranında artırımına gidilir. Aynı şekilde TCK md.89/3'te düzenlenen ağırlaştırıcı hallerden herhangi birisinin meydana gelmesi durumunda faile hükmedilecek ceza, taksirle yaralama suçunun temel cezasının bir kat oranında artırılması şeklinde olur. Ayrıca failin işlediği fiil ile birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olunduğu hallerde TCK 89/4'e göre cezası altı aydan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde tayin olunur. Bilinçli taksir unsuru söz konusu ise bu ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Taksirli suçlarda uzun süreli hapis cezaları, koşulları gerçekleştiği takdirde sadece adli para cezasına çevrilebilir. Fakat failin bilinçli taksir ile hareket ettiği hallerde paraya çevirme mümkün olmamaktadır(TCK 50/4). Ayrıca hapis cezasının adli para cezasına çevrildikten sonra cezanın ertelenmesi de mümkün olmayacaktır.

Hâkimin, seçimlik olan cezalardan adli para cezasını seçmesi durumunda tayin olunacak ceza; 5 gün ile yedi yüz otuz gün arası tam gün sayısı ve bu tam bir gün karşılığı olan en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası arasında olacak meblağın suç işleyen kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak

çarpılması ile takdir edilir(TCK 52/1,2). Adli para cezasının, hâkimin takdirine göre tek seferde yada dörtten az olmayacak taksitler halinde ödenmesi istenebilir(TCK 52/4).

Hapis ya da adli para cezalarının yanı sıra belirli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, güvenlik tedbiri olarak, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir(TCK 53/6)⁴²⁷.

Taksirle işlenen suçlarda verilecek ceza, failin kusuruna göre tespit edilir. Birden fazla failin olduğu durumlarda da her fail kendi kusurundan sorumlu tutulur ve cezalar kusurlarına göre ayrı ayrı belirlenir. Hâkim cezanın belirlenmesinde failin taksire dayalı kusurunun ağırlığını da göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler(TCK 61/1-f)⁴²⁸.

2. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

2.1. Soruşturma

Yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin mahkemece kabulüne kadar olan evre *soruşturma* evresidir. Öncelikle soruşturma sağlıklı bir şekilde ve tüm detaylar, tüm ihtimaller gözetilerek ayrıntılı bir şekilde yapılması gerekmektedir. Özellikle tıbbi uygulama hataları söz konusu ise bu durum zorunludur.

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda, suçtan zarar gören (takibi şikâyete bağlı) suçun soruşturulması ve kovuşturulması talebinde bulunur. Buna *şikâyet* adı

⁴²⁷ TCK Madde 53/6; “*Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar.*”

⁴²⁸ “*Olayda tam kusurlu olan sanık hakkında; 5237 sayılı TCK’daki 61/1-f ve 22/4. maddeleri hükmü de gözetilerek hak ve nasafet kuralları uyarınca alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerektiğinin gözetilmemesi,*” **Yarg. 9.CD. 12.03.2009, 2007/6863 – 2009/2912.** (Akt. Yaşar-Gökcan-Artuç, a.g.e., s.3110.)

verilmektedir⁴²⁹. Suça ilişkin şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılmalıdır. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan şikâyet ise ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir(CMK 158/1,2). Şikâyet süresi altı ay olup, bu süre şikâyet hakkı olan kişinin (hasta, hasta yakınları vs.) fiili (hatalı tıbbi müdahalenin yapılmış olması) ve faili öğrendiği tarihten itibaren başlar(TCK 73/1,2)

Taksirle öldürme suçu ve taksirle yaralama suçunun bilinçli taksir ile işlenmesi durumlarında şikâyet koşulu aranmaz. Bu durumda kamu davası şikâyet aranmaksızın yürütülür. Şikâyete tabi suçlarda ise muhakemenin yapılabilme şartı olan şikâyetin mevcut olmaması durumunda kamu davası düşer.

Sağlık çalışanlarının işledikleri suçun *görevle ilgili olmayan* bir suç olması durumunda yapılacak soruşturma ve kovuşturma diğer kişiler gibi genel soruşturma usulüne tabiidir. Fakat sağlık çalışanlarının *görev ile ilgili* işlediği suçlar bakımından bir takım farklılıklar olduğu kabul edilir. Sağlık mesleği mensuplarının görevle ilgili suçları özellikle taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olan bu kişiler bakımından 4483 sayılı kanun uyarınca *soruşturma izni* alınması gereklidir⁴³⁰.

Devlet hastaneleri, sağlık ocağı, sağlık merkezi ve dispanserler, Sağlık Bakanlığı veya İl Sağlık Müdürlüklerinde idari birimlerde görev yapmak isteyen ve her türlü uzman hekim, diş hekimi, hemşire, laborant, idari işlerde görevli idareciler 4483 sayılı kanuna tabiidir.

Görevle ilgili suçlarda, öncelikle meslek mensubunun memur ya da kamu görevlisi olup olmadığı tespit edilir. Özel hastane, özel sağlık merkezi ya da özel poliklinikte çalışıldığının belirlenmesi durumunda soruşturma izni alınmasına gerek olmadan doğrudan soruşturma yapılır. Buna karşılık memur ya da kamu görevlisi olduğunun belirlenmesi durumunda, ilgili hakkında soruşturma izninin alınması

⁴²⁹ Hakan Hakeri, Yener Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.248.

⁴³⁰ “İzmir SSK Tepecik Hastanesinde doktor olan sanığın, 657 sayılı Yasaya tabi memur statüsünde görev yapıp yapmadığı araştırıldıktan sonra hakkında 4483 sayılı Yasa uyarınca soruşturma izni alınması gerekip gerekmediği tartışılıp değerlendirilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi...” **Yarg. 9.CD. 21.11.2007 9909/8443** (Akt. Yaşar-Gökcan-Artuç, a.g.e., s.3099.)

gerekir. Ayrıca suç tarihi itibariyle memurun fiilen görevin başında bulunup bulunmadığı da tespit edilerek görev belgesi temin edilmelidir.

Soruşturma izni verecek makamlar 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un⁴³¹ 3.maddesinde belirtilmektedir⁴³². Memur hekim hakkında yapılan ihbarı öğrenen yetkili idari mercii bizzat ya da görevlendireceği kişiler vasıtasıyla olay hakkında inceleme yapar. İnceleme süresi 30 gün olup zorunlu ve gerekli durumlarda 45 güne uzatılabilir.

Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararı Cumhuriyet Başsavcılığı'na, şikâyet edene ve hakkında inceleme yapılan memura bildirir. Bu karar itiraza açıktır. Soruşturmaya izin verilmesi durumunda bu karara karşı hakkında inceleme yapılan memur, soruşturma izni verilmemesi durumunda ise Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikâyet eden itiraz yoluna başvurabilir. İtiraz süresi merci kararının tebliğinden itibaren 10 gündür(CMK Md.9). Yetkili merci tarafından soruşturma izni verilmemesi ve bu karara itiraz edilmeksizin veya itirazın reddi

⁴³¹ R.G. 4.12.1999 Tarihli ve 4483 Sayılı. Bkz. www.resmigazete.gov.tr

⁴³² **İzin vermeye yetkili merciler**

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) Bakanlar Kurulu kararıyla veya Başbakanlıkların ve bakanlıklar ile bağlı kuruluşların merkez teşkilatında görevli olup, ortak kararlar 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.

kararının kesinleşmesi durumunda şüpheli hakkında işlem den kaldırma veya kovuşturamama kararı verilir.

Soruşturma evresinde; suçtan zarar görenlerin ayrıntılı bir şekilde alınan beyanları, zarar görenin üzerinde yapılan işlemler, kullanılan ilaçlar, hasta taburcu edilmiş ise sonrasında sağlık durumunun seyri gibi soruşturmanın gidişatını etkileyebilecek önemli bilgiler alınmalıdır. Bu durum hem kovuşturma aşamasında başvurulacak bilirkişilerin değerlendirilmesi hem de muhakeme açısından titizlikle inceleme yapılması için önem arz eder. Dolayısıyla soruşturma iyi bir şekilde yürütülmeli, beyanlar ayrıntılı olarak alınmalıdır. Aksi halde sorumlu/kusurlu kişinin belirlenmesinde hakkaniyete uygun düşmeyen durumların meydana gelmesine sebebiyet verilebilir.

2.2. Kovuşturma

İddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar olan evre, *kovuşturma* evresi olarak kabul edilir.

Tıbbi kötü uygulayan sağlık elemanının kamu veya özel bir kurumda çalışıp çalışmadığına bakılmaksızın sağlık elemanının ceza sorumluluğu genel olarak ceza mahkemelerinde görülür. Fakat soruşturma izni verilmesi bakımından 4484 Sayılı ve 2547 Sayılı⁴³³ Kanun gereği idari makamdan izin gerekmektedir.

Taksirle öldürme suçu re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamış olup yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olduğu durumlarda görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.

Taksirle yaralama suçu şikâyete bağlı olarak soruşturulur ve kovuşturulur. Fakat suçun bilinçli taksir ile işlenmesi halinde 89/1'deki suçun basit hali ile gerçekleşmişse şikâyet unsuru aranırken, TCK 89/2 veya 89/3'teki hallerle ilişkin

⁴³³ R.G. 6.11.1981 Tarihli ve 17506 Sayılı. Bkz. www.resmigazete.gov.tr

durumlar söz konusu ise re'sen takibi yapılır⁴³⁴. Taksirle yaralama suçlarında görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olup bu durum birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olunması halinde de görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Çünkü kanun görevli mahkemenin tespitinde yaralanmanın niteliğini değil, yaralanan kişi sayısını esas almıştır⁴³⁵.

Kanuna göre kusur atfetmek hekimin ya da bilirkişinin görevi değildir. Bilirkişi sadece kural ihlallerini belirtir, kusuru belirleyecek kişi hâkim olacaktır. Dolayısıyla kovuşturmanın yürütülmesinde önemli bir yere sahip bilirkişi raporları, uzman mütalaaları uzmanlık alanlarını ilgilendiren ihlallerin tespitinde önem arz etmektedir.

3. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı kavramı, suçun işlenip bittiği tarihten itibaren kanun koyucunun tarafından belirlenen süreler geçince artık takibat yapılamıyor, dava açılmıyor ya da açılmış olan bir davaya devam edilemiyorsa “dava zamanaşımından” söz edilir⁴³⁶. Ceza Kanunu'na ilişkin zamanaşımı hükümleri TCK 68. madde ve devamında düzenlenmiştir. Ceza zamanaşımı ile hüküm değil, devletin cezayı yerine getirme kısaca infaz hakkı düşmektedir⁴³⁷. Dolayısıyla bu süreler re'sen göz önünde bulundurulur⁴³⁸.

⁴³⁴ TCK Md.89/5; “Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.”

⁴³⁵ Apaydın, a.g.m., s.103.

⁴³⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.922.

⁴³⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Genel Hükümler*, s.948.

⁴³⁸ Yargıtay bir kararında taksirle yaralama suçunda dava zamanaşımı süresini re'sen göz önünde bulundurmıştır; “Taksirle yaralama suçunda; sanığın Özel Hastanede kadın hastalıkları ve doğum uzmanı, adı geçen diğer sanığın ise çocuk hastalıkları uzmanı olarak çalıştığı, katılanın anılan hastanede doğum yaptığı, doğum sırasında yapılan ihmaller nedeniyle çocuğun zihinsel ve bedensel özürülü duruma düştüğü iddiasıyla taksirle yaralama suçundan açılan kamu davasının yargılaması sonucunda sanıkların beraatına karar verilmiştir Daha ağır başka bir suç oluşurma olasılığı bulunmayan gerçekleşen eylemle ilgili olarak sanıkların sorgusunun yapıldığı tarihten sonra zamanaşımını kesen neden olmadığından, 5 yıllık dava zamanaşımı, yerel mahkemeye direnme hükmünün verildiği tarihten sonra, ancak dosyanın henüz Ceza Genel Kuruluna intikalinden önce Yargıtay C. Başsavcılığında bulunduğu aşamada dolmuş bulunmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir.” **Yarg. CGK. 03.07.2012, 9-973/264.** Bkz. www.kazanci.com Somut olay bakımından geçerli kanununun 765 Sayılı TCK olması hasebiyle taksirle yaralama bakımından Mülga TCK 102. ve 459. madde hükümleri uygulanmış olup 5 yıllık dava zamanaşımı süresi dikkate alınmıştır.

Taksirle öldürme suçunun dava zamanaşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren *on beş* yıldır(TCK 66/1-d). Taksirle yaralama suçlarında ise dava zamanaşımı, işlendiği tarihten itibaren *sekiz* yıldır(TCK 66/1-e). Dava zamanaşımını kesen hallerin gerçekleşmesi durumunda, süre kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına (12 yıl) kadar uzar(TCK 67/4). Fail, suçun işlendiği sırada 12 yaşını doldurmuş ve fakat henüz on beş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısını, on beş yaşını doldurmuş ve fakat 18 yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli kabul edilir ve kamu davası düşer(TCK 66/2).

4. TIBBİ DAVALARDA BİLİRKİŞİLİK

Bir davada gerçeğin ortaya çıkarılması çabası sırasında bazen çözülmesi gereken sorunlarla karşılaşılabilir ve bu da çözümü bakımından özel veya teknik bilgiyi, bilimsel bir çalışmayı gerektirir⁴³⁹. Böyle bir durumda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi veya Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde davaya bakan hâkim, bu sorunun soruşturması-kovuşturması açısından yardımcı olunması için uzman kişilere başvurur. Bu kişiler hukukta *bilirkişi* olarak kabul edilir⁴⁴⁰.

Tıpta hatalı uygulamaların (malpraktis) tespiti başta Adli Tıp Kurumu'nun ilgili İhtisas Dairesi olmak üzere üniversitelerin belirli anabilim dallarında görev yapan hekim bilirkişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Adli Tıp ilgili İhtisas Dairesi Kurulu tarafından dosyaların incelenmesi aşamasında öncelikle yapılan müdahalelerin hukuka uygun olup olmadığına bakılmaktadır. Müdahale, hukuki temele sahip ise meydana gelen zararın tespitine gidilir. Zarar söz konusu ise, zararın sağlık personelinin kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılır. Arada bir bağ mevcut ise bu durumun komplikasyon mu yoksa tıbbi hata mı olduğu incelenir. Komplikasyon ise, öngörülüp öngörülmediği ve gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı

⁴³⁹ “*Maddi gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde ortaya çıkarılıp olayın etraflıca aydınlatılması bakımından olayın mağduru Remzi ile yanında bulunduğu belirtilen kişinin de kimliği tespit ettirilip tanık sıfatı ile dinlendikten sonra Adli Tıp Kurumu, Teknik Üniversitelerin ilgili bölümleri ya da Karayolları Genel Müdürlüğü uzmanlarından oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik soruşturma ile gerekçeden yoksun bilirkişi raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi...*” **Yarg. 9.CD. 12.06.2007, 5887/5182** (Yaşar-Gökcan-Artuç, a.g.e., s.3099.)

⁴⁴⁰ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik*, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1135, 1143.

araştırılır. Tıbbi hata söz konusu ise müdahalenin klasik tıp kurallarına uygunluğu değerlendirilir⁴⁴¹.

Bilirkişi inceleme çalışmalarının temelini, mahkemelerce gönderilen hastaya ait dokümanlar oluşturur. İlgili ihtisas kurulu tarafından hastanın sağlık hizmetinin verildiği kurumdan, hastanın bulunan tüm kayıtlı tıbbi belgeleri (laboratuvar tetkikleri, hastanın filmleri vs.) talep edilir. Bu belgeler ayrıntılı olarak incelenir. Gerekğinde hasta kurula çağrılarak muayene edilir. İnceleme sonunda sağlık personelinin kusurlu olup olmadığı kararına varılır. Bilirkişi incelemelerinden oluşan raporlarda “yetersiz takip”, “tedavide takip hatası” gibi ibareler var ise çoğunlukla bu tip durumların komplikasyon yönetiminin doğru ve yeterli yapılmadığından tıbbi hataya dönüştüğü görülmektedir⁴⁴².

Bilirkişiler tıbbi hatalar ile ilgili davaların değerlendirme sürecinde aynı zamanda genelde bir hekimin özel bir bakım standardı ile uygunluk gösterip göstermediğinin tespitini de yapar. Bu tespit yapılırken aynı uzmanlık alanında çalışan ve benzer koşullarda karşı karşıya kalan ortalama nitelikteki bir hekimin yapması gereken davranışlar kriter olarak alınır. Nitekim hekimden beklenen, tanı ve tedavide ülkenin sağlık ve çalışma koşullarına göre normal tedbir ve dikkati göstermesidir. Bununla birlikte beklenen özenin derecesi, her somut olayda aynı düzeyde olmaz⁴⁴³.

Bilirkişilik CMK’da (Md.67) esasen bilirkişi ve uzman şeklinde ayrılmıştır. Bilirkişiler; çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda görüşlerini almak üzere hâkim, mahkeme ya da belirli hallerde cumhuriyet savcısı tarafından re’sen ya da yasada gösterilmiş kişilerin talebi ile atanan tarafsız kimselerdir ve bilirkişi olarak başvurulduğunda yazdığı rapor bilirkişi raporudur. Diğer muhakeme süjelerinin (taraflar vs.) aynı sorunların çözümü için başvurdukları ve aynı özelliklere sahip olan kişiler uzman, hazırladıkları rapor ise uzman mütalaasıdır⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.118-119.

⁴⁴² Akyıldız- Hakeri-Çelik-Somer, *a.g.e.*, s.119.

⁴⁴³ Gürpınar, *a.g.m.*, s.763.

⁴⁴⁴ Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, EÜHFD, C:X, Sayı: 3-4, Erzincan, 2006, s.275; Çakmut, *Bilirkişilik*, s.1136.

Genel tecrübe kuralarını hâkime bildirerek özel veya teknik bilgi sahibi olan bir kimsenin gözlemleyip, algılayabileceği olguları belirleyerek ya da özel ve teknik eğitimle⁴⁴⁵ öğrenilebilecek bilgileri bilimsel kurallara uygulayıp sonuç çıkartarak hâkime yardımcı olur. Kısaca bilirkişiler ulaştığı bilgileri değerlendirip, bilimsel ilke ve kuralları uygulamaktadır⁴⁴⁶.

Bilirkişi, görevini yaparken azami dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Raporunun hazırlanması için kendisine üç ayı geçmeyecek şekilde belli bir süre verilir ve gerektiğinde en çok üç aylık bir süre kadar daha uzatılabilir⁴⁴⁷.

Tıp hukukunda iki resmi bilirkişilik kurumu mevcut idi; *Yüksek Sağlık Şurası* ve *Adli Tıp Kurumu*. Yüksek Sağlık Şurası'nın hekim hatalarını belirlemekle yükümlülüğü mevcuttur. Örneğin ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi ya da neticenin komplikasyon olup olmadığının tespiti gibi durumlar⁴⁴⁸. Fakat 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. Maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle YSS'nin resmi bilirkişilik fonksiyonu ortadan kalkmıştır⁴⁴⁹. Ayrıca uygulamada, üniversite öğretim

⁴⁴⁵ *Özel bilgiler*; hukuk bilimi dışındaki bir bilim dalının araştırıp belirlediği sonuçlara ilişkin bilgiler, *teknik bilgiler* ise fizik, kimya, matematik vs. bilimlerden elde edilen verilerin iş ve yapım alanında uygulama yapmaya yeterli bilgilerdir denilebilir. (Çakmut, *Bilirkişilik*, s.1138)

⁴⁴⁶ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.7-9.

⁴⁴⁷ CMK 66. Madde; "(1)Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ilişkin kararda, cevaplandırılması uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla inceleme konusu ve görevin yerine getirileceği süre belirtilir. Bu süre, işin niteliğine göre üç ayı geçemez. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre, bilirkişinin istemi üzerine, kendisini atayan merciin gerekçeli kararıyla en çok üç ay daha uzatılabilir."

⁴⁴⁸ Kayaer, a.g.e., s.404.

⁴⁴⁹ TŞSTİDK Mülga 75. madde; "Tababet ve şuabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık göreceklere muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhhinin mütalaası istifsar edilir."(Tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan suçlarda mahkemelerin uygun göreceği bilirkişinin rey ve görüşüne başvurma özgürlükleri saklı kalmak koşulu ile Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşü sorulur.) <http://www.osmaniyetabip.org/?pnum=37&pt=1219+-+TABABET+VE+%C5%9EUABATI+SAN%27ATLARININ+TARZI+%C4%B0CRASINA+DA%C4%B0R+KANUN> Erişim Tarihi 28.04.2017

Madde, 22.10.2010 tarih ve 27737 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan 3.6.2010 tarih ve 2009/69 E. 2010/79 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir. İptal gerekçesi; "Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSS'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapılarıyla faaliyet gösteren YSS'nin görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un

üyelerinden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi kurullarına da bilirkişilik istemiyle başvurulmaktadır⁴⁵⁰.

Hâkim yargılama sürecinde resmi bilirkişiye gitmek zorundadır fakat resmi bilirkişinin verdiği raporla mutlak suretle bağlı olmamaktadır. Mesela olayın özelliğine uymayan ve dayanakları gösterilmeyen gereksiz ya da yetersiz gerekçe içeren bilirkişi raporu ile bağlı olmayıp hükmü verirken bunu dikkate almayabilir⁴⁵¹.

Yargılama makamları, sağlık alanında başvuracakları bilirkişilerden her somut olayın kendi özelliğine göre olacak şekilde genel itibariyle;

tıbbi hatanın olayda bulunup bulunmadığını,

hata mevcut ise hatayı yapanın kim olduğunun tespiti (hekim, hemşire, anestezi uzmanı, diğer sağlık çalışanı vs.),

gerçekleşen neticeye mağdurun katkısının bulunup bulunmadığı,

nedensellik bağının var olup olmadığı,

zarar görenin meslekte kazanma gücünün kaybına ilişkin oran ve

tıbbi müdahaleyi yapanın resmi olarak yetkili, görevli olup olmadığının tespiti vs. şeklinde belirlenmesini isterler⁴⁵².

Mülga Ceza Kanunu'nda uygulama bakımından 8'lik kusur oranı mevcuttu ve tespitini bilirkişi yapmaktaydı⁴⁵³. 5237 Sayılı kanunun 22. maddesinde taksirle

görüştürülmesi için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir.” şeklinde belirtilmiştir. Bkz. www.resmigazete.gov.tr

⁴⁵⁰ “...Bu nedenlerle, mahkemece, dosya içindeki tüm raporlar, kurul raporu, Yüksek Sağlık Şura raporu hastanın geçmişte var ise raporları, davalı hastanedeki ilk muayene ve bundan sonraki tüm tabela ve müşahede kâğıtları, ameliyat ve kontrollere ilişkin evraklar hep birlikte değerlendirilerek Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak konusunda uzman üç kişilik bilirkişi kurulundan her bir raporun içeriği, sonuçları, birlikte gerekçeli şekilde tartışılarak, davalının maluliyeti hususunda, tedavisini üstlenen doktorun en hafif kusurunun belirlenmesi halinde tazminatla sorumlu olduğu kabul edilip, sonucuna uygun bir karar verilmelidir.” **Yarg. 13.HD. 01.12.2005, 11653/17791.** Bkz. www.kazanci.com

⁴⁵¹ Kayaer, a.g.e., s.405.

⁴⁵² Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.14-15.

ilgili düzenleme 765 sayılı kanuna kıyasla daha açık bir tespit getirmiştir. Buna göre; “Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir” ve “Birden fazla kişinin taksirli suç işlemediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.” Bu tespiti bilirkişi değil yargılama merci olan hâkim yapar. Yargıtay uygulamalarında da artık sekizde birlik usulden vazgeçildiği görülmektedir⁴⁵⁴.

Dosya kapsamında başvuru sağlık kurumunun şartları ve sağlık personel durumu ile ilgili olarak da araştırma yapılmalı, sağlık şikâyet konusuyla ilgili uzman hekim bulunup bulunmadığı, hastanede ameliyathanelerin mevcudiyeti ve aktif olarak kullanılıp kullanılmadığı, hasta veya yakınlarının tıbbi müdahale konusunda alternatif müdahale yöntemleri ve müdahale ile ilgili muhtemel komplikasyonlar konusunda aydınlatılıp aydınlatılmadığı, hastanın başka bir sağlık kurumuna sevk edilmesinin gerekli olup olmadığı ve sevk gerekli ise kanun ile ilgili bir gecikmenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.

⁴⁵³ “Somut olayda, davacı davalının yanlış tedavisi sonucu sağ gözünün göremez olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davalılar ise kendilerine kusur izafe edilemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece aldırılan 13.11.2002 tarihli bilirkişi kurulu raporunda, davacı Yüksel'in 62 yaşında kataraktlı, yüksek miyopisi ve yine sağ gözde şaşılığı olan bir hasta olduğu, davalıya ilk müracaatında gözün %20 görme gücünde bulunduğu, bu tip gözlerde göz küresi normalden büyük olduğundan retinanın gergin ve normale göre ince olması sebebiyle dekolman riskinin de fazla bulunduğu belirtilmiş, ameliyatın komplikasyonları açıklanmış, müdahale sonrası davalının, davacının tedavi şansın devam etmesi için ameliyat olmasına gayret ettiği fakat davacının bunu kabul etmediğinden tedavi şansını yitirdiği açıklandıktan sonra sonuç olarak gözün kaybedilmesinin kesin sebebinin ameliyat başlangıcında yapılan iğne olmadığı, muhtemelen gözün kendinde mevcut dejeneratif miyopinin yol açtığı, yine gözün kaybedilmesinde davacının ameliyatı reddetmesinin de etken olduğu, davalının olaydaki kusur nispetinin değerlendirilmesinde gözün başlangıçtaki görme derecesi, bu derecenin ameliyatla dahi tam (%100) görme şansının olmadığı, şahsın tedavide kendi ihmalkarlığı da bulunduğu dikkate alındığında 2/8 olarak kabul edilmesinin uygun olduğu bildirilmiş ise de davalı doktorun hangi kusurlu davranışı nedeniyle kusurlu bulunduğu açıklanmamıştır. Hükme dayanak alınan, Yüksek Sağlık Şurası'nın 2-3 2004 tarihli Raporunda ise davalıların kusursuz oldukları bildirilmiş ise de raporda yeterli gerekçe bulunmamaktadır. Her iki rapor birlikte değerlendirildiğinde, 13.11.2002 tarihli rapor, kendi içinde çelişkili bulunduğu gibi Yüksek Sağlık Şura raporu ile de çelişmektedir. Yine Yüksek Sağlık Şurası raporu açıklamalı ve gerekçeli değildir. Öyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz.” **Yarg. 13HD., 01.12.2005, 11653/17791** Bkz. www.kazanci.com

⁴⁵⁴ “...saniğa kusur izafe eden Yüksek Sağlık Şurası raporunun oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu, bu raporda da belirtildiği üzere, sağığın gerek ameliyat esnasındaki, gerekse de ameliyat sonrasında kusurlu davranışlarının hastanın ölümüne neden olduğu, sanık doktorun işlemlerinin tıbbi standartlara uygun olmadığı ve ölümün komplikasyon olarak değerlendirilemeyeceği, komplikasyonun ancak tıbbi standartlara ve kurallara uygun bir tıbbi tedavi halinde söz konusu olabileceği, bu nedenlerle sanığın dosya kapsamına uygun olan Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi,” **Yarg. 12.CD. 2013/16133, 2013/24707.** (Akt. Şatır, a.g.e., s.377.)

Gerek personel gerekse donanım bakımından yeterli tıbbi standarda sahip olmayan hastanede görev yapan hekim sevk yükümlülüğü altındadır. Acil bir durum söz konusu değil ise hastayı sevk etmeyip, tıbbi müdahalede bulunan hekim açısından üstlenme kusuru söz konusu olur⁴⁵⁵.

Bilirkişi, raporuyla somut olayın çözülmesi bakımından ortaya çıkardığı maddi gerçeğin araştırılması, incelenmesi ve tespitini yaparken bazı hususlara dikkat etmelidir. Müdahaleyi gerçekleştiren hekimin kusurunun ne oranda olduğu değil, kusurunun olup olmadığının tespiti, yapılan müdahalenin türüne göre tıbbi standartlardan sapmaların olup olmadığının belirlenmesi, hekimin hekimlik mesleğinden doğan bilim ve meslek kurallarına aykırılığının olup olmadığı ve bu konuda bilirkişinin mesleki bilgisi dâhilinde getirdiği kanaatler raporun son kısmında belirtilmelidir. Bilirkişinin raporun sonuç kısmındaki ifadeleri muğlak olmamalı, her türlü şüpheden uzak olarak ifade edilmelidir⁴⁵⁶.

Genel itibariyle bilirkişi raporlarının inandırıcı, gerekçeli, yeterli⁴⁵⁷ ve tatmin edici, çelişkiler barındırmayacak nitelikte⁴⁵⁸ olması beklenir.

⁴⁵⁵ Tedavi bakımından önemli bir tıbbi donanımın bulunmadığı hastanede çalışan hekimin, hastasını bu donanımın olduğu hastaneye yönlendirmemesi, hastanenin sorumluluğuna da neden olur. Çünkü hastanelerde tıbbi müdahalelerin tıbbi standart düzeyinde üstlenilmesi esası geçerlidir. Güral Cantürk, *Tıp Hukuku Tanım Tarihçe*, s.22.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Mf6q4VIUWLgJ:acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/32131/ADL%25C4%25B0%2520TIP%2520A%25C3%2587ISINDAN%2520TIBB%25C4%25B0%2520UYGULAMA%2520HATALARI.pdf+&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> Erişim Tarihi 01.05.2017

⁴⁵⁶ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.25.

⁴⁵⁷ "...saniğin yada diğer bir kişinin kusuru bulunup bulunmadığını irdeleyen raporun Adli Tıp Genel Kurulundan alınması sonrası saniğin hukuki durumunun tespit ve tayini yerine teşhiste gecikmeye neden olan saniğin eyleminin eksik tıbbi girişim niteliğinde olduğundan bahsedip, söz konusu gecikmenin ölüm sonucunun gerçekleşmesinde etkili olup olmadığını, dolayısıyla saniğin kusuru bulunup bulunmadığını bildirmeyen yetersiz rapora binaen mahkumiyet hükmü kurulması," **Yarg. 12.CD. 25.03.2014, 2013/14868, 2014/7397**. Bkz. www.kazanci.com

⁴⁵⁸ "Doğumevinde kadın hastalıkları ve doğum mütehassısı olarak çalışan doktor saniğin 9 aylık gebelik müddeti boyunca takip ettiği kan kaybeden hastasının ve canlı doğan bebeğinin yaşaması için gerekli özen ve dikkati göstermediği, bu suretle her ikisinin ölümüne sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan kamu davasında, olayla ilgili dosyadaki raporlar arasında çelişki bulunduğu ve olayın oluşumunu net şekilde ortaya koyan biçimde düzenlenmediği, doğum sonrası ölen anne ve bebeğinin ölümünde saniğin kusurlu davranışlarının etki derecesinin ve her ikisinin ölüm nedenlerinin açıklanamadığı ve aydınlatıcı nitelikte bulunmadıkları hususu gözetilerek; Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu raporları arasındaki mübayanetin Adli Tıp Kurumu Büyük Genel Kurulu'na dosyanın gönderilmesi ile aldırılacak nihai rapordan sonra, sonucuna göre belirlenmesi gerekirken,

Hekimlerin taksirli eylemlerine yönelik davalarda kusur belirlenmesi her ne kadar hâkimin yetkisinde de olsa tıbbi hatayı barındıran uyuşmazlıkların çözümünde belirli teknik, mesleki ve bilimsel bilgiler gerektirir. Dolayısıyla hâkimin ATK ve YŞS gibi bilirkişilik kurumlarından rapor talep etmesi kaçınılmazdır. Ayrıca uygulama bakımından da sağlık mesleği mensuplarının görevlerinden dolayı, suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalardan en az iki raporun varlığı yargılamanın objektifliği açısından aranmaktadır⁴⁵⁹. Bu raporlarda; somut olay açısından, gereken dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediğini, tıbbın gerek ve kurallarına uygun hareket edilip edilmediğini, tıp bilimi ve tekniğine uygun davranılıp davranılmadığını, hata yaptığı iddia edilen tıp mensubu açısından değerlendirilir, incelenir.

Bilirkişi meslek ilkelerine aykırılık gördüğü durumlarda bilirkişilikten çekilebilir ya da yargılamanın tarafları bilirkişiyi reddetme talebinde bulunabilir. Bununla birlikte bilirkişilikten çekilme hakları sınırlıdır. Eğer kişi görevli kılınmış ise, sadece yasal anlamda çekilme haklarının içinde olan haller mevcudiyetiyle bilirkişilikten çekilebilir. Bu haller mevcut değil ise görevini yerine getirmek durumundadır. Çünkü bilirkişilik bir kamu görevi olarak kabul edilir ve taksirle yaralama hatta taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet vermek gibi önemli ve adli sorunlar söz konusu olduğunda kamu görevinin yerine getirilmesi zorunluluk arz eder.

Günümüz ATK uygulaması bakımından hekimin taksirle öldürme eylemi ile ilgili dava dosyaları ATK bilirkişilik açısından, 1. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nda karara

doktor sanık hakkında beraat kararı verilmesi hukuka aykırıdır. ” Yarg. 05.07.2012, 21402/16968. Bkz. www.kazanci.com

⁴⁵⁹ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.26. Bilirkişi sayısı, kanunda belirtilmedikçe hâkim veya mahkeme tarafından belirlenir. Fakat öğretilerde birden fazla bilirkişi ve doğal olarak rapor sayısının belirlenmemesi aksi takdirde sayı artışı ile kurumun amacına ulaşılmasından sapıldığı şeklinde görüş mevcuttur.(Kayaer, a.g.e., s.399; Veli Özer Özbek, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yıl: 2006, Cilt:3, Sayı:2, İstanbul, 2006, s.387.) Ayrıca bilirkişi sayısının birden fazla olacak ise, bunun üç-beş gibi tek sayı şeklinde olması aksi takdirde belirli bir görüşte çoğunluk sağlanamayacağı görüşü de mevcuttur.(Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10.Bası), Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s.255; Aksi görüş: Yıldız, a.g.m., s.311.)

bağlanmaktadır. Hekimin taksirle yaralama eylemi ile ilgili bilimsel ve teknik görüşüne başvurulmuş kurul ise 2. ve 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'dur⁴⁶⁰.

Alman Hukuk Sisteminde hekimlere karşı açılan ceza davaları oranı ülkemizden çok daha düşüktür. Genel itibariyle çok özel bir durum olmadıkça ceza davaları değil hukuk davaları ve tazminat talepleri söz konusu olur. Dolayısıyla Alman Hukukunda, yalnızca çok ağır yaralanmalar ve ölümler mevcut ise ceza davaları açılmaktadır. Bununla birlikte bilirkişilik müessesesi bakımından oturmuş bir sistem mevcuttur. Bu sebeple ki Alman Hukuk sistemindeki bilirkişilik müessesesinin yürütülmesinin Türk Hukuk sistemi açısından bir takım farkları vardır. Şöyle ki;

Alman Hukukunda bilirkişi dışardan üçüncü bir şahıs olarak değil, bilâkis hâkim gibi yargılamaya katılan ve yargılama sürecinde yer alan şahıs olarak ifade edilmektedir. Mahkeme bilirkişiyi üstlenmiş olduğu işler yönünden hâkimin bilgisinin yeterli olmadığı konuda “hâkimin yardımcısı” olarak atamakta ve tüm muhakeme üyelerine raporuyla yardımcı olmaktadır. Hukukî statüsü hâkime paralel bir düzenlemeye sahip kabul edilir⁴⁶¹. Türk Hukuku'nda ise; hâkimin yardımcısı değil, hâkime yardımcı olan kişi olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bilirkişinin hâkimin yardımcısı olduğunu ifade etmek yanlış olup, bilirkişi yardımı yargılamanın başından sonuna kadar devam etmez; ancak hâkimin bilmediği özel ve teknik bilgi almak için yargılamanın ufak bir sürecinde devam eder⁴⁶². CMK 63. maddesi de bu konuda emredici hüküm niteliğinde olup bilirkişinin görevini kesin ifadelerle sınırlamaktadır.

Almanya'da hasta-hekim ya da hasta-hastane arasında yapılan tedavi sözleşmeleri hukuk davaları çerçevesinde görülmektedir. Türkiye'de somut olay bakımından bir taraf devlet hastaneleri ya da zarar veren memur hekim ise idari yargı söz konusu olur. Almanya'da ise her zaman tedavi sözleşmesinden doğan bir sorumluluk olarak davalar hukuk mahkemelerinde görülmekte ve bilirkişilik raporları bu mahkemelerde dikkate alınarak hukuki sorumluluk belirlenmektedir.

⁴⁶⁰ Bkz. http://www.atk.gov.tr/Kurumsal_AT_ ihtisaskurulu.html (Erişim Tarihi 18.04.2017)

⁴⁶¹ Cahid Doğan, *Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbi Bilirkişilik*, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, TBB, Ankara, 2015, s.396.

⁴⁶² Doğan, *Bilirkişilik*, s.412.

Alman Hukukunda tıp hukuku açısından resmi bilirkişi statüsünde Adli Tıp Kurumu gibi eşdeğer kurumlar mevcut değildir. Ceza davalarında kullanılan Adli Tıp Kurumları ancak otopsi ile sınırlıdır. Genel olarak kendi bilgilerinin yanında özel ihtisas bilgisine sahip insanlara (prof., başhekim vs.) bilirkişilik için başvurulmaktadır⁴⁶³. Fakat daha önemli davalarda bilirkişi raporu uzman bir kamu kuruluşundan da alınabilmektedir⁴⁶⁴.

Alman Hukukunda uygulama bakımından bilirkişiden kendi raporunu doğrudan duruşmalarda sözlü olarak savunması istenebilir. Ceza davalarında ise esas rapor, duruşmada sözlü verilen beyan şeklindedir⁴⁶⁵. Her ne kadar 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'muzda da (Md. 68) bu durum düzenlenmiş olsa da Türk Hukuku bakımından bilirkişinin raporunun yazılı olarak dosyaya sunulması yeterli görülmekte, dolayısıyla bu duruma uygulama bakımından sık rastlanılmamaktadır⁴⁶⁶. Ayrıca her Alman yüksek mahkemelerinde tıbbi hatalarla ilgili daireler mevcuttur. Alman Hukuk Muhakemeleri Yasası'nda (ZPO) bu durum düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da Yargıtay' a gelen dosya kapsamına göre belirli dairelerin baktığı doğrudur. Bu durum kanunda ayrı bir düzenlemeden ziyade *Yargıtay İş Bölümü Karar Tasarısı* ile iş bölümü yapılarak oluşturulan bir durumdur⁴⁶⁷. Yine de her iki hukuk uygulaması açısından içtihat birliğinin sağlanması ve mesleki alanlardaki hukuki korumayı sağlamak amacıyla müşterek daireler yapılanması oluşturulmuştur⁴⁶⁸.

Alman Hukukunda bilirkişilerin mahkemede hazır bulunmaması veya yükümlü olmasına rağmen rapor hazırlamayı reddetmesi durumunda bundan çıkan masraflar kendisinden tevdi edilir. Ayrıca para cezasına da hükmedilir. Davranışın

⁴⁶³ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.85.

⁴⁶⁴ StPO §83.

⁴⁶⁵ Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, s.88.

⁴⁶⁶ Yıldız'a göre; bilirkişinin duruşmadan sözlü açıklama yapması, duruşmanın sözlülüğü ve doğrudan doğrualığı ilkeleri, mütalaanın güvenilirliği bakımından olması gerektirir ve adil yargılama hakkı açısından önem arz eder. Yıldız, *a.g.m.*, s.328. Bu durum bilirkişinin yazdığı raporunu mahkemede açıklama imkanının olacağı ve davanın taraflarının kendisine raporu doğrultusunda sorular yöneltebilmesi bakımından da önem arz eder.

⁴⁶⁷ Bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/565> (Erişim Tarihi 08.05.2017)

⁴⁶⁸ Feridun Yenisey, *Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi*, Anayasa Yargısı (25), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2008, s.139. Bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/feridun_yenisey.pdf (Erişim Tarihi 12.04.2017)

tekrarı halinde para cezasının miktarı yeniden belirlenebilir (ZPO §409, StPO §77). Türk Hukukunda ise çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yemin etmekten, oy ve görüş bildirmekten çekinen⁴⁶⁹ bilirkişiler hakkında bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi⁴⁷⁰ verilebilir(CMK 60).

Alman Hukukunda bilirkişilere gönderilen tıbbi belgeler genel itibariyle, somut olayın araştırılması ile ilgili ihtiyaç duyulan veri bakımından tam ve yeterlilik arz edecek şekilde eksiksiz ve kapsamlıdır. Uygulamada, hasta üzerinde yapılan tıbbi işlemler en ayrıntılı kısmına kadar yazılı bir şekilde kayıt altına alınmaktadır. Bunlar çeşitli şekilde yazılı belge ya da doldurulan formlar şeklinde olabilmektedir. Öyle ki, sağlık kurumuna başvurulduğu andan itibaren mevcut yaralanmanın, kazanın ya da hastalığın oluşumunun, mevcut vaziyetinin tespiti bakımından oldukça ayrıntılı raporlar tutulmaktadır. Bu duruma uygulama bakımından bir zorunluluk getirilmiştir. Bu durum zarar görenin yaralanma veya ölümü neticesi bakımından bilirkişi incelemelerinin titizlikle yapılabilmesi ve kural ya da özen yükümlülüğü ihlalinin tespiti için oldukça önemlidir.

⁴⁶⁹ Şunu da belirlemek gerekir ki; sağlık çalışanlarının tanıklıktan çekinme haklarından birinin varlığı halinde, sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda ya da atandığı konuda özel ve teknik bilgiye sahip olmaması halinde bilirkişilik yapmaktan çekinme hakları mevcuttur. Çakmut, *Bilirkişi*, s.1140, 1148.

⁴⁷⁰ Oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler için disiplin hapsi ancak bilirkişilik yapmaya zorunda olan kişiler açısından verilebilen bir yaptırımdır. Bilirkişilik yapmak zorunda olmayan kişiler açısından bu cezanın uygulanabilmesi pek mümkün değildir. Yıldız, *a.g.m.*, s.323.

SONUÇ

Tıp ve Hukuk meslekleri, kişilerin yaşama hakkı ve hürriyeti bakımından disiplinli, dikkatli ve sorumlu davranmayı gerekli kılan alanlardır. Çünkü bu alanlarda gösterilen ihmalkârlıklar, insanların maddi ve manevi hak kaybına uğramasına hatta yaşamını yitirmesine neden olabilmektedir.

Tıp alanında, her geçen gün yeni gelişmeler olmasına rağmen, modern tıpta sıfır hadise neredeyse imkânsızdır. Öte yandan, teknolojik ilerlemeler, laboratuvar testlerinin hassas ölçerliği ve hastalıkların teşhisini somut bir şekilde tespite yarayan yenilikler de, toplumda mükemmeliyet beklentisini artırmıştır. Dolayısıyla, hastalar da hekimlerin hata yapabileceklerini, yanılacaklarını genellikle kabul etmemektedir. Ayrıca, hastalıkla mücadele etmenin getirdiği sorumluluğu da hekimlere yükleme eğilimindedirler. Fakat yine de ilk ve belirgin tıbbi hata kurbanları hastalardır. İkincil kurbanlarda benzer mağduriyetler yaşadıklarından dolayı hekimlerdir. Bu bakımdan, yalnız hastalar açısından değil, aynı zamanda hekim ve diğer sağlık çalışanları açısından hukuk mevzuatındaki noksanlıkların giderilmesi, sağlık sistemindeki muhtemel sorunları önleyecektir.

Burada üzerinde durulan sorumluluk kavramı, ceza hukuku açısından büyük önem taşımaktadır. Kişiler, ceza kanunlarında yer alan kaidelerin yüklediği görevleri yerine getirmediğinde, ceza hukuku bakımından bir yaptırıma uğrarlar. Esasında, ceza hukukunun temel gayesi, mütemadiyen yaptırıma uğratmak değil; bireylerin suç işlemesini önlemek, hukuka aykırı hareket etmekten caydırmak, sağlıklı ve huzurlu bir yaşamı sürdürmektir. Kısaca, cezalandırmaktan ziyade, cezai nitelikteki davranışları önlemek temeldir.

Bu tezin odak noktasını oluşturan, hekimlerin taksirli eylemlerine yönelik sorumlulukların cezalandırılmasının temelinde; hekimin gerekli dikkat ve ihtimamı göstermemesi, mesleğini icra ederken ihmalkâr kalması sonucu hastaların sağlığına zarar vermesidir.

Bu itibarla, taksirli suçlar, kasten işlenen suçlara göre ayrı bir kategoride ele alınmaktadır. Hastaların yaralanması veya ölümü ile sonuçlanabilen hatalar, aynı

zamanda suç teşkil edebilir. Hekimler açısından, bu suçların çok istisnai halleri hariç, taksirle işlendiği tespit edilmektedir. Taksirli suçlar, hekimlerin teşhis ve tedavi esnasında tıbbi standart uygulamalarından sapması, gerekli ve yeterli şekilde hastayı tedavi etmemesi ya da bilgi ve beceri eksikliği gibi durumların sonucunda oluşan tıbbi kötü uygulamalar (malpraktis) anlamına gelmektedir.

Tıbbi müdahale tıbbi standarda aykırı gerçekleşmişse, hekimin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Tıbbi hatalar, çok çeşitli olmakla birlikte uygulamada, en çok tedavi hatalarının yapıldığı görülmektedir. Tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre, gerekli özenin gösterilmemesinden dolayı uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi de tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmektedir. **Hekimin cezai sorumluluğunun anlaşılması ve tespiti ise, tıbbi müdahale eylemlerinin suç oluşturması için gerekli unsurların bilinmesi ile mümkündür.**

Modern hukukun tazminat hukukuna doğru gittiği öğretilerde kabul edilmekte; birçok ülke hukukunda malpraktis davalarının tazminat ile çözümlenmesi yeterli görülmektedir. Türk Hukukunda ise, hekimlerin vekâlet ilişkisi gereği, en hafif kusurundan bile tazminat sorumluluğu ile birlikte, bu hafif kusurlarından dolayı cezai sorumluluğuna gidilmesi durumu ise, ceza davalarının yıpratıcı evrelerine tabi olmalarına sebep olmakta ve şüphesiz mağduriyet doğurmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda yapılan taksir tanımının dar kapsamlı olması ve bazı hususlarda belirsizliklere yol açmasından dolayı hekimlerin cezai sorumluluğuna kolaylıkla gidildiği düşünülmektedir.

Başta hekimler olmak üzere, sağlık çalışanlarını mevcut şikâyet ve dava konuları ile ilgili önceden bilgilendirilmelerine yönelik seminer ve benzeri eğitimlere katılmaları, hekimlik mesleğinin ceza yükümlülüğü konusunda bilinçlendirilmeleri yararlı olacaktır. Sağlıklı bir iletişimin sağlanması durumunda, malpraktis sebebiyle açılacak davaların açılmayacağı, oluşan hukuki uyuşmazlıkların büyük bir kısmının düzelebileceği açıktır.

Hekim acil olarak gelen bir hastaya gerekli tıbbi müdahaleleri özenle, önyargısız ve derhal yapmakla yükümlüdür. Burada birincil öncelik hastanın yaşamasını sağlamaktır.

Hekimlerin tıbbi müdahaleleri gerçekleştirebilmesinin hukuken uygun olmasında tıbbi endikasyon, tıbbi standart, acil durumlar, rıza gibi bazı koşullar şarttır. Bunların içinden hastanın tıbbi müdahaleye rızasının olması çok önemli bir yer tutar. Özel durumlar dışında rıza olmadan yapılan müdahalelerin hukuken koruma altına alınması mümkün olmaz. Nitekim burada hekimin hem hukuki, hem cezai, hem de idari sorumluluğu bulunmaktadır. Öyle ki; tıbbi müdahaleden önce, hastanın rızasının alınmadığı durumlar, 1219 Sayılı TŞSTİDK'nin 70. maddesinde tek başına bir suç olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, hastanın aydınlatılması ve rızanın bu çerçevede alınması, hukuki düzende önemlidir. Ayrıca, hastanın doğrudan ameliyat için rıza göstermesi de yeterli olmamaktadır. Tıbbi müdahale dahilinde oluşabilecek komplikasyon ihtimali için de bilgilendirilmesi gerekir.

Hekimin sorumlu tutulması ise ancak kusurunun varlığı ve tespiti ile mümkündür. Tıbbin kurallarına ve gereklerine uygun davranmasına rağmen, yine de hastanın iyileşmesi açısından sonuçta bir değişiklik olmamışsa; tıbben “izin verilen risk”, diğer bir ifadeyle “komplikasyon” olarak kabul edilir. Tedbirsizlik, dikkatsizlik, acemilik, bazı emir ve kurallara riayet edilmemesi gibi durumlardan kaynaklanan hekim hatalarında ise, “taksirli sorumluluk” aranır ve “malpraktis” (tıbbi uygulama hataları) kapsamında değerlendirilir.

Ceza hukuku bakımından sağlık mesleği mensuplarının tıbbi müdahale eylemini gerçekleştirirken, özellikle *taksirle yaralama* ve *taksirle öldürme* suçlarını oluşturdukları görülmektedir. Bu suç tipleri de TCK'nın 85. ve 89. maddelerinde düzenlenen hükümler ile belirli bir yaptırıma bağlanmıştır. Türk Hukukunda, kamuda çalışan hekimler ile özel sektörde çalışan hekimler aleyhine açılan cezai davalarda takip edilecek sistem farklılık arz etmekte; daha ziyade kamuda çalışan hekimlere yönelik bir koruma söz konusudur. Memur hekimin görev ile ilgili işlediği suçlar bakımından; yetkili idareden soruşturma izni alınması gereklidir. Özel statüde görevli hekimlerin görev ile ilgili işlediği suçlar ise, genel soruşturma usulüne tabidir.

Muhakeme bakımından takdir hâkimdedir, ancak somut olayın çözümüne ilişkin kanaat oluşturulabilmesi ve hükmün hukuki çerçevede adaletli bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bilirkişilik müessesesinin yardımına başvurulması, özellikle teknik ve uzmanlık gerektiren tıp bilimi alanında zorunluluktur. Hekimlerin taksirli eylemleri sonucu, karşılaştıkları ceza davalarında önemli bir yeri olan bilirkişilik, esasında CMK madde 63 ve devamında düzenlenmiş olup, uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bilgiyi, bilimsel bir çalışmayı gerektiren konularda, hâkimin bilgi ve tecrübesini aştığı için başvuru bir müessesedir. Bilirkişiler, olayı soruşturan savcı ya da davaya bakan hâkime suçun soruşturulması veya kovuşturulması bakımından yardımcı olurlar. Her ne kadar, hâkimin hükmü kurarken bilirkişi raporları ile zorunlu bir bağılılığı olmasa da, somut olayda hekimin cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için aranan kusurun varlığının tespitinde, bilirkişilerin, araştırma-inceleme-ölçme işlemleri sonunda verilere dayalı hazırladıkları raporlar değerlendirme sürecinde adeta bir kilit noktasıdır. Bu raporların bir delil değerlendirme aracı olarak rolü ve etkisi büyüktür. Bu nedenle, bilirkişi incelemesi esnasında hastaya dair kayıtların ilgili mahkemece eksiksiz ulaştırılması hasta ve hekimin mağduriyetlerini önleyecektir. Bu alanda yardım talep edilen ve görüşüne başvuru bilirkişilerin mutlaka uzman olmaları gerekmektedir.

Bu çalışma kapsamında yukarıda yapılan değerlendirme ve problemlere ilişkin bazı öneriler dışında önemli görülen hususları ise kısaca şöyle sıralayabiliriz;

Yargıtay'ın hemen her hadisede bilirkişi raporu araması, hâkimin de bilirkişi müessesine yoğun bir şekilde yönelmesini ve rapor almasını zorunlu kılmaktadır. Malpraktis ile komplikasyon arasındaki sınırın net olarak oluşturulması aşamasında bilirkişilik müessesesinin rolü ve etkisi önemlidir. Çünkü meydana gelen olumsuzluk, komplikasyon ise hekimin yasalar karşısında sorumluluğu olmaz, fakat malpraktis ise hekimin sorumlu olacağı açıktır.

Günümüzde, özellikle kamuda hizmet yapan hekimlerin, günlük çok sayıda hasta kabul etmek zorunda bırakılması, hasta-hekim arasında bazı sıkıntıların yaşanmasına yol açmaktadır. Çoğu zaman hekimin bir hastaya ayıracağı zamanın 5-10 dakika ile sınırlı kalması ve bu sınırlı süre içinde doğru ve yeterli iletişim

sağlanamadığından tıbbi müdahale ve teşhise dair hastanın yeterince aydınlatılmadığı açıktır.

Hekimler ve diğer sağlık çalışanlarının hakları ve sorumluluklarına dair, öncelikle ayrı ve özel bir yasal düzenleme yapılmasının, modern hukukun bir gereği olduğunu da belirtmek gerekir. Hekimin sorumluluğu alanında bir denge kurulması, muhtemel sorunların çözümüne katkı sağlayacaktır. Özellikle, yalnız hastaları korumaya yönelik bir sorumluluk sistemi, hekimlerin mesleğini icra etmedeki cesaretini kırdığından çekingen bir tutum sergilemesine ve mesleğini hakkıyla yapamamasına neden olmaktadır. Dolayısıyla bu durumun göz ardı edilmemesi gerekir. Bu bakımdan, hem hastalar hem de hekim ve diğer sağlık çalışanları açısından korumaya yönelik, kötüye kullanımı ve istismarı önleyici, bütüncül bir sistem içerisinde düzenlemeler ele alınmalıdır. Böylece, karşılaşılan sorunların erken tespiti ve önlenmesine yönelik somut çalışmaların titizlikle yapılması, şüphesiz, zararları ve kayıpları azaltacaktır.

Türk Hukukunda önemli görülen bu uygulamaların güçlendirilmesi ve geliştirilmesi için başka hukuk sistemlerindeki, özellikle Avrupa'daki yeni gelişmelerle karşılaştırmalı ve kapsamlı çalışmaların yapılmasına ihtiyaç vardır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akyıldız, Sunay, Çelik, Faik, Hakeri, Hakan, Somer, Pervin, **Tıp Hukuku Atölyesi I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (7. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Genel Hükümler)

Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, **Gerekçeli Ceza Kanunları** (13. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler** (13. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Özel Hükümler)

Artuk, M.Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, **Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Hükümler-Özel Hükümler-Ceza Muhakemesi Hukuku** (6. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (Uygulamalı)

Aşçıoğlu, Çetin, **Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Ankara, 1982.

Ayan, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991.

Aydın, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. (İştirak)

Bayraktar, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.

Centel, Nur, Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (10.Bası), Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013. (Muhakeme)

Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş** (5.Bası), Beta Yayınevi, İstanbul, 2008. (Ceza)

- Centel, Nur, Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**(3.Bası), C:I, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016. (Kişilere Karşı İşlenen Suçlar)
- Çakmut, Yenerer Özlem, **Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik**, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008, s.1136 vd. (Bilirkişilik).
- Çakmut, Yenerer Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, 2003. (Tıbbi).
- de Melo, Pereira Helena, **Patient's Rights in European Law**, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Doğan, Cahid, **Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbi Bilirkişilik**, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, TBB, Ankara, 2015. (Bilirkişilik)
- Doğan, Cahid, **Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı**, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**(15.Bası), Beta Basımevi, İstanbul, 1998.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım** (8.bası), Cilt:2, İstanbul, 1983.
- Durmuş, Osman, **Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik: Türkiye Büyük Bir Laboratuvar mı?**, Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 13-14 Kasım 2009, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Erem, Faruk, Toroslu, Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2003.
- Erman, Sahir, Özek, Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (TCK 448-490)**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.

- Gök, Şemsi, Akyol, Selman, Kulusayın, Özdemir, **Kişilerin Vücut Bütünlüğünde Oluşturulan Zararların Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi**, Adli Tıp Kurumu Yayınları, İstanbul, 1978.
- Gürpınar, Bünyamin, **Hekimlerin Tazminat Sorumluluğu ve Bu Sorumluluğa Yol Açan Tıbbi Uygulama Hataları**, Hüquq Elminin Müasır Problemləri, II. Beynəlxalqkonfrans, Bakü, 2010.
- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**(2. Basım), Us-A Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Hakeri, Hakan, Ünver, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (9. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Hakeri, Hakan, **Tıp Hukuku** (9.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Hancı, İ. Hamit, **Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Hondius, Ewoud, **Comparative medical liability in Europe**, Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen, 2001, [185-194].
- İçel, Kayıhan, Evik, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II. Kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri** (4.Bası), Beta Basım Yayım, 2007, İstanbul.
- İçel, Kayıhan, Akıncı, Sokullu Füsün, **Suç Teorisi** (2. Kitap), Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.
- İpekçioğlu, Aksoy Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- İpekyüz, Filiz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2006.

- Kaymaz, Seydi, Gökcan, Hasan Tahsin, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Koca, Mahmut, Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (3. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1** (6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 10.Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Cilt:II, İstanbul, 1991.
- Özay, Merter, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Özdemir, Hayrunnisa, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Ankara, 2004.
- Özen, Muharrem, **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler** (3.Bası), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler** (2. Bası), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005. (Gazi Şerhi)
- Öztürkler, Cemal, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları** (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer, **Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara, 2008.
- Sarıtaş, Hatice, **Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2005.

Şatır, Nejdət, **Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yargıtay-Danıştay İctihatları**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2015.

Taşdemir, Kubilay, Özkepir, Ramazan, **Son Değişiklikleriyle İctihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara, 1999.

Türkmen, Ali, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Erol Ofset Matbaacılık Yayıncılık Samsun, 2009.

Ünver, Yener, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta Basımevi, İstanbul, 1998.

Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Madde 86-146)**, Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Zevkliler, Aydın, **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara, 1989.

Sürelİ Yayınlar

Apaydın, Cengiz, **Taksirle Yaralama Suçu**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:69, S:1, Ankara, 2011.

Duysak, Merve, **Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu**, Hukuk Gündemi Dergisi, Ankara Barosu, Sayı:3, Ankara, 2009.

Demir, Mehmet, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı:3, 2008.

Erman, Sahir, **Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk** (Çev. Süheyl Donay), İUHFM, Cilt:34, Sayı:1-4, İstanbul, 1968, s.173 vd.

Giordano, Kevin, **Examining Nursing malpractice: A defense Attorney's perspective**, *Critical Care Nurse*, Vol:23, No:2, 2003, [104-107].

- Kanbur, Mehmet Nihat, **Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Genel Değerlendirme**, Türkiye Acil Tıp Dergisi, 9(1), 2009.
- Kaya, Mine, **Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu**, TBB Dergisi, Sayı:100, Ankara, 2012.
- Keyman, Selahattin, **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, AÜHFD, Cilt:35, Sayı:1-4, 1978.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin **Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü**, AÜHFD, C.52, Sayı:3, Ankara, 2003.
- Öner, Hamdi, **Türk Ceza Kanunda Hata ve Taksirli Suçlar**, AD., Y:36, S:8, Ankara, 1945.
- Özbek, Özer Veli, **Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yıl: 2006, Cilt:3, Sayı:2, İstanbul, 2006.
- Özdemir, Çağlar Arıcan, Nadir, **Hekimlerin Yasal Sorumlulukları**, Akademik Acil Tıp Dergisi, Cilt: 7, Sayı:1, İstanbul, 2008.
- Sözen, Atiye, Alkan, Nevzat, **Ruh Sağlığı ve Hastalıkları (Psikiyatri) Alanını İlgilendiren Tıbbi Uygulama Hatası (Medikal Malpraktis) İddiaları**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 89, Sayı:5, İstanbul, 2015.
- Sözüer, Adem, Yasin, Melikşah, Kurşat, Zekeriya, “*Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluk*”, (Ed. Haydar Sur, Tunçay Palteki), **Hastane Yönetimi**, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2013, [1017-1033].
- Türkan, Hülya, Tuğcu, Harun, **2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları**, Gülhane Tıp Dergisi, 46(3), 2004, [226-231].

T. Bell, Alessia, **Criminal Law/Medical Malpractice: Court Strikes Down Murder Conviction of Physician Where Inappropriate Care Led to Patient's Death**, The Journal of Law, Medicine&Ethics, Volume 28:2, 2000.

Yalkut, Necdet, **Mukayeseli Hukuk Açısından Taksirle Ölüme Sebebiyet Suçu**, AD., Y:57, S:2, Ankara, 1966.

Yıldız, Ali Kemal, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, EÜHFD, C:X, Sayı: 3-4, Erzincan, 2006.

Tezler

Aydın, Kan Çağrı, **Taksirle Yaralama**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006.

Demirci, Bahar, **Türk Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sorumluluk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.

Demirhan, Nurhan, **Malpraktis ve Hekimin Taksirle Yaralama Suçu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2011.

Kayaer, Nebahat, **Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012.

Sevindik, Atıcı Ebru, **Hekimlerin Mesleki Hatalarından Kaynaklı Hukuksal ve Cezai Sorumlulukları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, Adana, 2006.

Yetim, Servet, **Adli Tıp Açısından Uzun Zaafı, Uzun Tatili Ayrımı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2006.

Yılmaz, Ümit, **Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK M. 87)**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2009.

İnternet Kaynakları

Aslan, Leyla Şengül, **Koma, Bitkisel Yaşam ve Beyin Ölümü Nedir?**,
<http://www.sagliktayenilikler.com/22658-2/> (Erişim Tarihi 12.05.2017)

Cantürk, Güral, **Tıp Hukuku Tanım Tarihçe**,

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Mf6q4VIUWLgJ:acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/32131/ADL%25C4%25B0%2520TIP%2520A%25C3%2587ISINDAN%2520TIBB%25C4%25B0%2520UYGULAMA%2520HATALARI.pdf+%&cd=3&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (Erişim Tarihi 01.05.2017)

Çelik, Faik, **Cerrahin Yasal Sorumlulukları**, <http://docplayer.biz.tr/7951617-Cerrahin-yasal-sorumluluklari-dr-faik-celik.html> (Erişim Tarihi 21.04.2017)

Dünya Tabipler Birliği, **Malpractice Bildirisi**,

<http://www.ttb.org.tr/TD/TD59/597.html> (Erişim Tarihi 17.02.2017)

Dünya Tabipler Birliği, **Tokyo Bildirgesi**, Gözaltında ve Mahkumiyette İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Cezalar Konusunda Hekimler için Klavuz,

http://www.ttb.org.tr/images/stories/haberler/file/DTB_Tokyo_Bildirgesi_2016.pdf
(Erişim Tarihi 22.03.2017)

Hakeri, Hakan, **Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar**, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/116.doc> (Erişim Tarihi 07.03.2017)

HAYAD, **Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi**, <http://www.hayad.org.tr/lizbon-hasta-haklari-bildirgesi> (Erişim Tarihi 24.01.2017)

İstanbul Tabip Odası, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Hekimler**, Panel, 2005,
<http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?article=66> (Erişim Tarihi 21.03.2017)

LSU Law Center, Law, Science & Public Health Program Site, **Medical Judgment**,
<http://biotech.law.lsu.edu/books/lbb/x408.htm> (Erişim Tarihi 11.03.2017)

Mumcu, Alper, **Hamilelikte Karın Büyümesi**, <http://www.mumcu.com/hamilelikte-karin-buyumesi/> (Erişim Tarihi 12.04.2017)

Osmaniye Tabip Odası, **1219- Tababet ve şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**, 2013, <http://www.osmaniyetabip.org/?pnun=37&pt=1219+-+TABABET+VE+%C5%9EUABATI+SAN%27ATLARININ+TARZI+%C4%B0CRASINA+DA%C4%B0R+KANUN> (Erişim Tarihi 28.04.2017)

T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu, **İhtisas Kurullarının Genel Yapısı ve Görevleri**, http://www.atk.gov.tr/Kurumsal_AT_ihtisaskurulu.html (Erişim Tarihi 18.04.2017)

T.C. Resmî Gazete, www.resmigazete.gov.tr

T.C. Yargıtay Başkanlığı, **Dairelerin İş Bölümü**,
<http://www.yargitay.gov.tr/sayfa/dairelerin-is-bolumu/565> (Erişim Tarihi 08.05.2017)

The Lectric Law Library, **Material Fact**, <http://www.lectlaw.com/def2/m021.htm>
(Erişim Tarihi 12.01.2017)

Türkçe Bilgi, **Nedbe**, <https://www.turkcebilgi.com/nedbe> (Erişim Tarihi 18.06.2017)

Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi 07.05.2017)

Yenisey, Feridun, **Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi**, Anayasa Yargısı (25), Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2008, s.139.
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/feridun_yenisey.pdf
(Erişim Tarihi 12.04.2017)

Yıldız, A. Kemal, **Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı**,
<http://alirizatumer.com.tr/komplikasyon-ve-malpraktis-ayrimi/> (Erişim
Tarihi 28.04.2017.)

Diğer Kaynaklar

Güzel, Sadullah, Balcı, Yasemin, Çetin, Gürsel, **Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi** (Güncelleme Editörleri:Ü.Naci Gündoğmuş-Yasemin Balcı-H. Mehmet Akın), Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu, Haziran, 2013.

Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı, <http://www.kazanci.com>

Temel Türkçe Sözlük(Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî), Karakuşak Basın ve Yayın, C:1, İstanbul, 1986.

Temel Türkçe Sözlük(Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmûs-ı Türkî), Karakuşak Basın ve Yayın, C:3, İstanbul, 1986.

Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Davalarda Bilirkişilik Sempozyumu, Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, İstanbul, 2014.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü** (4.Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

ÖZGEÇMİŞ

12 Şubat 1992 tarihli, İstanbul ili Fatih ilçesi doğumluyum. Dr. Refik Saydam Ortaokulu ve Dr. Kemal Naci Ekşi Anadolu Lisesi'nde lise eğitimini tamamladıktan sonra, 2010'da Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi'ne kaydoldum. 2011-2012 Öğretim yılında Yurt Dışı Değişim Programı/ERASMUS kapsamında, Almanya'da Carl Von Ossietzky Üniversitesi'nde bir yıl eğitim gördüm.

2014'te mezun olduktan sonra, aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim dalında yüksek lisans eğitimine başladım. Bu dönemde, İstanbul Barosu Avukatlık Staj Eğitimimde hazırladığım *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamaları (AİHS Md.10)* başlıklı Staj Bitirme Tezi ile bu eğitimi tamamladım. 2015'te, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ruhsatnamesini aldım.

Yabancı dillerden İngilizce, Almanca ve Rusça bilmekteyim.

Bilge Nur ÜREKLİ