

TİBBÎ HATANIN HUKUKÎ VE CEZAÎ SONUÇLARI

Av. Prof. Dr. Yüksel ERSOY *

TİBBÎ HATA

Kavram

Black's Law Dictionary,¹ genel olarak tıp doktorları, avukatlar ve mali müşavirlerin görevlerini ifada hatalı davranışlarını (mesleki hatayı) ifade eden "*malpraktis*" kavramını şöyle tanımlamaktadır; "*bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gereken bilgi ve beceri ile uygulamaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesi.*"

Aynı sözlük "*tıbbî hata*" ile ilgili olarak da şu açıklamayı yapmaktadır; "*Tıbbî hata (malpraktis) davalarında, ihmal (negligence) hakim teoriyi teşkil etmektedir. İhmale dayalı malpraktis (negligent malpractise) nedeniyle tazminat alabilmesi için, davacının aşağıdaki unsurların varlığını ispat etmesi gerekir;*

1. Genellikle doktor-hasta ilişkisinin varlığına dayanan, doktorun hastaya karşı bir yükümlülüğünün bulunması;
2. Uygulanabilir bir bakım veya tedavi standardı ve bunun ihlali;
3. Tazmin edilebilir bir zarar;
4. Bakım ve tedavi standardının ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması."

Ülkemizde "*hekim hatası*", "*doktor hatası*", "*tıbbî hata*", "*tıbbî hizmetlerin kötü uygulanması*", "*tıbbî yanlış uygulama*" gibi kavramlar kullanılmaktadır. "*Tıbbî hata*"yı bir doktorun tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik veya

* Ankara Barosu üyesi.

¹ Black's Law Dictionary, 6th edition, St. Paul, Minnesota, 1997, s. 959.

kurallara uymama sonucu tedavi ve bakım standartlarına uymayan davranışları ile hastasına zarar vermesi olarak tanımlamak mümkündür.²

Ülkemizde Hazırlanan Taslaklar

Gerek; 2002 yılında TBMM'ye sunulan ancak kanunlaşamayan *"Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı"* ve gerek, daha sonra Sağlık Bakanlığı tarafından daha kısa bir metin olarak hazırlanmakta olduğu anlaşılan *"Tıbbî Yanlış Uygulama (Tıbbî Malpraktis) Yasa Tasarısı"* metinlerinde, tıbbî hata, tüm tıp mesleği mensuplarını kapsar şekilde tanımlanmıştır. Gerçekten bu Tasarılar da, *"hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, sağlık memuru, diyetisyen, psikolog, çocuk gelişimcisi, fizyoterapist, biyolog, röntgen teknisyeni, tıbbî fizikçi, laboratuvar teknisyeni, protezci, diş teknisyeni, sünnetçi ve diğer sağlık hizmetleri çalışanlarının"* standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardan söz edilmektedir.

Hukukî ve tıbbî yönleri ile karmaşık bir içeriğe sahip olan bu konudaki tasarının, mevcut düzenlemelerin de göz önünde tutularak uzman kişi ve kurulların katkısıyla ve titizlikle hazırlanması gerekirdi. Oysa, eleştirilerden anlaşıldığı kadarıyla, tasarının kapalı bir çevrede hazırlanıp alelacele TBMM'nin gündemine getirildiği veya getirilmek istendiğidir. İlk Tasarı 2002 seçimleri ile kadük olurken, tabip odaları ve diğer ilgili kurum ve kuruluşlar bu konuyla ilgili paneller düzenlemiş ve çalışmalar yapmışlar; konuya ilgi duyan hekim ve hukukçular inceleme ve makaleler yayınlamışlardır.

Başka Ülkenin Sistemi

Kendi ülke koşullarımızı, ekonomik toplumsal yapımızı, imkanlarımızı, kültür düzeyimizi, davranış tarzlarımızı göz önünde bulundurmadan, uygulandığı yerde dahi sakıncaları bulunan bir sistemi, özelleştirmede de olduğu gibi *"mal bulmuş mağribi"* benzeri bir şekilde sistemimize sokmaya çalışmanın olumlu hiçbir sonuç vermeyeceğini söyleyebiliriz.

Sağlık hizmeti esas olarak, hasta-hekim arasında güvene dayalı bir ilişki olup, bir çok ülkede bu tarz bir yasa bulunmamakta, ABD gibi var olduğu yerlerde ise uygulamada korumacı tıp gibi, hekimlerin riskli vakalara müdahale etmede çekinmesi ile gereksiz ve pahalı teknoloji kullanımı hallerine yol açtığı ve suistimal edildiği gerekçesi ile eleştirilmektedir.³

² Fransızca'da genel olarak *"incurie"* (ihmal), İtalyanca'da tıbbî faaliyette *"negligenza colposa"* veya *"terapia sbagliata"* tanımları verilmektedir.

³ Zeynep Şişli, *"Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Hakkında"*, İnternet yayını, 02.08.2003.

Ülkemizdeki Koşulların Düzeltilmesi Gereği

Ülkemizde tıbbi hata olarak tanımlanan ve şikâyet konusu olan vakaların son yıllarda çok arttığı izlenimi verilmektedir. Aslında konu çok yönlü olup, Türkiye'nin genel, siyasal, toplumsal, ekonomik, idari ve eğitimsel şartlarından soyutlanamaz.

TC Anayasası'nın 56. maddesine göre, sağlık hizmetleri, devletin yüklendiği esaslı işlerden olmasına karşın,⁴ şimdi her alanda olduğu gibi sağlık alanında da özelleştirme çabalarının yoğunluk kazandığını görmekteyiz. Bu şekilde, devletin "sosyal" niteliğine uygun olarak, yerine göre karşılık beklemeksizin vereceği hizmetleri, bir bakıma ticari yönü ağır basan özel kuruluşlara bırakmasıyla, büyük sosyal dengesizliklerin gittikçe vahamet kazandığı ülkemizde, sağlık alanında daha büyük sakıncaların ortaya çıkmasından korkmak gerekir.

Av. Şişli,⁵ haklı olarak, hasta-hekim ilişkisini, piyasa kurallarına tabi bir ticari alış-veriş gibi ele almanın, diğer ülke deneyimleri de göz önüne alındığında, hastalara yarar sağlamayacağını, aksine aleyhte durum oluşturacağını belirttikten sonra, sosyal devlet ilkesi temelinde, sağlığın devletin sorumluluğunda bir sosyal hak olduğunun göz ardı edilerek, sağlık hizmetleri ile ilgili tüm sorumluluğu haksız olarak hekimlere yükleyen bir anlayışın, tasarıya hâkim olmasını eleştirmektedir.

Bir yandan, çeşitli alanlarda ortaya çıkan veya çıkmayan büyük suistimaller, yolsuzluklar, rüşvetler nedeniyle devlet kaynaklarının ziyan edildiği ve yerinde kullanılmadığı ve bu yüzden gerekli hizmetlerin istendiği gibi düzenlenip verilemediği ortadadır.

Öte yandan, devletin idari yapısının hantallığının ve güvene değil güvensizliğe dayalı bürokrasinin karmaşasının da bu hizmetlerin verilmesindeki zaafı arttırdığı ortadadır.

Siyasal nedenlerin ağır bastığı tercihlerle, yeterli sayıda öğretim üyesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, belli bir meslekte temel eğitim almış ve şu veya bu şekilde bu mesleği icra etmiş kişilerin de pekala üniversitelerde ders verebileceğini düşünen kolaycı zihniyetle, üniversite olmayan

⁴ Madde 56. Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

⁵ Şişli, a.g.y.,s.1.

üniversitelerin açılıp eğitim verildiği ülkemizde, Ceza Kanunu'ndaki deyiimiyle *"meslek veya sanatta acemilik"* nedeniyle mesleki hata fiillerinin maalesef artarak işleneceğini üzülererek söylemek zorundayız. Bu durum sadece tıp alanında değil, her türlü meslek alanında ister istemez kendisini gösterecektir.

Yine ülkenin mali kaynaklarının, siyasal tercihlere dayalı anlamsız ve verimsiz yatırımlarla ziyan edildiği bir ortamda, sağlık kuruluşlarının, gerekli personele ve araç gerece sahip olmayışı sonucu, bir hekimin günde 125-150 hastaya bakmak zorunda kaldığı, hastanenin araç ve gereçlerini bir şekilde hastalardan teminine çalışıldığı bir ortamda, kanun çıkarmakla tıbbî hata olaylarını önlemeye veya azaltmaya çalışmanın da gerçekçi bir yöntem olmadığı açıktır.

Ülkenin genel sisteminden soyutlanamayacak, uygun bir sağlık sistemi kurulamadıkça, tıbbî hataların yol açtığı *"maddî zararları"* tazmin için *"mesleki sorumluluk sigortası"*ndan medet ummanın da gerçekçi bir yaklaşım olmadığı söylenebilir. Bir yandan sağlık personeline getireceği maddî yük, diğer yandan sigorta şirketlerinin tazminat ödememek için başvurdukları çeşitli yöntemler göz önünde tutulduğunda, tasarıda düzenlendiği şekliyle bu sigortanın amaca hizmet etmesi beklenemez.

Prof. Fincancı,⁶ haklı olarak, hekimlerin sigortalama sistemi yerine sağlık alanındaki sorunlarının ortadan kalkması gerektiğini vurgularken, *"Hasta bakma süresinin dışında, tıbbî cihaz aletlerinin yetersizliği, ortamın yetersizliği gibi çok ciddi sorunlar var. Hekimler çalışma koşulları nedeniyle hastalık kapıyor. Bu sorunların ortadan kaldırılması için sağlığa ayrılan bütçe arttırılmalıdır. Bu sağlık sistemi hekimini hasta ederken, hastasını nasıl koruyacak?"* diye soruyor.

Av. Şişli, iyi yetişmiş, sürekli eğitimi sağlanmış, çalıştığı sağlık kurumunda her hastaya yeterli zaman ayırabilen, yine iyi yetişmiş destek personele sahip, çalışma ortamı düzgün, araç, gereç ve ekipmanı eksiksiz, geçim şartları sağlanmış bir doktorun, kasıt, taksir veya ihmal ile hastaya tıbbî kötü uygulama sonucu zarar vermesinin beklenen bir durum olmayacağını belirttikten sonra, tüm bu şartları yerine getirmek, görevi olan Sağlık Bakanlığı'nın, bu görevlerini yerine getirmemesi sonucu, şayet mesleki sorumluluk sigortasını gerekli görüyorsa primlerini bizzat ödemesinin, adil olan tek çözüm olduğunu belirtmektedir.

⁶ Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı, *"Fatura Hekime Kesiliyor"*, 06.07.2002 tarihli İnternet görüşmesinden.

Taslaklarla İlgili Genel Değerlendirmeler

Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı'nda esas itibarıyla hukukî sorumluluk sonucu tazminat konusuna, mesleki sorumluluk sigortası mecburiyeti getirilmek suretiyle çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken, bir yandan sağlık kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu kavramından hareket edilirken, aynı zamanda tıp personeline de müteselsil sorumluluk getirilerek, yerine göre tüm sorumluluğun bu personel üzerinde kalması ihtimalini gündeme getirmiştir. (25. ve 26. maddeler)

Hukukî sorumluluk sonucu tazminat ödenmesi bakımından getirilen, Tıbbî Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Üst Kurulu ve Kurullarınca yapılması öngörülen uzlaşma faaliyetlerinin, tazminat alacakları bakımından daha fazla vakit kaybına yol açacak bir sistem getirmek istediği söylenilebilir.

Bilindiği üzere, hukuk davalarında, kusurun tespiti için, Mahkemelerde 1219 sayılı Kanun'un 75. maddesi gereği, Yüksek Sağlık Şurası'na başvurulmaktadır. İzleme ve Uzlaştırma Kurullarına uzlaştırma faaliyeti sırasında verilen *"tıbbî kötü uygulamalarda sağlık personelinin kusur oranlarını belirlemek"* görevi sonucu verilen mütalaalarla, daha sonra olayları dava konusu olduğu taktirde, Yüksek Sağlık Şurası'ndan alınacak mütalaaların etkileri yönünden nasıl bir değerlendirme yapılacağı anlaşılamamaktadır. Av. Şişli, mevzuatımızda bilirkişilik vasfı tartışmasız Yüksek Sağlık Şurası varken bu kurullara ihtiyaç bulunmadığını ve Şura'nın yardımcı hizmetlerle desteklenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Ceza sorumluluğu bakımından, tıbbî hata sonucu meydana gelebilecek ölüm veya bedensel zararların Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler uyarınca suç olmaya devam etmesi yanında (TCK'nın 455. ve 459. maddeleri), Hasta haklarına uymama, gibi unsurları muğlak bir suç ihdas edilmiş (35. madde); ayrıca, ötenazi (36. madde), çalışma ve çalıştırma kurallarına uymama (37. madde), acil ve icapçı tıbbî hizmetleri vermeme (38. madde), sırların ve kimliğin ifşası (40. madde), izinsiz bilimsel araştırma (41. madde), delillerde tahrifat (42. madde), yetkili mercinin izni olmadan cinsel muayene (43. madde), hastalık ihbar mecburiyetine uymama (44. madde), tıbbî hizmetlere ticari yön verilmesi (45. madde) gibi, ceza hukuku ilkeleri bakımından tartışılacak yönleri bulunan yeni suçlara yer verilmiştir.

Ayrıca, Tasarı'da yer alan ceza hükümlerinin bir çoğu, başta Tıbbî Deontoloji Tüzüğü ve Türk Ceza Kanunu olmak üzere diğer mevzuat ile zaten düzenlenmiş olduğu söylenilebilir.

Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası

Kanun Tasarısı'nın hukuksal olarak en önemli yeniliği “zorunlu mesleki sorumluluk sigortası” öngörmesi olduğu için, bu konuyla ilgili bazı değerlendirmeleri ayrıca yapmakta yarar vardır. Tasarı'nın 32. maddesinde “Sağlık personeli ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları, tıbbî kötü uygulama sebebi ile verebilecekleri zararı karşılamak üzere zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırırlar” hükmü öngörülmüştür.

Tasarı'nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “Tıbbî Kötü Uygulama”, “Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar” olarak tanımlanmakta; mesleki sorumluluk sigorta kapsamı da bu hal ile sınırlı bulunmaktadır.

Tasarı'nın 32. maddesinde, sigorta yükümlüsü olarak “sağlık personeli ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarının” belirtilmiş olması sonucu, kamu sağlık kuruluşlarının sigorta yaptırma yükümlülüğüne tabi olmadıkları anlaşılmaktadır. Av. Şişli, bu düzenlemeyi şöyle değerlendirmektedir; “Bu hali ile Tasarı'nın anlamı, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında sadece çalışan hekimlere sigorta primini ödeterek; standart tıbbî uygulama, araç-gereç, zaman ve çalışma koşulları ile düzeninden kaynaklanan kamusal ve Anayasal sorumluluğun yok sayılması, idarenin sorumluluğu altındaki çalışma düzeni ile ilgili kusurların dahi, hukuk ve hakkaniyete aykırı olarak çalışan hekimlere yüklenmesidir.”

Av. Şişli, kamu yararı düşüncesi ile, tıbbî kötü uygulamalara karşı zorunlu sigorta öngörülebilecekse, kamu ya da özel sağlık kurum ya da kuruluşunda çalışan hekimlerin değil, kurum ya da kuruluşun sigorta yükümlüsü olması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, zarar halinde, sağlık kurum ve kuruluşunun sigortasının kusur aranmaksızın hastanın zararını tazmin etmesinin ve “tehlike sorumluluğu” temelinde, varsa kurum ya da kuruluşa kusuru oranında rücu etmesinin, sağlık kurum ve kuruluşunun da sigorta şirketine ödediği tazminat için, varsa hekimin müteradif kusuru ölçüsünde rücu etmesinin uygun olacağını vurgulamaktadır.

Tıp Mesleğinin İcrası Dolayısıyla ve İcrası Sırasında İşlenen Suçlar

Burada değerlendirilmesinde yarar olan bir husus, doktorun tedavi ve bakım kurallarına, mesleki konumunu kötüye kullanmak suretiyle ve kasıtlı olarak aykırı hareket etmesinin de “tıbbî hata” kavramına mı girdiği yoksa bunun yerine göre, adi bir suç veya haksız fiil mi teşkil edeceğidir.

“Hekimin, tıp mesleğinin icrası dolayısıyla işlediği suçlar” diğer kişilerin işleyebilecekleri suçlara göre “bir özellik göstermezler”.⁷

Bu suçlar, *“Bir sağlık kurumunun yönetimi ile ilgili olabileceği gibi, hekimin aynı zamanda devlet memuru olup olmamasına göre de değişen suçlar olabilir.”⁸*

Hekimin tıp mesleğinin icrası dolayısıyla işleyebileceği suçların yanında, kişinin beden ve ruh sağlığı ile ilgili anormal bir durumu önlemeye, ortadan kaldırmaya, hafifletmeye yönelik tıbbi işlemlerin yapılması sırasında ortaya çıkabilecek suçlar da vardır. Asıl önemli olan da bu suçların incelenmesidir.⁹

Kanımızca, kasıtlı olarak işlenen suçların, dar anlamda *“tıbbî hata”* kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü bu fiillerin tıp mesleğinin icrasından değil, tıbbın suça alet edilmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Bunlar, herhangi bir kişi tarafından işlenebilen ve *“tıbbî yönü”* bulunmayan fiillerdir. Kasten adam öldürme fiilinin bir doktor tarafından işlenmesi, bu suçun niteliğini değil, olsa olsa niceliğini etkileyebilecek bir durumdur. Bu bakımdan incelememizde, kasıtlı suçlara da yer vermekle

beraber, tıbbî hata hallerinin esas itibarıyla *“taksirli”* suçlar olarak kendini gösterdiğini belirtmek durumundayız.

Ancak, bu noktada, her tıbbî müdahalede ortaya çıkabilecek risklerin tümünün taksir kavramı kapsamına girmeyeceğini ve burada bir ayırım yapmak gerektiğini belirtmekte yarar vardır. Prof. Hancı'nın da haklı olarak belirttiği gibi, günümüz hukuk anlayışında, hekimler ve diğer sağlık personeli çalışmalarını *“izin verilen risk”* kavramı çerçevesinde yerine getirirler.

“Bu nedenle sağlık personeli, çalıştığı birimin olanakları ölçüsünde gerekli önlemleri önceden almalı, zorunlu haller dışında riskli tedavilerden kaçınmalıdır. Bu durumlarda sağlık personelinin yeterli özeni gösterip göstermediği araştırılır. Gösterilecek özenin ölçüsü tıbbî eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eşdeğeri statüde bulunan, ortalama düzeydeki bir sağlık personelinin, aynı hal ve şartlar altında göstereceği özendir.” Prof. Hancı, *“izin verilen risk”* olarak ifade edilen, tıbbın kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde hareketleri dolayısıyla kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmediğini, çünkü bu durumda kişinin dikkat ve özen görevine uymuş olduğunu belirtmektedir.¹⁰

⁷ Selahattin Keyman, *“Hekimin Cezaî Sorumluluğu”*, AÜHFD, c: 35, sayı: 1-4, s. 57-89.

⁸ Keyman, a.g.y., s. 58.

⁹ Keyman, a.g.y., s. 58.

¹⁰ Prof. Dr. İ. Hamit Hancı, *Medimagazin* Sayı: 100 Tarih: 18.11.2002; Prof. Dr. İ. Hamit Hancı, *Medimagazin* Sayı: 100 Tarih: 18.11.2002

Prof. Hancı, izin verilen riskin tıbbî karşılığının “*komplikasyon*” olarak ifade edildiğini; buna karşılık, tedbirsizlik, dikkatsizlik hallerinin ise tıbben “*malpraktis*” olarak değerlendirildiğini ifade etmektedir.

Hekimliğin kötü uygulanması demek olan malpraktisin, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi anlamına geldiğini belirttikten sonra, Prof. Hancı, genel bir tanımlama yapılacak olursa, medikal malpraktisin, hatalı davranış veya görev ihmalî sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmak veya hatalı tedavi ya da tıbbî ihmal diye özetlenebileceğini ve bir başka tanımla da, hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmalî nedeniyle zarar vermesi şeklinde tanımlanabileceğini ifade etmektedir.

Prof. Hancı, hekimin, yalnız ağır kusurlarından değil, hafif kusurlarından da sorumlu olduğunu; hekimlerin cezai sorumluluğunda, hafif kusurların gözetilmemesi diye yasalarda bir kural bulunmadığını; kusurun derecesinin asıl öneminin cezanın belirlenmesinde kendini gösterdiğini ve taksirli suçlarda cezanın, kusurun derecesine göre 1/8'e kadar indirilebileceğini açıklamaktadır.

Tıbbî Hatanın Üç Yönü

Tıbbî Hata olarak nitelendirilebilecek herhangi bir davranış, ister hareket ister ihmal şeklinde olsun, niteliğine göre bazen akde aykırılık veya haksız fiil şeklinde hukukî bir kusur, bazen bir ceza kuralına aykırılık sonucu bir suç, bazen de mesleki davranış kurallarına aykırılık olarak bir disiplin suçu oluşturabilecektir. Kuşkusuz aynı davranışın her üç aykırılığı birden oluşturması, yani aynı zamanda bir hukuk davasının, ceza davasının ve disiplin kovuşturmasının konusunu teşkil etmesi mümkündür.

Suç, Haksız Fiil, Sözleşme İhlali Kavramları

Ceza Hukukumuzda, kanunun karşılığında ceza yaptırımını koyarak yasakladığı fiiller suç olarak kabul edilmektedir. Suçun varlığı için maddî unsur ve manevî unsurun varlığı yanında, işlenen fiilin hukuka aykırı olması gereği de kabul edilmektedir. Suçun maddî unsuru bir fiilin varlığını ve manevî unsuru kusurluluğu ifade etmektedir. Kusurluluğun kasıt ve taksir olarak iki türü vardır. Kasıt, konusu suç teşkil eden bir fiili bilerek isteyerek işlemek iradesidir. Buna karşılık taksir, isteyerek yapılan bir davranıştan, öngörülebilir ve önlenabilir nitelikte bir sonucun tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, emir, nizam ve talimatlara uymama nedeniyle ortaya çıkması durumudur.

Buna bağlı olarak, tıbbî-cerrahî işlemler dolayısıyla ortaya çıkan zararlı sonuçların suç teşkil edebilmesi için, ceza kanunda tanımlanmış tipik fiile uygun bir fiilin işlenmiş olması, failin bu fiili işlemede kusurunun bulunması ve yine fiilin hukuka aykırı bir nitelik göstermesi gerekmektedir.

Taksirli suçların kişinin yaşama ve beden bütünlüğü ile ilgili olanları *"Tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, emir, nizam ve talimatlara uymama nedeniyle yaralamaya (TCK 459. mad.) ya da ölüme (TCK 455. mad.) sebep olmak"* şeklinde tanımlanır.

Hukukî yönü ile ele alındığında, tıbbî hata bir sözleşme ihlali veya haksız fiil olarak nitelendirilmektedir. Doktorla hasta arasındaki ilişki genel olarak bir vekalet ilişkisi olarak kabul edilmekte; bu ilişki bulunmaksızın tıbbî hata işlendiğinde bunun haksız fiil olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hukuka Uygunluk Nedenleri

Her suçlayıcı ceza kuralı bir hukukî menfaati korur; ancak bu koruma sınırsız değildir. Suçlayıcı ceza kuralının koruma sınırlarının belirlenmesinde *"hukuka aykırılık"* kavramını göz önünde tutmak gerekir. Hukuk düzeni bir bütün olduğu için, kendi içinde çelişki bulunmaması, mevzuatta bir yandan *"hukuka aykırı"* olduğu kabul edilen bir fiilin *"hukuka uygun"* olmasına yol açan bir düzenlemenin bulunması halinde, bu durumun makul bir değerlendirmesinin yapılması gerekir.

Başka bir deyişle, *"normal olarak suç teşkil eden tipik bir fiil, bir meşruiyet nedeninin müdahalesi dolayısıyla, istisnaî olarak, suç olma niteliğini yitirmektedir."*¹¹

Suçlayıcı ceza kuralının koruma alanının sınırının belirlenmesinde, bu kuralın hangi hukukî menfaati korumak üzere öngörüldüğünün göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu belirlemede, sadece suçlayıcı kuralın değil, ister ceza kuralları ister özel hukuk kuralları arasında olsun, o hukukî menfaatle ilgili diğer kuralların da birlikte ele alınması şarttır. Şayet suçlayıcı ceza kuralının öngördüğü fiil, bir ceza kuralı veya diğer bir hukuk kuralı tarafından belli bir amaçla meşru kabul ediliyorsa, artık o fiilin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

Hekim İşlemlerinin Hukuka Uygunluğu - Yetkinin İcrası

Hekimlerin tıbbî işlemlerinden cezalandırılmamaları, *"mağdurun rızası", "zaruret hali", "görevin yerine getirilmesi", "toplumsal amaçlara uygunluk"* gibi haklı fakat yetersiz açıklamalarla çözümlenmeye çalışılmıştır.

¹¹ Keyman, a.g.y., s. 59.

Mağdurun rızası, ferdin vücudu üzerindeki tasarruf hakkının sınırlı olması nedeniyle yetersiz kalmaktadır. Ayrıca bazı hallerde hasta rızasını beyan edemeyecek durumda olmaktadır.

Zaruret hali ise, her tıbbî müdahalede ortaya çıkan bir durum olmayabileceği için, diğer durumların açıklanmasında yetersiz kalmaktadır.

Tıbbî işlemlerin hukuka uygun sayılmasının asıl nedeni, yasa koyucunun tıp mesleğini kurallara bağlamak suretiyle tanıyıp düzenlemiş olması, yani bu işlemlerin yapılması konusunda meslek mensuplarına yetki vermiş olmasının sonucudur.

Yetkinin kullanılabilmesi için yetkili kılınmış olmak, diploma, uyruklu, birliğe kaydolma gibi formalitelerin tamamlanmış olması gerekir. Yabancılar bakımından belli izinlerin alınmış olması şarttır. Aksi halde yetkiden bahsedilemez.

Hukuka Uygunluğun Sınırı

Tıbbî müdahale, hukuken izin verilmiş bir faaliyet olmakla birlikte, taşıdığı tehlikeler nedeni ile bazı teknik sınırlara da tabidir.¹² Tıp mesleği bakımından güçlük, kanunların bu tedbir kurallarını göstermemesinden ileri gelmektedir. Bu kuralların kanunda gösterilmemiş olması bunlara aykırı hareketin müstakil suç sayılmasını önler. Ancak bu tedbirlerin alınmamış olması, ceza kuralında suç olarak öngörülen bir fiilin manevî unsurunu oluşturabilecek ve hukuka uygunluğun sınırının aşıldığı yerde TCK'nın 50. maddesine göre sınırın aşılması nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Hastanın Rızası

Yetkinin kullanılmasının sınırlarını amacı belirler. Ayrıca bizde hastanın rızasının şart olduğu öngörülmüştür. Buradaki rıza teknik anlamda hukuka uygunluk nedeni değildir. Rızanın konusu, hayat ve vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi değil, bilâkis bunun korunmasıdır. İnsanın kişiliğine ve özgürlüğüne duyulan saygıya dayanır.

Rızanın geçerlilik şartları, küçüklerin ve vesayet altındakilerin rızası ile ilgili sorunlar, bunları düzenleyen kanunlara göre çözülür.

Hastanın rızasına ilişkin birtakım sorunların çözümü ise ancak tıbbî işlemlerin niteliğine başvurmak suretiyle çözülebilir.

¹² Keyman, a.g.y., s. 74.

Hekimin açıklamaları olmaksızın geçerli bir rıza verilmesinden söz edilemez. Tıbbî müdahaleler alanında hukuken geçerli bir rızadan söz edebilmek için, hastanın, bunun konusunun anlamı ve önemi bakımından kesin bilgilere sahip bulunmasını gerektirir.¹³

Rızanın Sınırı

Rızanın nedeni, tıbbî müdahalelerin tehlikeliliği ve hastaya sağlığı konusunda bir seçim hakkı tanımak olduğundan, rıza, konu ve kapsam bakımından verildiği andaki sınırları içinde yorumlanmalıdır.

Önemli sayılabilecek değişiklikler meydana geldikçe sınırın aşılması tehlikesi de ortaya çıkar. Bu tür değişiklikler zaruret halinin şartlarını gerçekleştirmedikçe, hastanın ek rızasına başvurmak, müdahalenin olağanüstü tehlike yaratır hale gelmesi durumunda da yeni baştan açıklama yaparak hastanın rızasını almak zorunluluğu doğacaktır.

Hastanın Sakatlık veya Ölümü Seçmesinin Hukukî Değeri

Hastanın sakatlık veya ölümü seçme yönündeki iradesinin değerlendirilmesinde, kişinin hayat ve vücut bütünlüğünün toplumsal değeri ve hiç kimsenin açık kanun hükmü olmadan belli bir sağlık işlemine zorlanamayacağı ilkesi göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede hastanın sakatlığı veya ölümü seçmesini geçerli bulmak mümkün değildir. İnsanın kendi hayat ve vücut bütünlüğünden vazgeçme hakkı yoktur.

Bazı kanun hükümleri hastanın rızasının aranmayacağı halleri belirtmiş bulunmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun bulaşıcı ve salgın hastalıklarla ve zührevî hastalıklarla mücadele ile ilgili 67, 72-77, 88, 90, 101, 103, 107, 112, 119. maddeleri bu hallere örnek olarak gösterilebilir. Öte yandan, 1219 sayılı Tababet ve Şua batı San'atları'nın Tarzı İcrasına Dair Kanun'un (TŞSTİHK) 70. maddesine göre de, tıbbî müdahalede bulunulacak kişinin ifadeye muktedir olmadığı veya veli veya vasisi bulunmadığı hallerde rızası aranmamaktadır.

Zaruret Hali

Hayat ve vücut bütünlüğü bakımından ağır ve muhakkak bir tehlike varsa zaruret hali hükümleri uygulanır ve hastanın rızası aranmaz.

¹³ Yargıtay 4. HD 07.03.1977 gün ve 1976/6297 esas 1977/2541 karar sayılı kararı (YKD, 1978, n. 6 s. 906): "bu tür muayenelerde kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. ...nadiren de olsa böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak bildirilmeliydi."

Kişinin hayat ve sağlığını ileride düzeltilemeyecek derecede tehdit eden hastalıklar, TCK, 49. maddesi anlamında “tehlike” sayılmalıdır. Aynı şekilde, hastanın rızası alınarak başlanan bir cerrahi müdahale sırasında, baştaki teşhisin yanlış, eksik olması veya başka herhangi bir nedenden dolayı yeni tedbirlere gereksinme duyulabilir.

Hastanın rızasının alınmayacağı durumlarda “mefruz rıza” kavramına başvurulduğu görülmektedir. Burada da zaruret hali kavramından hareket edilmesi uygun olacaktır.¹⁴

Zaruret halinin şartlarının gerçekleşmediği durumlarda, hastanın rızasını almadan yapılan müdahaleler, diğer şartlar da varsa, bağımsız bir suça vücut verirler. Böyle bir müdahale ayrıca tıbben olumsuz bir sonuç vermediği sürece, başka bir suçtan, (örneğin TCK mad. 456 veya 459) dolayı sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

HEKİMİN KASTA DAYALI CEZA SORUMLULUĞU

Hekimin davranışının kusurlu olup olmadığının incelenmesi, ancak hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı veya varsa sınırının aşıldığı hallerde söz konusudur.

Hekimler, hastaların ve çalıştıkları kurumun hak ve çıkarları ile çatışan davranışlarda bulunabilirler. Şayet, bu hak ve çıkarlar ceza normları ile korunmuş ise, bu kurallara uyulmaması veya bunlara aykırı hareket edilmesi ve ortada hukuka uygunluk nedeni bulunmaması veya varsa bunun sınırlarının aşılması, hekimin cezaî yönden sorumluluğunu doğurur. Bu normlara uyulmaması, kasıttan doğabileceği gibi taksirden de kaynaklanabilir.

TCK’nın 45. maddesi, cürümlerde failin cezalandırılması için kastın aranacağını belirtmiş ancak “kasıt” kavramını açıkça tanımlamamıştır. Bu konuda gerek doktrinde gerekse uygulamada kesin bir tanım ölçüsü de bulunmamaktadır. Ancak, kasıt, genel olarak, “suç teşkil eden bir fiili bilerek isteyerek işlemek iradesi” şeklinde tanımlanmaktadır.

Mesleğin İcrası Sırasında İşlenebilen Suçlar

Mesleğin icrası sırasında kasten işlenebilecek suçlar, Ötenazi de dahil olmak üzere Kasten adam öldürme (TCK mad. 448), İntihara yardım

¹⁴ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s. 141; yazar bu sorunu TŞSTİHK 70. madde hükmü aracılığıyla “hakın icrası” kavramına dayandırmaktadır.

(TCK mad. 454), Kasten müessir fiil (TCK mad. 456), Çocuk düşürme–düşürtme suçları (TCK mad. 468, 469 ve 470), Kısırlaştırma ile ilgili suçlar (TCK mad. 471), Kanun’a aykırı organ ve doku alma (2238 sayılı Kanun, mad. 3, 15), Şartlara uymadan canlı bir kimseden hasta bir kimseye organ nakli (2238 sayılı Kanun mad. 8, 15), Şartlarına uymadan ölüden canlıya doku nakli (2238 sayılı Kanun mad. 14, 15), Deneysel amaçlı organ nakilleri (TCK m. 456).

Bir doktorun mesleğini kişisel intikam arzularına alet etmesi beklenecak bir davranış olmamakla beraber, böyle bir fiilin işlenmesi teorik açıdan mümkündür. Herhangi bir nedenle düşman olduğu kişinin hasta olarak eline düşmesinden yararlanıp, gerekli gereksiz müdahalede bulunma veya gereken müdahaleyi yapmama suretiyle onun hayatına bilerek, isteyerek son vermesi halinde, kasten adam öldürmekten sorumlu olacağı açıktır.

Başka hukuk sistemlerinde görülen meşrulaştırma ve hafifletici etki tanıma yönündeki çabalara karşın,¹⁵ Türk Hukuku’nda, hastanın rızası veya istemi üzerine yaşamına son verilmesi ile ilgili herhangi bir istisna hükmü mevcut değildir. Hastanın rızası veya istemi üzerine gerek yapma şeklinde gerekse yapmama şeklindeki ölüme sebebiyet fiili, TCK’nın 448. maddesine göre kasten adam öldürme suçunu oluşturur.

Bu düzenlemede, mahkemenin, konunun insanî yönünü göz önünde tutmak istediği durumlarda, ceza bakımından ancak 59. madde hükmüne göre takdirî hafifletici neden kabulü olanağı bulunmaktadır.

İntihar veya intihara teşebbüs suç olmamakla birlikte, TCK’nın 454. maddesine göre, birini intihara ikna eden ve buna yardım eden kimse, o kişinin ölmesi halinde suçlu sayılır. Burada, kaynak İtalyan Ceza Kanunu’ndan farklı olarak, her iki unsurun, yani ikna ve yardım unsurlarının

¹⁵ Örneğin Avusturalya’nın Kuzey Eyaletinde (Northern Territory) 01.07.1996 tarihinde yürürlüğe giren özel bir kanun (Rights of Terminally Ill Act) belli şartlarda, hastanın arzusu üzerine, otomatik bir aletle yapılacak enjeksiyonla, hayatına son verilmesini kabul etmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde yıllardır kendi geliştirdiği otomatik bir aletle, ölmek isteyen ağır hastalara zehir enjekte edilmesini sağlamakta olan Kevorkian isimli doktor, hakkında çeşitli suçlamalara rağmen faaliyetine devam edebilmiştir.

Hollanda’da, 1Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve Ceza Kanunu ile ilgili kanunlarda değişiklik yapan bir kanunla hekimin belli şartlarda işlediği ötanazi veya intihara yardım fiillerinin cezalandırılmaması kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, hekimin yaşamı koruma görevi yanında dayanılmaz insan ızdırabını dindirme veya asgariye indirme görevi de bulunduğu gözleminden hareket edildiği ifade edilmiştir.

Belçika’da 16 Mayıs 2002 tarihinde kabul edilen kanun Hollanda örneğine benzer şekilde, belli bazı şartların varlığı halinde ötanazi veya intihara yardım fiillerini işleyen hekimlere ceza verilmemesini öngörmektedir.

bir arada bulunması gerektiği sonucuna götürecek şekilde bir ifade kullanılmıştır. Amaç, intihara ikna veya yardımı yasaklamak ise bunun “veya” sözcüğü ile ifade edilmesi gerekirdi. Kanunumuzda yazıldığı şekil esas alınacak olursa, intihar bizzatî suç olmadığı için, sadece intihara ikna veya sadece yardım suç teşkil etmeyecektir.

Diğer yandan, kaynak kanunda olduğu şekilde gerek ikna etmenin, gerekse yardımın suç olduğu kabul edilecek olursa dahi, bazı ötenazi hallerinde diğerlerine göre daha az ceza verilmesi durumları ortaya çıkabilecektir. Ağır ve şifasız bir hastalığa yakalanmış kişinin intihar etmesi için o kişiye vasıta sağlayan hekimin 454. maddeye göre yargılanması halinde verilebilecek ceza üç yıldan on yıla kadar ağır hapis cezasıdır. Oysa, bu madde kapsamına girmeyecek hallerde 448. maddeye göre verilecek ceza yirmidört yıldan otuz yıla kadar ağır hapis cezası olacaktır.

Kasten müessir fiil (TCK, mad. 456), bir kimsenin öldürme kastı olmaksızın bir kimseye cismen eza vermesi veya sağlığını ve aklî melekelelerini bozması TCK’nın 456. maddesine göre suç teşkil eder.

Tedavî amaçlı tıbbî müdahaleler hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Ancak, tedavî amacıyla yapılmamış müdahaleler için aynı şeyin söylenmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda hastanın rıza göstermiş olması bile tedavî amaçlı olmayan tıbbî müdahaleleri hukuka uygun hale getirmez.

Çocuk düşürme suçunun oluşması için ön şart, gebeliğin mevcudiyetidir. Gebeliğin kesin delillerle kanıtlanmış olması zorunlu olup şüphe sanık lehine yorumlanır. Kanun, çocuk düşürmede fiil ve vasıtalar arasında bir ayırım yapmamıştır. Fiil ve vasıtaların çocuk düşürmeye elverişli olması yeterlidir. Çocuk düşürme suçunun tamamlanması için, cenini rahimde “kasten öldürme” veya ana vücudundan “cebren dışarı atılma” sonucu ölmüş olması gerekir. Kanunumuzun benimsediği görüş, ceninin ölümü ile suçun tamamlanmış olduğu yolundaki görüştür.¹⁶

Suçun oluşması için aranan manevî unsur ise, genel kasıttır. Yani, suç teşkil eden fiilden söz edebilmek için, ceninin dışarı atılmasına yönelik irade ve isteğin mevcudiyeti ile çocuğu düşürmek için gerekli eylemlere başlanması gerekir.

Nüfus Planlaması Kanunu’nun (NPK) 5. maddesi, iki halde çocuk düşürme eyleminin hukuka uygunluğunu kabul etmiştir. Bunlar, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine yapılacak rahim boşaltmaları ile tıbbî tehlike nedeniyle rahmin boşaltılmasıdır.

¹⁶ Erem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 947-948.

Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadın, isteyerek çocuğunu düşürürse TCK mad. 469. maddesine göre suç işlemiş sayılır.

TCK'nın 468. maddesinin 1 ve 2. fıkralarındaki çocuk düşürtme suçunun oluşması için ise, bu suçun üçüncü bir şahıs tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası gebe kadının rızası olmaksızın çocuk düşürtmeyi suç saymıştır. Kadının rızası olsa bile gebelik süresinin on haftadan fazla olması halinde tıbbî nedenler mevcut olmadıkça çocuk düşürtmek ise TCK'nın 468. maddesinin 2. fıkrasına göre suç teşkil etmektedir. Bu fıkra hükmüne göre hem çocuğunu düşürmeye razı olan kadın hem de çocuğu düşürten üçüncü kişi suçludur.

Ayrıca, TCK'nın 470. maddesine göre, rahim tahliye etme yetkisi bulunmayan bir kimse tarafından yapılan kürtaj eylemi de hukuken suç olarak kabul edilmiştir.

Kısırlaştırma ile ilgili suçlar (TCK 471), NPK'nin 4. maddesi, tıbbî sakınca olmadığı takdirde, kadın ve erkeğin rızaları ile kısırlaştırılmalarını kabul etmektedir. Ancak, ilgili kişinin rızası olmaksızın sterilizasyon yapmak, TCK'nın 471. maddesine göre suç teşkil eder. Yine aynı madde hükmüne göre, yetkisiz kişinin kısırlaştırma eylemleri de suç oluşturur.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun (ODASHNK) 3. maddesine göre, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasaktır. Yine aynı Kanunun 15. maddesi, bu Kanun hükümlerine aykırı bir şekilde organ ve doku alan, saklayan ve nakledenler, bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında hapis ve ağır para cezası öngörmüştür.¹⁷

Canlı bir kimseden hasta bir kişiye organ naklinin hukuka uygun olması için, vericinin sağlam olması ve vücudunda eksilecek organ yüzünden hayatının tehlikeye girmeyecek olması ve kendisinin bir organının eksileceği ve önemi hakkında aydınlatılması, alıcı ve vericinin yazılı rızalarının alınması ve verilecek organdan alıcının yararlanma olasılığının bulunması gerekmektedir.

Klinik olarak gerçekleşen fizyolojik ölümden sonra insan vücudunda bazı dokuların ve hücrelerin bir süre daha canlılığını koruduğu saptanmıştır. Rıza olmadıkça yaşayan bedenden veya cesetten organ alınması hukuka aykırıdır. ODASHNK'nin 14. maddesinde, ölüden organ alınmasına izin verecek kişiler belirtilmiştir. Ölüden organ alınmasına izin vere-

¹⁷ Konu ile ilgili ayrıntılı inceleme için bakınız: Nevzat Toroslu, "Organ Aktarma ve Cezaî Sorumluluk", AÜHFD, c: 35, sayı: 1-4, s. 91-118.

cek kişiler ölenin yanında bulunan kişilerdir. Bunlar, sırasıyla, eş, reşit çocuklar, ana-baba, kardeş ve bunlar yoksa ölenin yanında bulunan herhangi bir yakını olabilir. Ölen kişinin sağlığında verdiği izin öncelikle geçerlidir.

Cesetten kornea ve ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınması için izin gerekmez. Ayrıca kaza ve doğal olaylar sonucu vücudun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş ve yanında yasada yazılı kişilerin bulunmadığı durumlarda da cesetten izin gerekmeksizin organ alınabilir.

Organ naklinin tedavi amacı dışında sırf deneysel amaçlarla yapılması, ceza sorumluluğuna yol açar. Bu müdahale yapılmasa dahi sonucun aynı olduğu durumlarda da sorumluluk söz konusudur. Maddî zararların kanıtlanması olasılığı olmasa bile, böyle bir yolla yaşam ve sağlığın ve sonuçta kişilik hakkının zarar görmesi, Borçlar Kanunun (BK) 47, 49. maddelerine göre manevî tazminat sorumluluğunu ortaya çıkarabilir.¹⁸

Meslek Dolayısıyla İşlenebilen Suçlar

Mesleki faaliyet dolayısıyla işlenebilen suçlar, rüşvet ve irtikâp suçları (TCK mad. 209, 211, 212, 213), görevi ihmal (TCK mad. 230), görevi kötüye kullanma (TCK m. 240), meslek sırrını açıklama (TCK mad. 198) suçlarıdır.

Rüşvet, bir memur ile herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve memurun yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için, diğerinden hakkı olmayan bir karşılık kabul etmesi sonucunu doğuran bir anlaşma anlamına gelmekte ve TC, rüşvet alan kadar rüşvet veren kişiyi de cezalandırmaktadır. Rüşvet, kasıtlı bir suçtur ve memurun rüşvet suçunun konusunu oluşturan, para ve diğer menfaati aldığı veya bunlara ilişkin vaat veya taahhüdü kabul ettiği anda tamamlanır.

Diğer memur gruplarında da görüldüğü gibi, memur sıfatı taşıyan hekimler arasında da bu suçu işleyenlere rastlanılmaktadır. Nitekim, Yargıtay tarafından bu suçu işlemiş hekimler hakkında verilmiş kararlar da mevcuttur.¹⁹

İrtikâp suçu ise; TCK'nın 209. maddesinde düzenlenmiştir. İrtikâp suçunun da oluşabilmesi için failin memur olması gerekmektedir. İrtikâp suçu memuriyet görevinin, kötüye kullanılmasının özel bir şeklidir. Bu suçun koşullarının bulunmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçu meydana

¹⁸ İ. Hamit Hancı, *Hekimin Yasal Sorumlulukları*, Ankara, 1995, s. 231.

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.11.1987 gün ve 987/230-525 sayılı kararı, Yargıtay 1. CD 28.03.1996 gün ve 1996/381 esas 1996/949 karar sayılı kararı.

gelmiş olabilir. Bu suçun işlenmiş sayılması için vaat edilen veya temin edilen çıkar yine haksız bir çıkar olmalıdır.

Bu suçun hekimler tarafından işlenmesi, genel olarak manevî cebir (manevî zorlama-tehdit), manevî baskı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hasta veya yakınını, kendisi tarafından yardım yapmadığı takdirde, kötü sonuçlar meydana geleceğine inandırmak suretiyle sebebiyet verilen korku, manevî zorlama olarak nitelendirilmektedir.²⁰ Örneğin bir hekimin, hastaya müdahale etmezse hastanın öleceğine hasta yakınlarını inandırarak manevî baskı yapması gibi.

Görevi ihmal suçu, kastî bir suç olup TCK'nın 230. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre, görevi ihmal suçunun oluştuğunu kabul edebilmek için, suçlu faili memur olmalı ve "görevini yapmaması" veya "geç yapması" söz konusu olmalıdır. Görevi ihmal suçunun oluşabilmesi için, memurun yapmama veya geciktirme, şuur ve iradesinin mevcudiyeti bulunmalıdır.²¹ Örneğin, bir hükümet tabibinin kendisine kontrol için gönderilen bir hastaya, muayene etmeden rapor düzenlemesi görevi ihmal suçunu oluşturur.²²

TCK'nın 240. maddesi ile hüküm altına alınmış olan görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, failin yine memur olması ve görevini yapmaması ve daha sonra da görevinden kaynaklanan yetkilerini amaca aykırı kullanması gerekmektedir. Bu suçta ihmal ve suistimal birlikte bulunur.

Yargıtay, hekimin, doğumevine geldiği aşikâr olan hastayı, nöbetçi olması nedeniyle kendisine gönderilmesine rağmen, bu göndermeyi, hastaneye ve göreve davet olarak kabul etmeyerek hastayı muayenehanesine gönderip orada müdahale ile haksız menfaat sağlamasını görevi kötüye kullanma niteliğinde görmüştür.²³

Meslek sırrını açıklama suçu (TCK mad. 198) bakımından, bir sırrın meslek sırrı olarak kabul edilebilmesi için sadece, mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi yeterli olmayıp, bu sırrın icra edilen meslekle de ilgisi olması gerekmektedir. Meslek sırrı, yalnız sır sahibi tarafından tevdi edilen bilgileri değil, aynı zamanda meslek sahibinin kişisel bulguları sonucu öğrendiği bilgileri de kapsamaktadır.²⁴

²⁰ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 148 ve 149.

²¹ Yargıtay 2. CD 08.04.1994 gün ve 1994/738 esas 1994/2971 karar sayılı kararında, gebe kadının ileri tetkiklerinin zamanında yapılmayıp, acilen müdahalede bulunulmadığından sanıkların ölü doğuma sebep olduğu ve bu davranışlarının TCK'nın 230. maddesi çerçevesinde tartışılması gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.

²² Yargıtay 4. CD 17.6.1941 gün ve 1941/5182 esas 1941/5097 karar sayılı kararı.

²³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.06.1973 gün ve 972/4-454/482 sayılı kararı.

²⁴ Aşçıoğlu, a.g.e., s. 160 ve 161.

Meslek sırrının ifşası, TCK'nın 198. maddesinde suç sayılmıştır. Ancak anılan maddede "*meşru sebebe müstenit olmaksızın*" şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, şayet meslek sırrı meşru bir sebebe dayanılarak açıklanıyorsa, bu, hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.

TCK'nın 530. maddesi, sağlık hizmeti yapanların suçları bildirmesi yükümlülüğünü öngörmüştür. Ancak anılan madde hükmü, bu bildirim yükümlülüğüne iki sınır getirmiştir. Sağlık personeli sadece şahıs aleyhine işlenmiş suçları bildirebilir ve bildirilen kişinin bir suçun faili olmaması gerekir. Dolayısıyla, şahsa karşı işlenmiş bir suçtan kaynaklanan ve suç faili dışında bir kimseye ilişkin meslekî yardım gereğini yerine getirdikten sonra, olayı ilgili mercie bildiren sağlık personeli kanuna ve dolayısıyla hukuka uygun davranmış olacağı için fiili suç teşkil etmeyecektir.

Şahıs aleyhine işlenen suçlar, TCK'nın 9. Babında belirtilmiş olup, bunlar, adam öldürme (TCK, mad. 448 vd), Müessir fiil (TCK, mad. 456 vd), çocuk düşürme ve düşürtme fiilleri (TCK, mad. 468 vd), çocukları veya kendilerini idareye muktedir olmayanları veya tehlikede bulunanları kendi haline terk etme (TCK, mad. 473 vd), Terbiye ve inzibat vasıtalarının suistimali ve Aile efradına karşı fena muameledir (TCK, mad. 477 vd).

Şayet hekim, şahıs aleyhine işlenmiş suçlar kapsamına girmeyen bir suçu bildirimde bulunursa, hekimin bu eylemini hukuka uygun hale sokan bir neden olmadığından TCK'nın 189. maddesine göre meslek sırrını açıklamaktan sorumlu olur. Aynı şekilde, bildirilen kişi, bir suçun faili ise yine meslek sırrını açıklamaktan sorumlu duruma düşer.

Kişi kendisi ile ilgili bir bilginin açıklanmasına kendisi rıza gösterebilir. Sır sahibi hastanın rızasının mevcudiyeti halinde, hekimin meslek sırrını açıklaması hukuka uygunluk teşkil eder.

Hastanın sağlığının korunması veya tedavisi bakımından, çaresiz durumda kalan bir hekimin meslek sırrını açıklaması, bu açıklamayı hukuka uygun bir hale getirir.

Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 245/4. maddesi, gerekse CMUK'nın 48. maddesine göre, hekimlerin meslek sırrı kapsamında olan durumlarda tanıklık etmekten çekinme hakları bulunmaktadır. Ancak, her iki maddeye göre de, sır sahibinin rızası olması halinde hekimin tanıklıktan çekinmesi mümkün değildir.

Hekimler, kendi uzmanlık alanları kapsamına girdiği ölçüde, mahkemelerde önerilen bilirkişiliği kabul etmek durumundadır. Hem CMUK'nın 69. maddesine, hem de HMUK'nın 278/2. maddesine göre, tanıklıktan

çekinmeye neden olan sebepler, bilirkişilikten çekinmeye de neden teşkil edebilirler.

HEKİMİN TAKSİRE DAYALI CEZA SORUMLULUĞU

Taksirli Sorumluluk Konusunda Genel Değerlendirme Özel Hukuktan Kaynaklanan Anlayış

Taksirli sorumluluk, hekimin ceza sorumluluğunda en çok rastlanan sorumluluk şekli olduğu için, suçlarla ilgili değerlendirmelere geçmeden önce, bu sorumluluğun mahiyeti üzerinde genel bir değerlendirme yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Roma Hukuku'nda taksirli ihlâl, genellikle, zarara uğrayana tazminat verilmesini gerektiren bir özel hukuk ihlâli olarak kabul ediliyordu.²⁵

Taksirin ceza teorisi üzerinde ilk araştırmaları yapan Postglossatörler Okulu, Roma Hukuku'nun taksirle ilgili özel hukuk anlayışını, ceza hukuku alanına aktarmakla yetinmiştir. Bu da, işlenen fiil ile meydana gelen zarara objektif bir bakışla bakmayı, fiili işleyenin kişiliğini göz önünde bulundurmamayı gerektirmiştir.

Yine bu etki ile, kötü niyetin (dolum malum) bulunmadığı gerekçesiyle, taksirli davranışın cezalandırılmaması gerektiği görüşü de ileri sürülmüştür. Taksirli davranış, "suç-benzeri" kabul edilerek, kasıtlı davranış karşılığı olan ağır hapis cezasına nazaran farklı ve onun gibi terzil edici (aşağılayıcı) olmayan, hapis cezası ile cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

Modern Ceza Hukuku'nda Taksirin Önemi

Sanayi dönemi ve tıp dahil her alandaki bilimsel ve teknik gelişmeler taksirli davranışla işlenen fiillerin önemini arttırmıştır.

Riskli faaliyet alanları genellikle trafik, tıbbî-cerrahî faaliyet başta olmak üzere meslekî faaliyetler, iş kazaları başta olmak üzere sınaî faaliyetler ve spor faaliyetleridir.

Maddî Unsur Belirlemesi

Fiilin maddî unsuru bakımından, tereddütsüz kabul edilen bir husus, taksirli davranış ile zararlı sonuç arasında "nedensellik bağı"nın gerekliliği konusudur.

²⁵ Tullio Delogu, "L'importanza del Delitto Colposo nel Diritto Moderno", AÜHFD 1987, s. 103 vd. Burada taksirli sorumlulukla ilgili değerlendirmeler yapılırken Delogu'nun bu yazısı esas alınmıştır.

Örneğin, hasta ameliyattan sonra ölür ve otopsi sonucunda, doktorun cerrahî müdahalede her türlü tedbiri almamış olduğu anlaşılmasına rağmen, hastanın doktorun ihmeline bağlı olmayan ve kesinlikle öngörülmesi mümkün olmayan bir kalp krizinden öldüğü ortaya çıkarsa ve bu durumun tıbben tespiti mümkün ise, nedensellik bağının kesilmiş olması sonucu, doktor taksirli adam öldürmekten sorumlu tutulmaz.

Hâkim görüşüne göre, nedensellik bağının varlığı “*uygun neden*” kuramına göre saptanmalıdır. Bu kurama göre, bir davranış “*normal olarak*” yani “*kural olarak*” belli bir sonucun ortaya çıkmasına yol açıyorsa, o davranış o sonucun nedeni olarak kabul edilebilir.

Manevî Unsur Belirlemesi, Kişiliğe Dayanma İlkesi

Buna karşılık, ceza sorumluluğunun “*failin kişiliğine dayallığı ilkesi*”nden hareket eden güncel ceza hukuku eğilimlerinin ışığında, sübjektif unsurun belirlenmesi bu kadar kolay değildir.

Bir özel hukuk ihlâlinde, sorumluluk belirlenirken ve tazminat saptanırken, genellikle bu ihlâlî işleyenin kişiliği konusunda bir değerlendirmeye girilmez; zararın miktarı, yarar-zarar dengesi üzerinde durulur.

Buna karşılık, ceza sorumluluğu yönünden ve ceza tayin edilirken suç failinin kişiliğinin değerlendirilmemesi mümkün değildir. Bu, ceza hukuku alanında, “*kusurluluğun psikolojik kuramı*”nın (kusurluluğun münhasıran suç faili, davranışı ve sonuç arasında bir ruhsal bağ olarak anlayışının) terk edilip, “*kusurluluğun normatif kuramı*”na (bir failin failine bu yüzden bir kınama yöneltilebildiği zaman kusurlu sayılmasına) geçmekle mümkün olmuştur.

Suçlayıcı Kural Dışında Bir Kurala Aykırılık

Modern anlayışta, kusurluluğu belirlerken yargıcın, “*taksirli suçu öngören ceza kuralı*”ndan farklı bir “*başka davranış kuralına riayetsizliğin*” bulunup bulunmadığını saptaması gerekmektedir.

Belli bir davranış kuralına aykırılık saptandıktan sonra, eskiden, taksirle ilgili değerlendirmenin yapılmasında, failin zararlı davranışının, “*orta düzeyde ihtiyatlı ve tedbirli bir kişi*”nin, orta derecede usta bir teknisyenin ve benzerlerinin aynı durumda yapabilecekleri davranışla mukayese edilmesi yoluna gidiliyordu.

Buna karşılık, sözü geçen kişinin psikosomatik durumu ile davranış arasında bir ilişki bulunup bulunmadığı araştırılmadan, sonuca gidilmesi âdil olmayan uygulamalara yol açabilmekteydi.

Aynı davranış bir kasaba doktoru için kusurlu sayılabilirken; birincide bulunmayan araştırma ve bilgilerini güncelleştirme imkânlarına sahip olan bir üniversite hastanesi doktoru için daha kusurlu görülebilir.

*“Kısacası, taksirli bir suçun failinin psikofizik ve kültürel şartları, bir dikkat veya ihtiyat kuralına objektif bakımdan aykırı belli bir davranışta bulunmasında, kusurluluğun var olup olmadığının ve derecesinin değerlendirilmesi bakımından, yargıç tarafından hesaba katılmalıdır”.*²⁶

Bu yönde ilk ölçüt; *“failin davranışının objektif davranış kuralına aykırılığının yoğunluğu”*dur. *“Teşhisle ilgili tüm ilkeleri ihmal eden bir doktorun davranışı, bu ilkeleri kısmen ihmal eden bir doktorun davranışına nazaran daha vahimdir.”*

İkinci ölçüyü; *“suç failinin kişisel durumu”* teşkil eder. *“Teşhis kurallarının ihlâlinin üniversite hastanesi hekimi tarafından işlenmesinin, bir kasaba doktoru tarafından işlenmesine göre daha vahim olması gibi.”*

Normal olarak, bütün teknik faaliyetlerde birden çok kişinin davranışı bir araya gelmektedir. Aralarında ahenk bulunması gereken böyle davranışlarda, ilgili bütün kişilerin davranış kurallarına riayet etmesi konusunda, her birinin diğerinden beklentisi anlamında *“güven ilkesi”*nin taksir bakımından önemi kabul edilmiştir. Bu, örneğin bir operatörün *“bir ameliyat sırasında, ekibindeki her kişinin davranışının teknik kurallara uygun olacağına güvenmesinin, taksirin ortaya çıkması bakımından değeri bulunup bulunmadığının incelenmesi”* anlamına gelmektedir.

İtalyan Yargıtay’ı, başlangıçta trafik konusunda güven ilkesinin taksiri önleyici değerini kabul etmemiştir. Halen bu görüş, diğer sürücünün trafikte geçerli hukuksal veya ortak deneye dayalı kurallara uymayacağı öngörülebilir ise söz konusu şartın ileri sürülemeyeceği şeklinde değiştirilmiştir.

Alman doktrini, güven ilkesinin cerrahî müdahalelerde söz konusu olup olamayacağı konusunda kararsızdır.

Bazıları bu şartın kayıtsız şartsız geçerli olduğunu ve örneğin buna göre, *“asistanın yanılmayacağını varsayabileceği için, onun kendisine verdiği yanlış bir ilacı hastasına zerk eden cerrahın hastasının ölümünden sorumlu tutulamayacağını ileri sürerler.”*

Buna karşılık diğer bazıları, cerrahın asistanlarının yaptığı her şeyi kontrol zorunluluğu bulunduğunu fikrindedirler.

“Cerrahın ameliyata başlamadan önce, sadece ameliyat salonunun ve ameliyat sırasında gerekli olabilecek alet ve ilaçların düzenliliğini değil, aynı zamanda kendisiyle ameliyata katılacak kişilerin geçmiş deneyleri dolayısıyla işlerini yapabilecek

²⁶ Delogu, a.g.y., s. 123.

düzeyde olup olmadıklarını ve nihayet yardımcılara yönelttiği isteklerinin, onlar tarafından anlaşılacak biçimde söylenmesi konusunda kendisini de denetlemesi gerektiği şeklindeki çözüm daha doğru görünmektedir.”

Kusurlu davranışta geçerli olan kuralların, onlara riayetin içeriği ve ölçüsü bakımından aynı değerde olup olmadıkları tartışması da yapılmıştır. “Örneğin İtalyan Yargıtay’ı uzun süre, tıbbî-cerrahî faaliyetin güçlükleri ve bilinmeyenleri nedeniyle diğer taksir şekillerinde kullanılan ölçü ile değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla ancak ağır kusur halinde doktorun sorumlu olacağı görüşüne yönelmişti. İtalyan Yargıtay’ı şimdi bu konuda yön değiştirmiş olup, bu hallerde göz önünde bulundurulacak ölçütlerin diğer riskli faaliyetlerde geçerli bulunanların aynısı olduğunu kabul etmektedir.”²⁷

Taksirle Ölüme Sebebiyet ve Taksirli Müessir Fiil (TCK mad. 455 ve 459)

TCK’nın 455. maddesinde, “Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs ...” cezalandırılır denilmektedir. Yine aynı Kanun’un 459. maddesinde “Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlâl edecek bir zarar iras eder yahut aklî melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse ... cezalandırılır” hükmü yer almaktadır.

Madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere, TCK’nın 455 ve 459. maddeleri hükümlerinin uygulanabilmesi için “ölüm neticesi” veya “yaralama neticesi” ile failin, “taksirli fiil”i arasında illiyet bağı mevcut olması gerekmektedir; ancak bu bağı mevcudiyeti failin sorumluluğu için yeterli görülmemektedir. Ayrıca, failin “tedbirsizlik”, “dikkatsizlik”, “acemilik” veya “emir ve nizamlara riayetsizlik” etmiş olduğunun da yani kusurunun da sabit olması gerekir.

Örneğin bir sağlık kurumunun, nöbet görevini düzenleyen iç kurallarına aykırılık, bununla ölüm arasında doğrudan doğruya bir ilişki kurulduğu takdirde, taksirli cezaî sorumluluğa kaynak teşkil eder. Yani kurallara uygun olarak nöbet tutulmadığı için müdahalenin zamanında yapılamadığı ve hastanın ölümünün bu nedenden ileri geldiğinin sabit olması halinde ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi’nin (TDN) 18. maddesi, hekimin hastaya tıbbî yardımda bulunmadaki serbestliği, ilkesine sınır getiren hükmüdür.

²⁷ Delogu, a.g.y., s. 110-113.

Anılan madde dolaylı olarak *“acil yardım ve resmî veya insanî vazifenin ifası”* durumlarında hastaya tıbbî yardımda bulunmak zorunluluğunu öngöerek, hekime bir yükümlülük getirmektedir. Hekimin bu yükümlülüğüne rağmen hastaya bakmamasının ve bunun sonucunda hastanın ölmesinin hekim bakımından bir sorumluluk yaratacağı kuşkusuzdur. Hekimin hukukî görevini ihmalı ile ölüm arasında illiyet bağı varsa, sorumluluk TCK’nın 476/2.maddesi hükmüne değil de TCK’nın 455. maddesi hükmüne dayandırılmalıdır.²⁸

İSPAT YÜKÜ

Hukukî Sorumluluk Açısından

Haksız bir fiilden dolayı zarara uğradığını iddia eden bir kimse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.²⁹ BK 41. maddesi hükmüne göre, haksız fiilin kurucu unsurlarından olan zarar-illiyet bağı ve kusurun kanıtlanması yükü zarar görene aittir.

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

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

Borçlar Kanunu’nun 96. maddesinde, *“alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde, borçlu, kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur”* denilmektedir.

Bu madde hükmü borçlunun kusurlu olduğu konusunda bir karine getirmiştir. Bu nedenle, borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmelidir.³⁰

Hekim veya hastane ile hasta arasındaki ilişki sözleşmeye dayandığı (vekâlet sözleşmesi) kabul edilecek olursa, kusurun kanıtlanmasının zarar gören hastaya yüklenemeyeceği söylenebilir. Zira, BK’nın 96. maddesine göre hekimin kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe zararı ödemek zorunda olduğu, iddiası ileri sürülebilmektedir.³¹

²⁸ Keyman, a.g.y., s. 89.

²⁹ Yargıtay 4. HD 11.02.1985 gün ve 1985/9004 esas 1985/914 karar sayılı kararı.

³⁰ Yargıtay 4. HD 17.01.1977 gün ve 2579/392 sayılı kararı.

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.06.1978 gün ve 976/4-3539/696 sayılı kararı.

Ancak, tıbbî yardımlar farklı bir özellik arz etmektedir. Tıbbî yardımda bulunulan kişilerin ekseriyeti sağlıklı kişiler değildirler ve istenmeyen durumların meydana gelme olasılığı fazladır. Bu nedenle doktor ve hastaneden kusursuzluğunu kanıtlamasını istemek, onların durumunu gereğinden fazla ağırlaştırır. Kural olarak tıbbî el atmalarda kusur karinesi uygulanmamalıdır.³²

Özel Durumlar

Ancak bazı özel durumlarda kusur karinesi kabul edilmelidir. Böyle durumlarda, kusursuzluğun kanıtlanması hastane ve hekime yüklenmelidir.

İncelemeye Gerek Olmayan Haller

Zararlı sonucun, hekimin kusurlu eylemi sonucu meydana geldiği hiç bir incelemeye gerek kalmaksızın kesin olarak anlaşılabilen durumlarda, hekim ve hastane kusursuzluğunu kanıtlamalıdır.³³

Sağlıklı Kişiye Yapılan Tıbbî Müdahalelerde

Sağlıklı bir kişiye tıbbî yardımda bulunurken, hekim kural olarak sonucun sağlıklı olacağını da yüklenmektedir. Bu gibi durumlarda hekim kusursuzluğunu kanıtlamalıdır.³⁴

Hastanın Rızası

Hastanın rızasının alındığının ve rızası alınırken de yapılacak olan tıbbî müdahale konusunda aydınlatıldığının kanıtlanması hekime ve hastaneye aittir.³⁵ Hekim bu konuda kusursuzluğunu kanıtlamalıdır.

Cezaî Sorumluluk Açısından

Hâkimin Resen Araştırma Görevi

Ceza hukukunda, sanığa isnat edilen fiilin onun tarafından işlenmiş olup olmadığını, suçu veya cezayı kaldıran, cezaya tesir eden sebepleri

³² Aşçıoğlu, *a.g.e.*, s. 139.

³³ Aşçıoğlu, *a.g.e.*, s. 139.

³⁴ Aşçıoğlu, *a.g.e.*, s. 139.

³⁵ Yargıtay 4. HD 6297/2541 sayılı ve 07.03.1977 günlü kararı.

aramak ceza hâkiminin görevidir. Ceza incelemesinde hâkim gerçeği araştırmak zorundadır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 66. maddesinin 1. fıkrasında, *"Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez."* hükmü yer almaktadır.

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere yargıç, gerek genel bilgileri ve gerekse hukukî bilgileri ile çözebileceği işleri kendisi çözümler. Ancak hukukî kavramları belirlemek ve somut olayda ortaya koyabilmek için sanığın olması gereken davranış biçimini belirleyecek olgular için bilirkişiye başvurabilir.

Yüksek Sağlık Şurası

1219 sayılı TŞSTİHK'nın 75. maddesinde, hekimlik mesleğinin icrasından kaynaklanan suçlarda, *"ceza mahkemelerinin uygun görecekları bilirkişinin, oy ve görüşüne başvurma hakkında serbestileri ayırık olmak üzere, Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınacağı"* kabul edilmiştir.³⁶

Anılan madde, ceza mahkemelerinin Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunluluğunu getirmiştir.³⁷ Ancak, Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınacağı kabul edilirken bunun kapsamı belirlenmemiştir. Bu nedenle verilecek bilginin CMUK'nin 66. maddesi ile sınırlı olması ve Şura'nın, teknik ve bilimsel bilgiler ile somut olayda ortaya çıkan tıbbî olguların dışında bir görüş açıklamaması gerekecektir.

Ayrıca, ceza hâkimi, CMUK'nin 76. maddesinden de anlaşılabacağı üzere, bu Şura'nın verdiği bilgilerle bağlı olmayıp, uygun göreceği başka bir uzman kurum veya kişinin görüşünü alabilir.³⁸

Bilirkişi olarak, ister Yüksek Sağlık Şurası'na, isterse başka kuruma ve uzmana başvurulsun, yargıç bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Yargıç, bilirkişi oy ve görüşlerini sezgisi ve genel kültürü ile denetlemek gerektiğinde başka bilirkişilerin oy ve görüşüne başvurmakla görevlidir. Maddî olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine gerek yoktur. Bir ameliyat sırasında hastanın karnında gazlı bez, pens gibi şeylerin unutulmuş olduğu çekişmesiz ise, Şura'nın

³⁶ "Tababet ve şüabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık görecekları muhtebirin rey ve mütalâasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi âlii sihhinin mütalâası istifsar edilir."

³⁷ Yargıtay 2. CD 24.04.1996 gün ve 1996/4493 esas 1996/4682 karar sayılı kararı.

³⁸ Yargıtay 2. CD 5.02.1996 gün ve 1996/268 esas 1996/1025 karar sayılı kararı.

veya başka bilirkişinin, doktorun kusuru olmadığı yönündeki tespitini mahkemenin tartışması kaçınılmaz olur.³⁹

ZAMANAŞIMI

Özel Hukukta Zamanaşımı

Hekimler tarafından yapılan tıbbî yardımlar nedeniyle, hekimle hasta arasındaki hukukî bakımdan vekâlet sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu ileri sürülebiliyor ise BK, mad. 126/4'e göre beş yıllık, haksız fiil hallerinde ise yine aynı Kanun'un 60. maddesine göre bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri vardır.

Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet akdinden doğan bütün davalar, BK'nın 126/4. maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

BK'nın 128. maddesine göre, zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu zamandan başlar ve zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, borçlunun temerrüde düşmesine gerek bulunmamaktadır.⁴⁰

Borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenmiyorsa muaccel bir borçtan söz edilemez. BK'nın 74. maddesi gereğince borcun yerine getirilmesi bir süreye bağlanmamışsa, borcun doğumu ile birlikte alacak muaccel olur. Borcun ifası bir süreye bağlanmışsa, alacak süreninin dolması, ifa gününün gelmesi ile muaccel olur.⁴¹

³⁹ Yargıtay 4. HD 15.01.1976 gün ve 1975/10495 esas 1976/343 karar sayılı kararı. Yargıtay 13. HD 14.03.1983 gün ve 1982/7237 esas ve 1982/1783 karar sayılı kararında özel hukuk kusuruna ilişkin değerlendirmesinde, Yüksek Sağlık Şurasının "ameliyat sırasında vücutta gazlı bez unutulması nadir de olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatlarda görülebilen ihtilatlarındandır" gerekçesiyle hatalı bulmadığı davranış konusunda şu tespitte bulunmuştur: "Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutulması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma, hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü, bir operatörün ameliyat sırasında meslekî değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadir de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup ...Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır."

⁴⁰ Yargıtay 13. HD 23.06.1986 gün ve 1986/2600 esas 1986/3657 karar sayılı kararı (YKD 1988, sayı 2, s. 216).

⁴¹ Turgut Uygur, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, cilt no: 2, s. 654.

Vekâlet akdinden doğan ve bir vadeye bağlı olmayan iade borçlarında borcun ne zaman muaccel sayılacağı ihtilâfıdır. Bir görüşe göre zamanaşımı tevdi tarihinden başlar,⁴² diğer bir görüşe göre ise; akdin yapıldığı tarihten değil, bu ilişkinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.⁴³ Yargıtay'ın her iki görüşü de benimseyen kararları mevcuttur.

Haksız Fiil

Bir Yıllık Zamanaşımı

BK'nın 60. maddesi hükmüne göre, gerek maddî, gerekse manevi tazminat davaları, zarar gören tarafın zararı ve haksız fiil sorumlusunun kim olduğunu öğrenmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar.

Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün şartların öğrenilmesi demektir. Ancak, tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz. Eğer zararın genişliğini tayin edecek olan husus gelişmekte olan bir durum ise, zamanaşımı bu gelişme sona ermedikçe işlemeye başlamaz.⁴⁴ Haksız fiilin sürekli tekrarlanması durumunda ise, her yeni fiilden doğan zarar için yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar.

On Yıllık Zamanaşımı

Zarar gören kişi, zararı ve sorumlunun kim olduğunu ne zaman öğrenmiş olursa olsun, fiilin meydana geldiği tarihten itibaren on yıl geçince tazminat davası zamanaşımına uğrar. Örneğin (A), sağlığının bozulmasına geçirdiği bir ameliyatın neden olduğunu ameliyatın vuku bulduğu tarihten itibaren dokuz buçuk yıl sonra öğrenmiş olsa, tazminat davasını on yıl dolmadan, yani altı ay içinde açmış olması gerekir.

Zararın ve sorumlunun, fiil meydana geldikten on yıl sonra öğrenilmesi, zarar gören kişiye fayda sağlamaz. Zira, bir yıllık süre işlememiş olmasına rağmen zarar görenin dava hakkı on yıllık sürenin sona ermesi ile zamanaşımına uğrar.⁴⁵ Zarara neden olan fiilin sona ermesinin üzerin-

⁴² Yargıtay 4. HD 01.02.1977 gün ve 1977/4278 esas 1977/1064 karar sayılı kararı.

⁴³ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu 29.02.1940 gün ve 31/47 sayılı kararı.

⁴⁴ Yargıtay 4. HD 04.12.1986 gün ve 1986/6073 esas 1986/8188 karar sayılı kararı (YKD cilt: 1987/3, s. 395) Yüce Mahkeme bu kararında eğer zararın genişliğini tayin edecek husus gelişmekte olan bir durum ise, zamanaşımının bu gelişme sona ermedikçe işlemeye başlamayacağını ifade etmiştir.

⁴⁵ Yargıtay 4. HD 21.02.1990 gün ve 1990/12205 esas 1990/1565 karar sayılı kararı.

den on yıl geçtikten sonra oluşan zararın giderilmesi için açılacak davada zamanaşımı def'i başarıyla ileri sürülebilir.

Ancak; zarar verici fiil devamlılık arz eden bir nitelik taşıyorsa, on yıllık zamanaşımı süresi fiilin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeye başlar.⁴⁶

Ceza Hukukunda Zamanaşımı

Suçun işlendiği zamandan veya cezanın kesinleşmesinden itibaren belli sürelerin geçmesine, ceza hukukunda dava ve ceza yetkisini ortadan kaldıracı bir etki tanınmıştır. Bu şekilde dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olmak üzere iki tür zamanaşımı söz konusudur. TCK'nın 102 ve 112. maddeleri her iki türlü zamanaşımı ile ilgili hükümler öngörmektedir.

Dava Zamanaşımı

Belli bir sürenin geçmesiyle, suç işleyen bir kimse hakkında kamu davası açılmaması dava zamanaşımını ifade etmektedir. TCK'nın 102. maddesi, suçların gerektirdikleri cezanın ağırlığına göre dava zamanaşımı sürelerini öngörmüştür.

Dava zamanaşımının başlangıcı, tamamlanmış suçlarda fiilin işlendiği gün, teşebbüs halinde kalan cürümlerde son icra hareketi günü, mütemadî ve müteselsil suçlarda temadî veya teselsülün bittiği gündür.

Mahkûmiyet hükmü, yakalama, tutuklama, celp ve ihzar müzekkeleri, adli makamca sorguya çekilme, son soruşturmanın açılması kararı ve iddianame düzenlenmesi dava zamanaşımını kesen nedenlerdir (mad. 104). Ancak, kanunun bir yıldan daha az dava zamanaşımı öngördüğü hallerde, her türlü usul işlemi zamanaşımını keser (mad. 105).

Zamanaşımının kesilmesi sonucu, yeniden başlayan sürenin azamî sınırı bulunmaktadır. Bu süre, 102. maddede öngörülen süreye yarısının eklenmesiyle elde edilecek süredir (mad. 104).

Dava zamanaşımı, dava açılması izin veya karar alınmasına veya başka bir mercide çözülmesi gereken bir sorunun sonucuna bağlı olduğu hallerde, izin veya kararın alınmasına yahut bekletici sorunun çözümüne kadar durur (mad. 107).

Takibi şikâyeteye bağlı suçlarda, davanın, fiilden ve failin kim olduğundan haberdar olunduğu tarihten itibaren, en çok altı ay içinde açılması gerekir (mad. 108).

⁴⁶ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 720.

Ceza Zamanaşımı

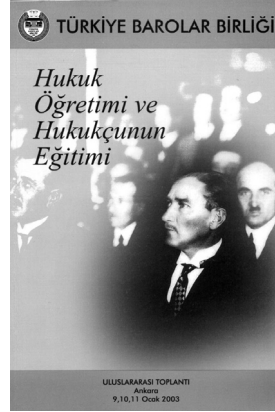
Ceza zamanaşımı süreleri, TCK'nın 112. maddesinde, hükmedilen cezaların ağırlıklarına göre değişik şekilde tespit edilmiştir. Eğer bir hüküm değişik neviden cezaları kapsıyorsa, zamanaşımı en ağır ceza-ya konulan süreye göre hesaplanır.

Ceza zamanaşımının başlangıcı, hükmün kesinleştiği veya infazın herhangi bir nedenle kesildiği gündür (mad.113).

Hükmün infazı konusunda hükümlüye yetkili merci tarafından yapılan her türlü tebligat ceza zamanaşımını kesmektedir. Ayrıca, hürriyeti bağlayıcı ceza ile ilgili bir hükmün infazı için hükümlünün yakalanması da zamanaşımını kesmektedir. Hükümlü, mahkûm olduğu suç cinsinden başka bir suç daha işlediğinde de zamanaşımı kesilmektedir (mad. 114).

TBB YAYINLARI

HUKUK YAYINCILIĞINDA KALİTE VE GÜVEN



13.500.000.-



6.000.000.-

İSTEME ADRESİ Karanfil Sokak 5-62, Kızılay-Ankara

(Kargo veya posta ile, ücreti alıcıdan olmak üzere ödemeli gönderilir)



On Yıl Vadeli TL Konut Kredi

SATILDI
SATILDI
EV

**Kiralamayın,
satın alın.**

VakıfBank'tan 10 yıl vadeli TL konut kredisi alın,
kira ödemekten kurtulun, kendi evinizin sahibi olun.

www.vakifbank.com.tr

444 0 724

VakıfBank